116e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

RAPPORT

116E CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE · PARIS 2020

PROTÉGER

LES VULNÉRABLES · LES PROCHES · LE LOGEMENT · LES DROITS

PROTÉGER LES VULNÉRABLES

- Administration légale
- Incapacité
- Mandat de protection future
- Mineur
- Vulnérabilité
- Zone grise
- ...

PROTÉGER LES PROCHES

- Divorce
- Donation
- Logement du couple
- Modes de conjugalité
- Réserve héréditaire
- Testament
- ...

PROTÉGER LE LOGEMENT

- Autorisations d'urbanisme
- Baux d'habitation
- Insaisissabilité
- Meublés touristiques
- Saisie immobilière
- Surendettement
- ...

PROTÉGER LES DROITS

- Acte authentique
- Consentement
- Devoir de conseil
- Équilibre contractuel
- Formalisme
- ...

LE NOTAIRE, PROTÉGER : UNE VOCATION

PARCE QUE CHAQUE PATRIMOINE EST UNIQUE

UNOFI

L'Union notariale financière accompagne les notaires de France dans l'analyse de toutes les situations patrimoniales, privées ou professionnelles, de leurs clients.

Les collaborateurs des 16 directions régionales sont à votre disposition. N'hésitez pas à les contacter.

PLUS D'INFORMATIONS SUR UNOFI.FR

116e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

PARIS 2020

PROTÉGER

Les vulnérables – Les proches
Le logement – Les droits

Remerciements

L'équipe du 116e Congrès des notaires de France adresse de chaleureux remerciements au Crédit Agricole, à LSN Assurances, à l'Union notariale financière (Unofi) et à la Banque des Territoires pour leur soutien à la réalisation matérielle de cet ouvrage.

Ainsi qu'aux Éditions LexisNexis® qui ont permis d'accéder gracieusement à leur base de données juridiques en ligne Lexis360 Notaires lors des recherches et de la rédaction du présent rapport.

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation, ...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants-droit ou ayants-cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

SOMMAIRE GÉNÉRAL

Pages

LISTE DES RUBRIQUES XXXIII

LISTE DES SIGLES, ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS XLIX

AVANT-PROPOS LVII
Jean-Pierre PROHASZKA, président

PROPOS INTRODUCTIFS LXI
Gilles BONNET, rapporteur général

PROTÉGER LES PERSONNES VULNÉRABLES 1
Stéphane DAVID, président
Vincent PRADO, rapporteur

PROTÉGER LES PROCHES 321
François LETELLIER, président
Marlène THEBAULT, rapporteur

PROTÉGER LE LOGEMENT, L'HABITAT ET LE CADRE DE VIE 579
Anne MUZARD, présidente
Bruno PAVY, rapporteur

PROTÉGER LES DROITS 795
Cyrille FARENC, président
Julie SEVE, rapporteur

INDEX 1027

BON DE COMMANDE 1093

LE DIRECTOIRE DU 116e CONGRÈS DES NOTAIRES

Jean-Pierre PROHASZKA
Président
notaire à Villeurbanne

Gilles BONNET
Rapporteur général
notaire à Paris

Michelle ZEFEL
Vice-présidente,
Responsable communication
nationale & Master Class
notaire à Bordeaux

Thierry DELESALLE
Commissaire général
notaire à Paris

Catherine DUBOIS-SALLON
Conseillère scientifique
et trésorière
notaire à Tulle

Henri CHESNELONG
Responsable communication
notaire à Toulouse

Elisabeth DUPART-LAMBLIN
Secrétaire générale
Paris

L'ÉQUIPE INTELLECTUELLE DU 116e CONGRÈS DES NOTAIRES

PROTÉGER LES VULNÉRABLES

Stéphane DAVID
Président | Notaire • Meudon

Vincent PRADO
Rapporteur | Notaire • Châteauneuf d'Ille et Vilaine

PROTÉGER LES PROCHES

François LETELLIER
Président | Notaire • Clermont-Ferrand

Marlène THEBAULT
Rapporteur | Notaire • Mauges sur Loire

PROTÉGER LE LOGEMENT, L'HABITAT ET LE CADRE DE VIE

Anne MUZARD
Présidente | Notaire • Paris

Bruno PAVY
Rapporteur | Notaire • Melun

PROTÉGER LES DROITS

Cyrille FARENC
Président | Notaire • Saint-Martin-en-Haut

Julie SEVE
Rapporteur | Notaire • Francheville

Bernard VAREILLE
Rapporteur de synthèse
professeur à l'Université de Limoges

TABLE DES MATIÈRES

Protéger les personnes vulnérables

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

L'ANTICIPATION DE LA VULNÉRABILITÉ

TITRE I

L'ANTICIPATION DE LA VULNÉRABILITÉ DES MINEURS

Sous-titre I

LA DÉSIGNATION D'UNE PERSONNE DE CONFIANCE

CHAPITRE I

LA DÉSIGNATION DU TUTEUR

Section I - **Le titulaire du droit de désigner un tuteur** 13
Section II - **Les modalités de désignation du tuteur** 14
Section III - **Le choix du tuteur** 16
Section IV - **Les effets de la désignation du tuteur testamentaire** 18
Section V - **Les missions du tuteur testamentaire** 18

CHAPITRE II

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE POUR AUTRUI

Section I - **La conclusion d'un mandat de protection future : un exercice d'anticipation délicat** 21
Sous-section I - ***La forme du mandat de protection future pour autrui*** 21
Sous-section II - ***Le mandant*** 22
Sous-section III - ***Le mandataire*** 22
Sous-section IV - ***Le bénéficiaire du mandat de protection future pour autrui*** 24
Sous-section V - ***Les pouvoirs du mandataire*** 24
Section II - **L'activation du mandat de protection future pour autrui : une exécution contractuelle placée sous le signe de la confiance** 26
Sous-section I - ***L'activation du mandat de protection future pour autrui*** 26
Sous-section II - ***L'exécution du mandat de protection future par le mandataire*** ... 28

CHAPITRE III

LE MANDAT À EFFET POSTHUME

Section I - **L'économie générale du mandat à effet posthume** 29
Section II - **L'intérêt pratique du mandat à effet posthume pour la protection des mineurs** 32

CHAPITRE IV
LA DÉSIGNATION D'UN ADMINISTRATEUR

Section I - **L'exigence d'une libéralité consentie à un mineur** 35
Section II - **Les formes de la clause d'exclusion de l'administration légale** ... 36
Section III - **L'administration par un tiers** 37
Section IV - **L'intérêt pratique de la clause d'exclusion de l'administration légale pour la protection des mineurs** 40

Sous-titre II

LA TRANSMISSION D'UN PATRIMOINE AU MINEUR

CHAPITRE I
L'ASSURANCE-VIE ET LA PRÉVOYANCE

Section I - **La souscription d'un contrat d'assurance-vie au bénéfice du mineur** 47
Section II - **La souscription d'un contrat d'assurance-vie par le mineur** 50

CHAPITRE II
LES LIBÉRALITÉS AU PROFIT D'UN MINEUR

Section I - **L'acceptation d'une libéralité au profit d'un mineur** 52
Section II - **Les modalités d'une libéralité consentie à un mineur** 54

CHAPITRE III
LA SOCIÉTÉ CIVILE ET LE MINEUR

Section I - **L'acquisition de la qualité d'associé d'un mineur** 58
Sous-section I - ***La souscription au capital et la réalisation d'apports*** 58
Sous-section II - ***La transmission de parts sociales par succession*** 60
Sous-section III - ***La donation de parts sociales*** 61
Section II - **Le régime juridique de la société civile avec un associé mineur** . 62
Sous-section I - ***L'écran de la personnalité morale*** 62
§ I La représentation de l'associé mineur 62
§ II La gouvernance de la société civile 64
Sous-section II - ***L'obligation illimitée au passif social*** 66

TITRE II
L'ANTICIPATION DE LA VULNÉRABILITÉ DES MAJEURS

Sous-titre I

L'ANTICIPATION DANS LA GESTION

CHAPITRE I
LE CHOIX D'UN MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Section I - **La formation du mandat de protection future** 71
Sous-section I - ***Les conditions*** 71
§ I Les conditions de fond 72
§ II Les conditions de forme 77

Sous-section II - ***L'objet*** 79
§ I L'objet et la capacité du mandant 81
§ II L'objet et la coexistence de pouvoirs concurrents 83
Sous-section III - ***La publicité*** 85
Section II - La mise en œuvre du mandat de protection future 89
Sous-section I - ***Le déclenchement du mandat de protection future*** 89
§ I Les conditions de déclenchement du mandat 89
§ II La procédure de déclenchement du mandat 90
§ III La publicité du déclenchement du mandat 92
Sous-section II - ***L'exécution du mandat de protection future*** 92
§ I Les pouvoirs du mandataire 93
§ II Les obligations du mandataire 104
Section III - La fin du mandat de protection future 110
Sous-section I - ***La fin du mandat imposée par la loi*** 110
§ I Les causes relatives au mandant 111
§ II Les causes relatives au mandataire 112
Sous-section II - ***La fin du mandat décidée par le juge*** 113

CHAPITRE II
LES SUCCÉDANÉS AU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Section I - Les mandats classiques 119
Sous-section I - ***Le mandat conventionnel*** 119
Sous-section II - ***Le mandat entre époux*** 121
Section II - Les dispositions anticipées 123
Sous-section I - ***La désignation anticipée de son tuteur ou de son curateur*** 124
Sous-section II - ***La désignation anticipée d'une personne de confiance*** 127
Sous-section III - ***Les directives anticipées de fin de vie*** 130

Sous-titre II

L'ANTICIPATION PAR LA TRANSMISSION

CHAPITRE I
LA CONSTITUTION DE REVENUS À TITRE ONÉREUX

Section I - Les ressources tirées d'un contrat d'assurance 139
Sous-section I - ***Les contrats utilisés pour financer la dépendance*** 140
Sous-section II - ***Les contrats dédiés au financement de la dépendance*** 141
§ I Le contrat d'assurance dépendance 141
§ II Le contrat d'assurance-vie avec option dépendance 149
Section II - Les ressources tirées du logement 150
Sous-section I - ***La vente du logement*** 151
§ I La vente en viager 152
§ II La vente contre soins 156
Sous-section II - ***Le prêt viager hypothécaire*** 160
§ I L'analyse descriptive du prêt viager hypothécaire 161
§ II Les regards critiques sur le prêt viager hypothécaire 163

CHAPITRE II
LA CONSTITUTION DE REVENUS À TITRE GRATUIT
Section I - **La donation avec réserve d'usufruit** 168
Section II - **La donation avec charges** 169
Section III - **Les donations à terme** 171

DEUXIÈME PARTIE
LE TRAITEMENT DE LA VULNÉRABILITÉ

TITRE I
LE TRAITEMENT DE LA VULNÉRABILITÉ DES MINEURS

Sous-titre I

LA VULNÉRABILITÉ ORDINAIRE DU MINEUR

CHAPITRE I
L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE DE L'AUTORITÉ PARENTALE ET L'ADMINISTRATION LÉGALE

CHAPITRE II
L'ADMINISTRATION LÉGALE ET LA PRATIQUE NOTARIALE
Section I - **Les principes généraux de l'administration légale** 182
Sous-section I - ***Le fonctionnement de l'administration légale*** 182
§ I Les pouvoirs de l'administrateur légal 182
§ II La classification des actes 183
Sous-section II - ***Le contrôle de l'administration légale*** 189
§ I Le conflit d'intérêts 189
§ II Le désaccord entre les administrateurs 190
§ III Le contrôle du juge des tutelles 191
§ IV La sanction des fautes de l'administrateur 193
Section II - **Les cas particuliers de l'administration légale** 194
Sous-section I - ***L'immeuble*** 194
§ I La vente ou l'apport en société d'un immeuble par un mineur 194
§ II L'acquisition d'un immeuble par un mineur 195
§ III Les baux portant sur un bien du mineur et la gestion locative 196
§ IV La constitution de servitudes et autres droits réels principaux 199
Sous-section II - ***Le fonds de commerce*** 199
Sous-section III - ***Les valeurs mobilières, instruments financiers et autres titres de société*** 200
Sous-section IV - ***L'emprunt, la constitution de garanties, le prêt et la mainlevée*** . 201
Sous-section V - ***La gestion des fonds*** 203
Sous-section VI - ***L'aliénation de meubles*** 204
Sous-section VII - ***La renonciation à un droit et la transaction*** 205

Sous-titre II

LA VULNÉRABILITÉ AGGRAVÉE DU MINEUR

CHAPITRE I

LE DÉCÈS DES PARENTS : LE RÈGLEMENT D'UNE SUCCESSION DÉVOLUE À UN MINEUR

Section I - **La représentation du mineur héritier** 207
Section II - **La protection du mineur héritier** 211
Sous-section I - ***L'inventaire*** 211
Sous-section II - ***Le mineur nu-propriétaire*** 212
Sous-section III - ***Le partage en présence d'un mineur*** 214
Sous-section IV - ***L'organisation du patrimoine du mineur*** 215

CHAPITRE II

LA SÉPARATION DES PARENTS

Section I - **L'attribution et l'exercice de l'autorité parentale** 218
Section II - **La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants** 221

CHAPITRE III

LA TUTELLE DU MINEUR

Section I - **L'économie générale de la tutelle du mineur** 225
Section II - **La tutelle du mineur dans la pratique notariale** 228

TITRE II

LE TRAITEMENT DE LA VULNÉRABILITÉ DES MAJEURS

Sous-titre I

LA PROTECTION DU MAJEUR DÉCLARÉ VULNÉRABLE EN DROIT

CHAPITRE I

LA TUTELLE ET LA CURATELLE

Section I - **Le rôle du notaire confronté à une mesure de protection** 240
§ I La tutelle 240
§ II La curatelle 250
Section II - **Le rôle du notaire au sein de la mesure de protection** 254
§ I L'inventaire des biens du majeur protégé 255
§ II Le contrôle des comptes de gestion 258

CHAPITRE II

L'HABILITATION FAMILIALE

Section I - **La mise en place de l'habilitation familiale** 267
Sous-section I - ***L'étendue de la mesure*** 267
Sous-section II - ***La publicité de la mesure*** 268
Section II - **L'exercice de l'habilitation familiale** 269
Sous-section I - ***Les pouvoirs de la personne habilitée*** 270
§ I La portée de l'habilitation 270
§ II L'opposition d'intérêts 273
Sous-section II - ***Les obligations de la personne habilitée*** 274

Sous-titre II

LA PROTECTION DU MAJEUR RECONNU VULNÉRABLE EN FAIT

CHAPITRE I

LA VULNÉRABILITÉ DE FAIT SAISIE PAR LA LOI

Section I - **Les actions de droit civil** 278
Sous-section I - ***L'action fondée sur l'insanité d'esprit*** 279
§ I Les conditions de l'action 279
§ II L'exercice de l'action 281
Sous-section II - ***L'action fondée sur la période suspecte*** 285
§ I Les conditions de l'action 286
§ II Le régime de l'action 288
Section II - **Les sanctions en droit pénal** 290
Sous-section I - ***La vulnérabilité appréhendée par l'abus de faiblesse*** 290
§ I Les conditions d'incrimination 292
§ II Les modalités de la répression 296
Sous-section II - ***La vulnérabilité envisagée comme circonstance aggravante*** 299

CHAPITRE II

LE NOTAIRE CONFRONTÉ À LA VULNÉRABILITÉ DE FAIT

Section I - **La détection d'une vulnérabilité** 303
Sous-section I - ***L'aptitude à effectuer un acte de manière éclairée*** 303
Sous-section II - ***L'aptitude à effectuer un acte de manière libre*** 306
Section II - **La confirmation d'une vulnérabilité** 308
Sous-section I - ***Le recours à un certificat médical*** 308
§ I La nature du recours 308
§ II La relation avec le médecin 309
Sous-section II - ***Les effets du certificat médical*** 312
§ I Une prise de décision éclairée 312
§ II Un risque de responsabilité évincé 315

Protéger les proches

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LA PROTECTION RÉCIPROQUE ET MUTUELLE DES PROCHES

TITRE I

LA PROTECTION DU COUPLE DANS SON LOGEMENT

CHAPITRE I

LA PROTECTION DU LOGEMENT ET DES MEUBLES LE GARNISSANT PENDANT LA VIE DE COUPLE

Section I - La protection du logement propriété du couple 332

§ I L'article 215, alinéa 3 du Code civil : la protection des époux 332

§ II L'insaisissabilité légale de la résidence principale de l'entrepreneur individuel : l'article L. 526-1 du Code de commerce 339

Section II - La protection du logement loué par le couple 340

§ I La protection du logement par l'article 1751 du Code civil 340

§ II La protection spéciale de l'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime 344

§ III La protection issue du droit commun du bail : une protection *a minima* pour les concubins 345

§ IV La colocation 346

CHAPITRE II

LA PROTECTION DU LOGEMENT À LA FIN DE VIE DE COUPLE

Section I - La protection du logement lors de la séparation « volontaire » du couple 347

§ I La protection du logement lors du divorce et de la séparation de corps 348

§ II La protection du logement lors de la séparation des partenaires pacsés et des concubins en union libre 352

Section II - La protection du logement du survivant 355

§ I La protection temporaire du logement du conjoint successible et du partenaire pacsé 355

§ II La protection du logement par le droit viager 358

§ III La protection par l'attribution définitive du logement 362

TITRE II

LE CHANGEMENT DU RÉGIME CONJUGAL

CHAPITRE I

LE CHANGEMENT DE RÉGIME MATRIMONIAL : UNE PROTECTION CONTRÔLÉE

Section I - **Introduction** 371

Section II - **En présence d'enfant mineur sous administration légale** 372

Sous-section I - ***La suppression de la procédure d'homologation et le nouveau rôle d'alerte du notaire*** 374

§ I La procédure d'alerte de l'article 387-3, alinéa 2 376

§ II Les cas où le notaire doit donner l'alerte 379

Sous-section II - ***Les questions non résolues ou mal résolues*** 383

§ I Le prédécès d'un enfant du couple : droit d'opposition de ses enfants ? 384

§ II Le changement de régime en présence d'enfant mineur signé avant le 25 mars 2019 et non encore homologué à cette date 386

Section III - **Le changement de régime matrimonial en présence d'un enfant mineur sous tutelle ou d'un enfant majeur vulnérable** 389

Sous-section I - ***L'enfant majeur vulnérable non protégé*** 389

Sous-section II - ***L'enfant majeur protégé et le mineur sous tutelle*** 390

CHAPITRE II

LE CHANGEMENT DE RÉGIME PACSIMONIAL : UNE ABSENCE DE PROTECTION

Section I - **Les différents changements de régimes pacsimoniaux** 393

Section II - **Les règles simplissimes du changement de régime pacsimonial** . 393

Section III - **L'absence de protection à l'occasion d'un changement de régime pacsimonial** 394

DEUXIÈME PARTIE

PROTÉGER SES PROCHES PAR LA TRANSMISSION

TITRE I

PROTÉGER SES PROCHES SELON LA LOI

INTRODUCTION

Sous-titre I

LA PROTECTION LÉGALE ET SUPPLÉTIVE DES PROCHES

CHAPITRE I

LA PROTECTION DES PROCHES PAR LA DÉVOLUTION LÉGALE

Section I - **La dévolution légale : la détermination des proches à protéger** ... 400

Section II - **Les fondements de la dévolution légale** 401

CHAPITRE II

LES COMPLÉMENTS PROTECTEURS DE LA DÉVOLUTION LÉGALE

Section I - **Le rapport des libéralités : protection de la vocation légale** 402

Sous-section I - ***La mise en œuvre du rapport*** 402
§ I La définition du rapport 403
§ II – Le domaine du rapport 403
§ III Les modalités du rapport 405
Sous-section II - ***La paralysie du rapport par la renonciation*** 406
Section II - L'option successorale : protection de la liberté individuelle de l'héritier 407
Sous-section I - ***Brefs rappels sur l'option successorale*** 407
Sous-section II - ***L'assouplissement protecteur de la rigueur de l'option successorale*** 408
§ I Les atténuations protectrices de la rigueur de l'option 408
§ II L'aménagement protecteur de l'acceptation : le cantonnement 409

Sous-titre II

LA PROTECTION LÉGALE ET RENFORCÉE DES PROCHES : LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

CHAPITRE I

LA PROTECTION ESSENTIELLE DES PROCHES : LA RAISON D'ÊTRE DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

Section I - La notion de réserve héréditaire 411
Sous-section I - ***Définition*** 411
Sous-section II - ***La protection par la réserve : une question ancienne (bref historique de la réserve héréditaire)*** 412
§ I Le droit romain 413
§ II Le droit coutumier 413
§ III Le droit canon 414
§ IV Le droit intermédiaire 414
§ V Le compromis du Code civil de 1804 415
§ VI Les dernières évolutions législatives 415
§ VII Conclusion sur l'histoire de la réserve héréditaire 415
Sous-section III - ***La protection par des droits réservataires : une préoccupation internationale*** 416
Sous-section IV - ***L'altération des caractères de la réserve héréditaire : un affaiblissement de sa protection ?*** 424
§ I Le caractère impératif de la protection par la réserve 424
§ II Le caractère collectif de la réserve héréditaire 429
§ III La réduction « en valeur » ou en « nature » de la réserve héréditaire 429
Section II - Les fondements de la réserve héréditaire 430
Sous-section I - ***La réserve héréditaire : protection de la famille*** 430
§ I La conservation des biens dans la famille 430
§ II Un devoir de protection entre certains proches 431
Sous-section II - ***La protection individuelle de l'héritier et la protection individuelle du*** *cujus* 432
§ I La protection de la liberté individuelle de l'héritier 432
§ II La protection de la liberté du *de cujus* 432
Sous-section III - ***La protection par l'égalité*** 433
Section III - La contestation et l'avenir de la réserve héréditaire 434

Sous-section I - ***Les critiques de la réserve héréditaire*** 434
§ I Les objections conceptuelles de la réserve héréditaire 434
§ II Les objections économiques à la réserve héréditaire 435
§ III L'objection de la philanthropie 435
Sous-section II - ***L'avenir de la réserve*** 436

CHAPITRE II

LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES PROCHES PAR LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

Section I - **Le cercle des héritiers réservataires** 440
Section II - **Le calcul de la réserve** 441
Sous-section I - ***La masse de calcul de la réserve*** 441
§ I L'actif net existant 441
§ II La réunion fictive des donations 443
Sous-section II - ***Les quotients de la réserve et de la quotité disponible : l'équilibre mathématique entre les proches*** 449
§ I La protection des plus proches (descendants et conjoint) 449
§ II La protection renforcée mais facultative du conjoint survivant 450
Section III - **Les règles d'imputation : un arbitrage dans les protections** 452
Sous-section I - ***L'ordre d'imputation : la protection des gratifiés*** 452
§ I La protection prioritaire des donataires 452
§ II La protection prioritaire du donataire le plus ancien 453
§ III La protection identique mais supplétive des légataires 453
Sous-section II - ***Les secteurs d'imputation*** 454
§ I Les libéralités faites à un non-réservataire 454
§ II Les libéralités faites à un réservataire 455
§ III Les libéralités faites à un héritier renonçant 455
Sous-section III - ***La combinaison des quotités disponibles : un sujet de protection triangulaire*** 457
Section IV - **L'action en réduction** 458
Sous-section I - ***Les caractères de l'action en réduction*** 458
Sous-section II - ***Les modalités de l'action en réduction*** 459

TITRE II

PROTÉGER SES PROCHES SELON SA VOLONTÉ

Sous-titre I

PROTÉGER SES PROCHES DE SON VIVANT

CHAPITRE I

L'ENCADREMENT PROTECTEUR DES DONATIONS

Section I - **Introduction : La notion de donation** 461
Section II - **L'irrévocabilité : une protection fondamentale** 464
Sous-section I - ***L'énoncé du principe*** 465
§ I L'irrévocabilité générale 465
§ II Le renforcement de l'irrévocabilité pour les donations 465

Sous-section II - ***La portée de ce principe protecteur*** 466
§ I Les donations contraires au principe 467
§ II Les donations respectueuses du principe 468
Section III - La protection par des règles de fond 471
Sous-section I - ***La protection des parties à la donation*** 471
Sous-section II - ***La protection des tiers à la donation*** 473
§ I La protection du conjoint 473
§ II La protection des créanciers 474
§ III La protection de l'associé 476
Section IV - La protection par des règles de forme 477
Sous-section I - ***La protection par l'authenticité*** 477
Sous-section II - ***La protection minime des formes non authentiques de la donation*** 479

CHAPITRE II
L'AMÉNAGEMENT DES DONATIONS POUR MIEUX PROTÉGER

Section I - Mieux protéger le donateur 482
Sous-section I - ***Protéger en sécurisant le projet du donateur*** 483
§ I Le retour conventionnel : une protection du donateur et d'autres proches 483
§ II La clause de révocation pour survenance d'enfant 487
§ III La clause résolutoire 488
§ IV La clause pénale 489
§ V L'interdiction d'aliéner : la protection de l'exécution des charges 490
Sous-section II - ***Protéger en préservant l'avenir du donateur*** 491
§ I Préserver l'avenir économique du donateur et de son conjoint 491
§ II Préserver sa liberté de gratifier d'autres personnes 492
§ III Protéger le dessein successoral du donateur 496
Section II - Mieux protéger le donataire 498
Sous-section I - ***Protéger le donataire en confortant son droit*** 499
§ I Protéger en mettant à l'abri d'une réduction 499
§ II Protéger le donataire en lui permettant d'aliéner le bien donné 502
Sous-section II - ***Protéger le donataire dans le traitement futur de sa donation*** 502
§ I La donation hors part successorale 502
§ II La clause de rapport forfaitaire 503
§ III L'aménagement de l'imputation de la donation d'un bien commun par les deux époux 504
§ IV Les plus-values apportées par le donataire 505

CHAPITRE III
LA DONATION-PARTAGE : UNE LARGE PROTECTION DES PROCHES

Section I - Introduction à l'étude de la donation-partage sous l'angle de la protection 506
Sous-section I - ***La notion de donation-partage*** 506
Sous-section II - ***La nature hybride de la donation-partage : source de richesse protectrice*** 507
Section II - La donation-partage : un acte protecteur par son domaine 508
Sous-section I - ***La donation-partage : une conception très large des proches à protéger*** 508
§ I Les héritiers présomptifs : le principe 508

§ II Le saut de génération : première exception 510
§ III Le tiers à la donation-partage : seconde exception 515
Sous-section II - ***L'élargissement de la donation-partage quant aux biens*** 515
§ I Les biens du disposant 515
§ II Les biens du disposant et les biens de la succession de son conjoint prédécédé 516
§ III Les biens du couple 517
Section III - La protection liquidative de la donation-partage 519
Sous-section I - ***Un allotissement libre, mais nécessaire*** 520
§ I Une grande liberté pour mieux protéger 520
§ II L'impossibilité d'attributions indivises 525
Sous-section II - ***La donation-partage, une protection liquidative ?*** 527
§ I Une protection de principe 527
§ II Les incertitudes liquidatives : une protection à préciser... 532

Sous-titre II

PROTÉGER SES PROCHES APRÈS SA MORT

CHAPITRE I

LA PROTECTION ET LA CONFECTION DU TESTAMENT

Section I - La protection par les règles de validité du testament 538
Sous-section I - ***La protection par des règles de fond : une protection du testateur*** 538
§ I La capacité du testateur : une protection contre lui-même 538
§ II La capacité spéciale des légataires : une protection contre les autres 542
Sous-section II - ***La protection par des règles de forme*** 542
§ I Le testament par acte notarié : une protection solennelle renforcée 543
§ II Le testament olographe : une protection accessible au plus grand nombre 545
§ III Le testament mystique : une mauvaise protection 548
§ IV Le testament international : une protection des testateurs internationaux 548
§ V Les autres formes de testaments 549
Section II - La protection par l'approche du contenu testamentaire 553
Sous-section I - ***Les contenus classiques du testament : les legs*** 554
§ I Le legs universel : tout laisser à un proche 554
§ II Le legs à titre universel 555
§ III Le legs particulier 555
Sous-section II - ***Les contenus moins classiques*** 556
§ I L'exhérédation 556
§ II Le testament-partage : une protection autoritaire 557
§ III La dotation d'une fondation 562
§ IV Les legs résiduels et graduels 563
§ V La désignation de la loi applicable 563
Sous-section III - ***La protection par l'interprétation des testaments obscurs*** 564
§ I Les testaments donnant lieu à interprétation 564
§ II La protection par l'interprétation 564

CHAPITRE II

LA PROTECTION ET L'EXÉCUTION DU TESTAMENT

Section I - **La faible protection par les clauses pénales testamentaires** 566
Section II - **Protéger en désignant un exécuteur testamentaire** 567
Sous-section I - ***La présentation de l'institution*** 567
§ I La définition de l'exécution testamentaire 567
§ II L'histoire mouvementée de l'exécution testamentaire 567
§ III La nature juridique de l'exécution testamentaire 568
Sous-section II - ***La mise en œuvre et les conditions*** 569
§ I La nomination 569
§ II L'encadrement de la mission 569
§ III La durée de la mission 570
§ IV Le contrôle de l'exécution testamentaire 570
§ V La responsabilité de l'exécuteur testamentaire 570
Sous-section III - ***La mission et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*** 571
§ I La conservation et le contrôle : la protection minimale 571
§ II Le partage : la protection optimale 575
Sous-section IV - ***L'exécution testamentaire actuelle : une protection insuffisante*** .. 576
§ I Le constat actuel 576
§ II Les pistes de réforme pour une exécution testamentaire efficace 577

Protéger le logement, l'habitat et le cadre de vie

PREMIÈRE PARTIE
PROTÉGER SON HABITATION

TITRE I
LA PROTECTION DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE DU PROPRIÉTAIRE

Sous-titre I
LA PROTECTION LÉGALE DU LOGEMENT DU PROPRIÉTAIRE

CHAPITRE I
LA PROTECTION GÉNÉRALE DU LOGEMENT CONTRE LES CRÉANCIERS

Section I - **La procédure de surendettement : un outil efficace de la protection du logement** 588

Sous-section I - ***La recevabilité de la demande et ses effets de protection*** 589

§ I La suspension des mesures d'exécution 589

§ II La suspension des mesures d'expulsion 590

Sous-section II - ***La publicité de l'état de surendettement et ses limites*** 592

§ I Avant la décision de recevabilité de la demande par la commission de surendettement 592

§ II Après la décision de recevabilité de la demande par la commission de surendettement 593

Sous-section III - ***La vente autorisée du logement : une initiative du débiteur sous le contrôle de la commission de surendettement*** 594

§ I Avant l'adoption des mesures de surendettement 594

§ II Après l'adoption des mesures de traitement du surendettement 596

Sous-section IV - ***La vente forcée du logement : une contrepartie à l'effacement des dettes*** 597

§ I Le rétablissement personnel avec liquidation 597

§ II Les difficultés d'exécution (C. com., art. L. 742-15) 597

Section II - **La saisie immobilière : un souci permanent de protection du logement** 599

Sous-section I - ***La procédure de saisie immobilière*** 599

Sous-section II - ***La prévalence et la persistance de la protection du logement au cours de la procédure*** 600
§ I Les formalités préalables à l'adjudication 600
§ II L'adjudication 602
Sous-section III - ***La vente amiable du bien saisi sur autorisation judiciaire : restituer les pouvoirs de vendre au débiteur*** 603
§ I Les encouragements du législateur 603
§ II Les difficultés du rédacteur 605
§ III La consignation du prix et ses effets 607

CHAPITRE II

LA PROTECTION SPÉCIALE DE L'ENTREPRENEUR

Section I - **L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel** 609
Sous-section I - ***Les conditions personnelles de la protection légale*** 609
§ I Un entrepreneur individuel 610
§ II Une activité professionnelle 610
Sous-section II - ***Les conditions relatives à la résidence principale*** 611
§ I Un droit sur un immeuble 611
§ II Un immeuble affecté à l'habitation principale 612
Section II - **Les limites de l'insaisissabilité** 613
Sous-section I - ***Les créances*** 613
§ I Les créances concernées 613
§ II L'articulation avec les procédures collectives 614
Sous-section II - ***L'étendue de l'insaisissabilité*** 614
§ I La notion d'immeuble 614
§ II Les pouvoirs de l'entrepreneur 615
Sous-section III - ***La fin de l'insaisissabilité*** 616
§ I L'aliénation du bien 616
§ II La renonciation à la déclaration 617
§ III Les autres causes de la fin de l'insaisissabilité 618

Sous-titre II

LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DU PROPRIÉTAIRE

CHAPITRE I

LA PROTECTION À L'ENCONTRE DE SES CRÉANCIERS PERSONNELS

Section I - **L'acquisition directe de sa résidence principale** 620
Section II - **L'acquisition de sa résidence principale par l'entremise d'une structure** 622
Sous-section I - ***L'illusoire protection d'une structure sociale*** 622
§ I La société civile 623
§ II La société commerciale 624
§ III La société ayant son siège à l'étranger 624
Sous-section II - ***L'absence d'intérêt de la fiducie*** 625

CHAPITRE II

– LA PROTECTION À L'ÉGARD DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

Section I - **Isoler l'activité professionnelle du patrimoine personnel** 626
Sous-section I - ***La mise en place d'une entité*** 626
Sous-section II - ***Les limites de cette protection*** 627
§ I L'action en comblement de passif 627
§ II Les mesures conservatoires sur les biens des dirigeants sociaux (C. com., art. L. 651-4) 629
Section II - **Isoler les biens immobiliers du patrimoine professionnel : la déclaration d'insaisissabilité notariée** 629
Sous-section I - ***Les biens concernés par la déclaration d'insaisissabilité notariée*** . 629
§ I Les biens immobiliers 630
§ II Les biens affectés à un usage non professionnel 630
Sous-section II - ***Les conditions de forme de la déclaration d'insaisissabilité notariée*** 630
§ I Un acte notarié 631
§ II La publicité de la déclaration 632

TITRE II

PROTÉGER LE LOGEMENT DU LOCATAIRE

Sous-titre I

UN RÉGIME PRIMAIRE COMMUN AUX BAUX D'HABITATION

CHAPITRE I

LA LOI DU 6 JUILLET 1989, SIÈGE DES RÈGLES DE BASE DES BAUX D'HABITATION

Section I - **Où est passé le droit commun des baux d'habitation ?** 634
Section II - **La notion de résidence principale** 635
Section III - **Le champ d'application de la loi du 6 juillet 1989** 636

CHAPITRE II

LA LOI DU 6 JUILLET 1989, FERMENT D'UN RÉGIME PRIMAIRE IMPÉRATIF CIRCONSCRIT

Section I - **Un logement décent** 641
Sous-section I - ***Une notion à géométrie variable*** 641
Sous-section II - ***Le champ d'application*** 643
Sous-section III - ***La définition et les critères*** 644
§ I La définition 644
§ II Les critères 645
Sous-section IV - ***Les sanctions*** 649
§ I Les sanctions résultant du Code civil 649
§ II Les sanctions résultant de la loi 1989 et du décret « décence » 649
§ III Les sanctions résultant du Code de la construction et de l'habitation 650
§ IV Les sanctions résultant du Code de la santé publique 651
§ V Les sanctions résultant du règlement sanitaire départemental 652
§ VI Les sanctions pénales 652
Sous-section V - ***Les mesures préventives*** 653

Section II - **Le dossier de diagnostic technique** 653
Section III - **Le mesurage** 657

Sous-titre II

DES TRAITEMENTS DIFFÉRENCIÉS DES DIFFÉRENTS BAUX D'HABITATION

CHAPITRE I
LA DURÉE DES BAUX

CHAPITRE II
LES DROITS DE PRÉEMPTION DU LOCATAIRE ET LA PROROGATION DES BAUX

Section I - **Tableau schématique des droits des locataires en cas de vente en bloc ou par lots** 667
Section II - **Tableau synoptique et comparatif des droits de préemption du locataire et des dispositifs de prorogation des baux** 668

CHAPITRE III
LA PROTECTION DU LOCATAIRE PAR L'ENCADREMENT DES LOYERS, QUAND LA PROTECTION RIME AVEC STABILITÉ

Section I - **La fixation du loyer lors de la conclusion d'un premier contrat de location ou après inoccupation de plus de dix-huit mois** 670
Sous-section I - ***Le principe : un loyer initial libre*** 670
Sous-section II - ***Le tempérament : un loyer initial encadré par arrêté préfectoral*** . 671
§ I Les conditions et la procédure 672
§ II Le dispositif 674
§ III Les contestations par le locataire 675
§ IV Les sanctions administratives 675
Section II - **L'encadrement réglementaire du loyer lors de la relocation** 676
Sous-section I - ***Le champ d'application*** 676
§ I Le champ d'application territorial 676
§ II Les logements nus et meublés 677
§ III Les logements vacants 677
Sous-section II - ***Le dispositif d'encadrement*** 678
§ I Le principe de plafonnement 678
§ II Les dérogations 678
§ III La contestation du loyer 684
Section III - **La fixation du loyer lors du renouvellement du contrat** 684
Sous-section I - ***Le dispositif général d'encadrement du loyer renouvelé*** 684
§ I Les conditions 685
§ II La procédure 687
Sous-section II - ***Le dispositif optionnel dans les zones tendues*** 690
§ I Les conditions 691
§ II Le dispositif 691
Section IV - **La révision du loyer** 692
Section V - **La majoration du loyer en cas de travaux d'amélioration** 693

Sous-titre III

LA PROTECTION DU LOCATAIRE EN DIFFICULTÉ

CHAPITRE I

LA PROTECTION DU LOCATAIRE SURENDETTÉ

Section I - **Les impayés, la résiliation et les délais de paiement** 695

Section II - **Le recouvrement des créances locatives** 696

Section III - **Le surendettement et l'expulsion locative** 697

CHAPITRE II

LES LIMITES ET LES FREINS À L'EXPULSION DU LOCATAIRE

Section I - **L'inviolabilité du domicile** 698

Section II - **Les hypothèses pouvant conduire à l'expulsion** 698

Section III - **Le cas particulier résultant de la situation d'impayés** 700

Sous-section I - ***Les locations régies par le droit commun du louage (Code civil)*** .. 700

Sous-section II - ***Les baux de locaux nus ou meublés soumis à la loi de 1989*** 700

§ I La résiliation de plein droit 701

§ II La résiliation judiciaire 701

§ III La saisie préalable de la commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives (CCAPEX) 702

Sous-section III - ***Les allocations logement*** 703

Section IV - **Les conditions** 705

Sous-section I - ***Le titre exécutoire*** 705

§ I Un titre 705

§ II Exécutoire 706

Sous-section II - ***La signification du commandement de quitter les lieux*** 707

Sous-section III - ***L'information du préfet*** 709

Sous-section IV - ***Cas particulier : conclusion d'un protocole d'accord entre le bailleur et l'occupant en vue du rétablissement du bail*** 710

Section V - **La trêve hivernale** 711

Section VI - **La procédure d'expulsion** 711

Section VII - **La prévention des expulsions** 711

Section VIII - **Le cas particulier de la libération des lieux sans préalable judiciaire** 712

DEUXIÈME PARTIE
PROTÉGER L'HABITAT ET LE PATRIMOINE HISTORIQUE

TITRE I
LA PROTECTION DE L'HABITAT

Sous-titre I
LA VOLONTÉ DE SOUTENIR L'OFFRE DE LOGEMENTS

CHAPITRE I
LES RÉGLEMENTATIONS D'URBANISME ET DE CONSTRUCTION

Section I - **Le permis de démolir** 717
§ I Le champ d'application du permis de démolir 718
§ II Le permis de démolir et le maintien dans les lieux du locataire 718
Section II - **Le changement de destination** 719
§ I La notion de changement de destination 719
§ II Les autorisations de changement de destination et de sous-destination 720
Section III - **Le changement d'usage** 721
Section IV - **La faculté d'extension du champ d'application du changement d'usage** 723

CHAPITRE II
LE CAS PARTICULIER DES MEUBLÉS TOURISTIQUES

Section I - **Les objectifs de la réglementation propre aux meublés touristiques** 724
Sous-section I - ***Les raisons de cette réglementation*** 724
Sous-section II - ***Les limites fixées par la décision de la Cour de justice de l'Union européenne*** 725
Section II - **Le mécanisme mis en place par la loi** 726
Sous-section I - ***La location saisonnière de la résidence principale*** 727
Sous-section II - ***La location saisonnière de la résidence secondaire*** 729
Sous-section III - ***Les sanctions et les contrôles de la puissance publique*** 730
Section III - **La fiscalité de la location saisonnière** 738

CHAPITRE III
LES ENCOURAGEMENTS À LA CRÉATION DE LOGEMENTS

Section I - **La transformation de bureaux en logements** 743
Section II - **La surélévation de bâtiments existants** 744
Section III - **La réversibilité** 746
Section IV - **La simplification des règles de construction** 746

Sous-titre II

LA VOLONTÉ DE LUTTER CONTRE L'HABITAT DÉGRADÉ

CHAPITRE I

LA LUTTE CONTRE L'HABITAT INDIGNE

Section I - **Les mesures préventives** 755
Sous-section I - ***L'interdiction de louer*** 755
Sous-section II - ***Le permis de diviser*** 756
Sous-section III - ***Le permis de louer*** 758
Section II - **Les pouvoirs de police administrative et judiciaire** 762
Sous-section I - ***Les pouvoirs de police administrative spéciale de lutte contre l'habitat indigne*** 762
§ I Les pouvoirs de police administrative spéciale du préfet 762
§ II Les pouvoirs de police administrative spéciale du maire et du président d'EPCI (en cas de délégation du maire) 763
Sous-section II - ***Les pouvoirs de police judiciaire des administrations spécialisées*** 763
§ I Le constat des infractions en matière de lutte contre l'habitat indigne prévues au Code de la santé publique 763
§ II Le constat des infractions en matière de lutte contre l'habitat indigne prévues au Code de la construction et de l'habitation 764
Section III - **Les mesures coercitives** 764
Sous-section I - ***Les astreintes administratives renforcées*** 764
Sous-section II - ***Les sanctions pénales*** 765
§ I Les sanctions pénales principales 765
§ II Les peines complémentaires 768

CHAPITRE II

LE TRAITEMENT DES COPROPRIÉTÉS EN DIFFICULTÉ

Section I - **Les mesures préventives : le plan de sauvegarde** 770
Sous-section I - ***Les copropriétés concernées*** 771
Sous-section II - ***Le mandataire*** *ad hoc* 772
Section II - **L'administration provisoire** 773
Sous-section I - ***La désignation de l'administrateur provisoire*** 773
Sous-section II - ***Les effets de la désignation de l'administrateur provisoire*** 775
Sous-section III - ***La cession de biens et la restructuration du syndicat*** 776
Section III - **Les procédures lourdes** 777
Sous-section I - ***L'administration provisoire renforcée*** 777
Sous-section II - ***L'état de carence*** 778
Sous-section III - ***Les opérations de requalification des copropriétés dégradées*** 778

TITRE II

LA PROTECTION DU PATRIMOINE HISTORIQUE ET REMARQUABLE

CHAPITRE I

LA PROTECTION DES MONUMENTS HISTORIQUES

CHAPITRE II

LA PROTECTION DES ABORDS DES MONUMENTS HISTORIQUES

CHAPITRE III
LA PROTECTION DES SITES PATRIMONIAUX REMARQUABLES (SPR)

CHAPITRE IV
LA PROTECTION DES IMMEUBLES LABELLISÉS « FONDATION DU PATRIMOINE »

CHAPITRE V
LE RAVALEMENT DE FAÇADE

Section I - **La réglementation issue du Code de la construction et de l'habitation** 792
Section II - **La réglementation issue du Code de l'urbanisme** 792

CHAPITRE VI
LA FISCALITÉ DE LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT DES MONUMENTS HISTORIQUES

Protéger les droits

PREMIÈRE PARTIE

LE FORMALISME LIÉ À LA NATURE DE L'ACTE JURIDIQUE

TITRE I

L'EXIGENCE D'UN ACTE AUTHENTIQUE COMME MODE DE PROTECTION DU CONSENTEMENT

CHAPITRE I

UN STATUT AU SERVICE DE LA PROTECTION DES CONTRACTANTS

Section I - **Une juridiction de l'amiable protectrice de l'équilibre contractuel** 804

Sous-section I - ***Une administration non judiciaire de la règle de droit*** 804

§ I De la notion d'authenticité 804

§ II Le contrôle de légalité ou l'obligation d'assurer l'efficacité des actes reçus 808

Sous-section II - ***Une juridiction de l'amiable, relais de nouvelles missions déjudiciarisées*** 814

§ I Les transferts de compétences au profit des notaires en matière gracieuse 815

§ II Les modes amiables de règlement des litiges et les prédispositions naturelles du notaire 817

Section II - **Un devoir de conseil protecteur du consentement des contractants** 820

Sous-section I - ***La mission de service public du devoir de conseil*** 820

§ I Un devoir de conseil, véritable mission de service public 820

§ II Un devoir de conseil, vecteur d'accès au droit 824

Sous-section II - ***La portée du devoir de conseil*** 826

§ I La nature du devoir de conseil 826

§ II La preuve de la délivrance du devoir de conseil 829

CHAPITRE II

UN ACTE FORMALISTE GARANT D'UN CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

Section I - **La protection de l'acquéreur d'immeubles à construire et du constituant d'hypothèque conventionnelle** 833

Sous-section I - ***L'acte authentique et la vente d'immeubles à construire*** 833

§ I La protection du consentement de l'acquéreur par l'information 835

§ II La protection de fond de l'acquéreur et le contrôle du contenu du contrat 836

Sous-section II - ***L'acte authentique et la constitution d'hypothèque conventionnelle*** 840

§ I Les principes et sanctions du recours à l'acte authentique 842
§ II Les fondements du recours à l'acte authentique 843
Section II - La protection de la famille et du couple 844
Sous-section I - ***L'acte authentique et les donations*** 846
§ I Le recours au formalisme de l'authenticité : une zone de compétence exclusive 846
§ II Le recours au formalisme de substitution : la donation sans forme 850
Sous-section II - ***L'acte authentique et les couples*** 855
§ I L'emprise de l'authenticité sur la formation du couple 855
§ II L'essor du consensualisme lors de la séparation du couple 858

TITRE II

L'EXIGENCE D'UN ACTE AUTHENTIQUE COMME MODE DE PROTECTION DE LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES

CHAPITRE I

LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES : LA PROTECTION DE L'EXISTENCE DES DROITS

Section I - Le principe du recours à l'écrit 864
Sous-section I - ***Les notions sur la preuve*** 864
Sous-section II - ***Les modes d'admissibilité de la preuve des actes juridiques*** 866
§ I Le principe de la preuve par écrit 866
§ II Les exceptions légales : la preuve autre qu'écrite de l'acte juridique 870
Section II - L'adaptabilité de la preuve écrite aux nouvelles technologies 871
Sous-section I - ***L'écrit*** 871
§ I La définition générale de l'écrit 871
§ II L'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier 876
Sous-section II - ***La signature*** 876
§ I La définition générale de la signature 877
§ II La signature électronique et l'acte authentique 880

CHAPITRE II

L'EXÉCUTION DES ACTES JURIDIQUES : LA PROTECTION DU CRÉANCIER

Section I - Le titre exécutoire notarié au service des contractants 886
Sous-section I - ***L'origine de la force exécutoire de l'acte notarié*** 887
§ I La proximité de la justice et du notariat 887
§ II La dissociation de la force exécutoire judiciaire de la force exécutoire notariée 888
Sous-section II - ***Les fondements actuels de la force exécutoire de l'acte notarié*** 891
§ I Le titre exécutoire notarié implique l'intervention d'une autorité 891
§ II Le titre exécutoire notarié lié au statut d'officier public 894
Section II - Le formalisme du titre exécutoire de l'acte notarié 896
Sous-section I - ***Les règles générales de forme relatives à la délivrance des copies exécutoires*** 898
§ I Les conditions requises pour l'acte authentique donnant lieu à la délivrance d'une copie exécutoire 898
§ II Les conditions requises pour la délivrance de toute copie exécutoire 900
Sous-section II - ***Les règles particulières aux copies exécutoires à ordre*** 903
§ I Les conditions de création des copies exécutoires à ordre 904
§ II Les conditions de transmission des copies exécutoires à ordre 905

DEUXIÈME PARTIE

LE FORMALISME LIÉ À L'EFFICACITÉ DE L'ACTE JURIDIQUE

TITRE I

LE FORMALISME D'INFORMATION DANS LA VENTE IMMOBILIÈRE

Sous-titre I

LE FORMALISME D'INFORMATION APPLIQUÉ À LA PERSONNE DU CONTRACTANT

CHAPITRE I

LES DISPOSITIFS DE PROTECTION DE L'ACQUÉREUR

Section I - **La loi Scrivener : la protection de l'acquéreur-emprunteur dans la vente immobilière** 914

Sous-section I - ***L'établissement de la condition suspensive légale*** 915

Sous-section II - ***La réalisation de la condition suspensive légale*** 921

Section II - **Les lois SRU-ENL : l'instauration de délais de rétractation et de réflexion dans la vente du logement ancien, comme mode de protection du consentement de l'acquéreur** 925

Sous-section I - ***Le champ d'application des délais de rétractation et de réflexion*** . 925

Sous-section II - ***Le formalisme de la notification des délais de rétractation et de réflexion*** 932

Section III - **La loi Alur : la protection par l'information préalable renforcée de l'acquéreur d'un lot de copropriété** 937

Sous-section I - ***Un nouveau renforcement du formalisme d'information*** 938

Sous-section II - ***Le renforcement des obligations de contrôle des notaires*** 945

§ I L'obligation d'immatriculation des copropriétés 945

§ II Les informations relatives au candidat acquéreur 947

§ III La consultation du casier judiciaire 949

CHAPITRE II

LA PROTECTION PAR L'ACCROISSEMENT DE L'OBLIGATION D'INFORMATION DU VENDEUR

Section I - **La consécration légale de l'obligation précontractuelle d'information** 950

Section II - **L'introduction de la notion d'imprévision dans les contrats : une révolution potentielle pour la vente immobilière** 953

Sous-titre II

LE FORMALISME D'INFORMATION APPLIQUÉ AUX BIENS VENDUS

CHAPITRE I

LE FORMALISME D'INFORMATION APPLIQUÉ À L'IMMEUBLE BÂTI

Section I - **Le dossier de diagnostic technique** 958

Section II - **La protection par l'information sur l'état général de l'immeuble** 962

Section III - **La protection par l'information sur les équipements de l'immeuble** 971
§ I Les diagnostics obligatoires 971
§ II L'information sur les normes à respecter 976
§ III L'information sur la contenance et le mesurage 977

CHAPITRE II
LE FORMALISME D'INFORMATION APPLIQUÉ À L'IMMEUBLE NON BÂTI

Section I - **L'information sur l'état du sol et du sous-sol et l'environnement de l'immeuble** 980
Section II - **L'information sur les équipements en sous-sol** 985

TITRE II
LE FORMALISME D'ENREGISTREMENT ET DE PUBLICITÉ FONCIÈRE

Sous-titre I

LA FORMALITÉ D'ENREGISTREMENT

CHAPITRE I
LA PROTECTION PAR LA LIQUIDATION DE L'IMPÔT

Section I - **Le notaire et la détermination du régime fiscal de l'acte** 990
§ I La distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes 990
§ II Des exemples de cas particuliers de détermination du régime fiscal de l'acte 994
Section II - **Le notaire, l'optimisation fiscale et la problématique de l'abus de droit** 1000

CHAPITRE II
LA PROTECTION PAR LA COLLECTE DE L'IMPÔT

Section I - **Le notaire et l'accomplissement de la formalité d'enregistrement** 1010
Section II - **Le notaire et sa mission de collecte de l'impôt** 1011

Sous-titre II

LA FORMALITÉ DE PUBLICITÉ FONCIÈRE

CHAPITRE I
LE FONCTIONNEMENT ET LES FINALITÉS DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

Section I - **Le fonctionnement de la publicité foncière** 1014
§ I La formalité de publicité foncière 1014
§ II La demande de renseignements 1016
Section II - **Les finalités de la publicité foncière** 1018

CHAPITRE II
LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION PAR LA RÉFORME DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

Section I - **Les propositions de renforcement de la sécurité juridique** 1019
Section II - **Les propositions de modernisation de l'organisation** 1022

Liste des rubriques

Exemples, pratiques et focus

Abus de droit :
- Exemples d'application de l'abus de droit *4395*
- Sanctions potentielles à l'égard des conseils *4400*

Abus de faiblesse :
- Circonstances aggravantes et sphère familiale *1577*
- Illustrations jurisprudentielles *1571 ; 1572*
- Le délit d'abus de faiblesse droit de la consommation *1578*
- Notaire : gare aux nouveaux clients *1583*
- Profils et stratégies des auteurs de l'abus de faiblesse *1562*

Accompagnement judiciaire :
- Recommandation de protection du Défenseur des droits *1469*

Acte authentique :
- Ce qu'il faut retenir de l'article 1359 du Code civil *4138*
- Définir l'authenticité et l'acte authentique *4017*
- La promesse d'hypothèque ou les limites de l'exigence d'un acte authentique *4084*
- Le point sur l'annexion d'une procuration à un acte authentique de prêt *4211*
- Tous les actes notariés peuvent-ils être établis en la forme électronique ? *4174*

Acte de disposition :
- L'acte de disposition à titre gratuit suppose nécessairement le recours au juge *1207*

Administrateur :
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*

Administration légale :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*
- Conseil pratique pour le contrôle *1365 ; 1366*
- Focus sur les nouveaux textes en cas de changement de régime matrimonial *2125*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*

Aliénation à charge :
- La présomption de déguisement de l'article 918 *2349*

Aliénation de la nue-propriété :
- L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux *2026*

Amiable :
- La déjudiciarisation ou le renforcement du service public de l'authenticité *4034*

Amiante :
- Le nouveau diagnostic de repérage amiante avant travaux *4322*

Assainissement non collectif :
- Conseil pratique relatif au contrôle d'assainissement *4365 ; 4368*

Assurance-vie :
- Assurance-vie : une anticipation souhaitable lors de la rédaction du mandat *1210*
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*

Auteurs de l'abus de faiblesse :
- Illustrations jurisprudentielles *1571 ; 1572*
- Profils et stratégies des auteurs de l'abus de faiblesse *1563*

Autorisation judiciaire :
- Vente amiable du bien immeuble *3046*

Avantages matrimoniaux :
- Les avantages matrimoniaux et la réunion fictive *2269*

Avant-contrat :
- Conseil pratique dossier de diagnostic *4316*
- Faut-il mentionner les conclusions des diagnostics techniques dans les avant-contrats et les ventes ? *4314*
- Formule de mention manuscrite contrat de prêt *4234*
- Proposition de rédaction de condition suspensive d'obtention de prêt à insérer dans un avant-contrat *4241*

Avocat :
- Acte de dépôt de la convention de divorce signée par acte d'avocats et force exécutoire : extension du domaine de la lutte ! *4197*

Bail à nourriture :
- Dangers fiscaux *1310*

Bien indivis :
- Le legs d'un bien indivis : une protection aléatoire *2536*

Capacité :
- Attention aux procurations ! *1604*
- Critères de la capacité à effectuer un acte de manière éclairée *1601*

Certificat médical :
- Critères de la capacité à effectuer un acte de manière éclairée *1601*
- Éléments à communiquer par le notaire au médecin *1596*
- L'intervention de témoins *1599*

Changement de régime matrimonial :
- Focus sur les nouveaux textes *2125*

Clause bénéficiaire :
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*

Clause d'exclusion de l'administration légale :
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*

Clause de déclaration de remploi :
- Insaisissabilité *3077*

Clause de droit de retour :
- Clauses de droit de retour conventionnel *2361*

Clause de préciput :
- La protection du logement par les avantages matrimoniaux *2110*

Clause de rapport en cas de renonciation :
- Formule *2379*

Clause d'imputation :
- Formule de clause d'imputation sur la réserve globale *2376*
- Réserve globale *2376*

Clause résolutoire :
- Formule *2365*

Concubin :
- Mandat : *quid* des autres modes de conjugalité ? *1254*
- Protéger par les conventions d'indivision *2073*

Condition suspensive légale :
- Conseil pratique en cas de sollicitation de plusieurs banques *4233*
- Le rôle du notaire dans le suivi de la condition suspensive de prêt *4240*
- Proposition de rédaction de condition suspensive d'obtention de prêt à insérer dans un avant-contrat *4241*

Conflit d'intérêt :
- Le notaire qui a établi le mandat, à qui le mandataire doit rendre des comptes, peut-il recevoir les actes concernant directement ou indirectement le mandant *1225*

Conjoint :
- Favoriser la protection du conjoint survivant *2287*
- Le conjoint à la donation-partage, divorcé au décès de son époux *2422*
- L'option du conjoint en usufruit et la protection du nu-propriétaire réservataire *2280*

Conseil de famille :
- Droit de désignation d'un tuteur *1032*

Consentement :
- Distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes *4380*

Contrat :
- Attention aux procurations ! *1604*

Contrat de capitalisation :
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*

Contrôle des installations de gaz et d'électricité :
- Conseil pratique *4338*

Convention de divorce :
- Acte de dépôt de la convention de divorce signée par acte d'avocats et force exécutoire : extension du domaine de la lutte ! *4197*

Copie :
- Le point sur l'annexion d'une procuration à un acte authentique de prêt *4211*
- Liste des actes pouvant donner lieu à délivrance de copies exécutoires *4209*

Copropriété :
- Conseil pratique sur la contenance et le mesurage *4348 ; 4349*

– Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*
– Modèle de courrier de mise en demeure d'absence d'immatriculation de la copropriété *4284*

Copropriété en difficulté :
– Conseil pratique *3330*

Courrier électronique :
– Les conditions à respecter pour une notification par courrier électronique recommandé *4262*
– Un courriel peut-il être admis comme écrit électronique ? *4157*

Créancier :
– Comment concilier les droits des créanciers avec la liberté de l'entrepreneur dans cette situation ? *3073*
– La raison d'être de la délivrance d'une seule copie exécutoire au créancier *4204*
– Liste des titres exécutoires *4179*

CREP :
– Conseil pratique *4320*

Curatelle :
– Articulation d'une mesure de protection judiciaire avec la conclusion d'un mandat de protection future *1172*
– Protection : à qui incombe la qualification des actes ? *1493*

Curateur :
– Désignation anticipée *1258*

Cuve de fioul :
– Conseil pratique relatif aux cuves de fioul *4371*

Décès :
– Le conjoint à la donation-partage, divorcé au décès de son époux *2422*

Déjudiciarisation de la protection :
– L'opportunité de dresser une liste de notaires volontaires *1513*

Démembrement de propriété :
– Donations en démembrement de propriété et réunion fictive *2271*

Dépendance :
– Conseil pratique pour les contrats d'assurance dépendance *1288*
– Le label GAD (Garantie Assurance Dépendance) *1287*

Désignation anticipée :
– Conseils pratiques *1258*

Désignation du mandataire :
– Intérêt d'une double désignation *1175*
– Une armée mexicaine... parfois indispensable ! *1176*

Désignation du tuteur :
– Droit de désignation d'un tuteur : inadaptation aux familles monoparentales *1019*
– Modèle de désignation d'un tuteur par testament *1036*
– Précaution pratique dans la désignation du tuteur : le conseil de famille *1032*

Désignation d'un exécuteur testamentaire :
– Formule *2575*

Devoir de conseil :
– Devoir de conseil et devoir d'information précontractuel de l'article 1112-1 du Code civil *4050*

Diagnostic :
- Conseil pratique dossier de diagnostic *4316*
- Conseil pratique information relative aux insectes xylophages *4326*
- Conseil pratique relatif au contrôle d'assainissement *4365 ; 4368*
- Conseil pratique relatif contrôle des installations de gaz et d'électricité *4338*
- Faut-il mentionner les conclusions des diagnostics techniques dans les avant-contrats et les ventes ? *4314*
- Le nouveau diagnostic de repérage amiante avant travaux *4322*
- Une méthodologie propre pour chaque type de DPE *4332*

DIP :
- Application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil en droit international privé *2027*
- Conseil aux expatriés français des multinationales *2551*

Directives anticipées :
- Une piste à explorer et à développer *1271*

Disposition :
- Distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes *4380*

Dividendes :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*

Divorce :
- Acte de dépôt de la convention de divorce signée par acte d'avocats et force exécutoire : extension du domaine de la lutte ! *4197*

Donation :
- Clause de révocation en cas de survenance d'enfant *2362*
- Clause résolutoire *2365*
- Donations en démembrement de propriété et réunion fictive *2271*
- La donation entre époux, toujours une bonne protection ! *2279 ; 2280*
- La donation rémunératoire : une fausse donation *2311*
- La fiscalité de la donation avec prise en charge du passif *2338*
- La pratique du présent d'usage *2311*
- La présomption de déguisement de l'article 918 *2349*
- La protection du donataire dans la donation à terme *2329*
- La subrogation et le droit de retour *2357*
- L'enfant unique et la donation transgénérationnelle *2424*
- Les avantages matrimoniaux et la réunion fictive *2269*
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*

Donation avant cession :
- Exemples d'application de l'abus de droit *4395*

Donation avec réserve d'usufruit :
- L'insertion de clauses salutaires dans l'acte de donation *1323*

Donation de titres sociaux :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*

Donation déguisée :
- Exemples d'application de l'abus de droit *4395*

Donation d'immeuble :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*

Donation-partage :
- Chercher davantage l'équilibre que l'égalité *2453*
- Distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes *4381*
- L'article 1078 du Code civil et la renonciation d'un copartagé *2476*
- Le conjoint à la donation-partage, divorcé au décès de son époux *2422*
- Les soultes payables à terme et la protection des parties *2448*
- Tableau comparatif donation-partage inégalitaire : « Paris-Province » *2472*

DPE :
- Avertissement au client *4334*
- Une méthodologie propre pour chaque type de DPE *4332*

Droit de retour :
- Clauses de droit de retour conventionnel *2361*
- La subrogation et le droit de retour *2357*

Enfant :
- Clause de révocation en cas de survenance d'enfant *2362*

Enfant handicapé :
- Combinaison du mandat de protection future et de la tutelle testamentaire *1051*

Entrepreneur :
- Comment concilier les droits des créanciers avec la liberté de l'entrepreneur dans cette situation ? *3073*
- Nullité de l'hypothèque prise sur la résidence principale de l'entrepreneur individuel *3072*

Époux :
- Favoriser la protection du conjoint survivant *2287*
- La donation entre époux, toujours une bonne protection ! *2279 ; 2280*
- La protection du logement par les avantages matrimoniaux *2110*
- L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux *2026*
- Le conjoint à la donation-partage, divorcé au décès de son époux *2422*
- Le logement détenu en société civile immobilière et l'article 215, alinéa 3 du Code civil *2027*
- Révocabilité d'ordre public du mandat entre époux *1250*

Établissement spécialisé :
- Témoignage d'un praticien sur l'intérêt du mandat de protection future *1218*

Expatriés :
- Conseil aux expatriés français des multinationales *2551*

Exploitant agricole :
- Exclusion du partenaire pacsé du statut protecteur *2048*

Extranéité :
- Application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil en droit international privé *2027*

Fin de vie :
- Directives anticipées *1271*

Formule :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*
- Assurance-vie : une anticipation souhaitable lors de la rédaction du mandat *1210*
- Clause de rapport en cas de renonciation *2379*
- Clause de révocation en cas de survenance d'enfant *2362*
- Clause résolutoire *2365*
- Clauses de droit de retour conventionnel *2361*
- Conseil de rédaction pour éviter la superposition de mandats *1187*

- Désignation d'un exécuteur testamentaire *2575*
- Exemple de formule de remise en main propre conforme aux articles D. 271-6 et D. 271-7 *4255*
- Formule de clause d'imputation sur la réserve globale *2376*
- Formule de mention manuscrite contrat de prêt *4234*
- Libellé de la formule exécutoire *4196*
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*
- Modèle de courrier de mise en demeure d'absence d'immatriculation de la copropriété *4284*
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*
- Modèle de désignation d'un tuteur par testament *1036*
- Modèle de rédaction du legs d'attribution *2541*
- Modèle de rédaction du testament-partage *2541*
- Proposition de rédaction de condition suspensive d'obtention de prêt à insérer dans un avant-contrat *4241*

Frais :
- La pratique du présent d'usage *2311*

Garantie dépendance :
- Conseil pratique pour les contrats d'assurance dépendance *1288*
- Le label GAD (Garantie Assurance Dépendance) *1287*

Gestion d'affaires :
- L'anticipation oubliée : la gestion d'affaires *1249*

Gestion du patrimoine :
- Le notaire « lanceur d'alerte » *1224*

Habilitation familiale :
- L'habilitation « assistance » peut-elle être spéciale ? *1522*

Habitat :
- Le coût du maintien à domicile *1276*

Hypothèque :
- La promesse d'hypothèque ou les limites de l'exigence d'un acte authentique *4084*
- Nullité de l'hypothèque prise sur la résidence principale de l'entrepreneur individuel *3072*

Immeuble :
- Conseil pratique dossier de diagnostic *4316*
- Conseil pratique information relative aux insectes xylophages *4326*
- Conseil pratique relatif à l'état du sol et du sous-sol *4355*
- Conseil pratique relatif au contrôle d'assainissement *4365 ; 4368*
- Faut-il mentionner les conclusions des diagnostics techniques dans les avant-contrats et les ventes ? *4314*
- Modèle de clause de déclaration de remploi subrogation de l'insaisissabilité *3077*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*
- Qualifier, c'est protéger : le cas singulier des VEFA d'appartements compris dans des résidences de services et de tourisme *4074*
- Une méthodologie propre pour chaque type de DPE *4332*
- Vente amiable du bien immeuble *3046*

Immeuble saisi :
- Nullité de l'hypothèque prise sur la résidence principale de l'entrepreneur individuel *3072*
- Vade-mecum de la vente amiable autorisée de l'immeuble saisi *3048*

Inaliénabilité :
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*

Incapacité :
- L'anticipation oubliée : la gestion d'affaires *1249*
- Le rôle de conseil et d'orientation du notaire *1473*

Incorporation :
- La fiscalité de l'incorporation *2452*

Influence abusive :
- Comment établir que la disposition est prise librement ? *1590*

Information :
- Conseil pratique dossier de diagnostic *4316*
- Conseil pratique information relative aux insectes xylophages *4326*
- Conseil pratique relatif à l'état du sol et du sous-sol *4355*
- Conseil pratique sur la contenance et le mesurage *4348 ; 4349*
- Devoir de conseil et devoir d'information précontractuel de l'article 1112-1 du Code civil *4050*
- Une méthodologie propre pour chaque type de DPE *4332*

Insaisissabilité :
- L'importance de la publicité *3109*
- Modèle de clause de déclaration de remploi subrogation de l'insaisissabilité *3077*
- Nullité de l'hypothèque prise sur la résidence principale de l'entrepreneur individuel *3072*
- Remploi du prix de vente *3077*

Insanité d'esprit :
- Insanité d'esprit et testament authentique *1544*
- Intérêt du testament authentique *1553*

Inventaire :
- Conseil pratique en administration légale *1369*
- Un contrôle inopérant des inventaires *1502*

Jouissance légale :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*

Juge des tutelles :
- Conseil pratique pour le contrôle *1365 ; 1366*
- L'autorisation préalable du juge des tutelles est-elle obligatoire pour autoriser la vente ou l'emprunt par la SCI lorsque l'un des associés est mineur ? *1150*

Légataire universel :
- La désignation de plusieurs légataires universels : attention aux précautions rédactionnelles ! *2535*

Legs :
- La qualification entre testament-partage et legs d'attribution : difficultés et enjeux *2541*
- Le legs d'un bien indivis : une protection aléatoire *2536*
- Le legs en usufruit *2536*
- Modèle de rédaction du legs d'attribution *2541*

Lettre recommandée :
- Conseil pratique : notification du délai de rétractation *4278*
- Les conditions à respecter pour une notification par courrier électronique recommandé *4262*

Libéralités :
- La métamorphose de la libéralité par le jeu de l'article 917 du Code civil *2292*
- Le rapport, la cigale mieux traitée que la fourmi *2185*
- Les avantages matrimoniaux et la réunion fictive *2269*

- Les représentants sont-ils débiteurs du rapport ? Une question importante, mais sans réponses *2181*
- L'imputation des libéralités faites en usufruit ou en nue-propriété *2292*

Lieu de vie :
- Témoignage d'un praticien sur l'intérêt du mandat de protection future *1218*

Location saisonnière :
- Les extraordinaires avantages fiscaux de la location en meublé touristique *3297*
- Les pièges de la fiscalité lorsque la location en meublé est exercée par une société *3299*

Logement :
- Comment repérer l'acte soumis à cogestion au titre de l'article 215, alinéa 3 du Code civil ? *2027*
- Exclusion du partenaire pacsé du statut protecteur de l'exploitant agricole *2048*
- La création du prêt avance mutation *1318*
- La protection du logement par les avantages matrimoniaux *2110*
- L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux *2026*
- Le coût du maintien à domicile *1276*
- Le logement détenu en société civile immobilière et l'article 215, alinéa 3 du Code civil *2027*
- L'insertion de clauses salutaires dans l'acte de donation *1323*
- Proposition du 113ème Congrès des notaires de France pour une promotion du prêt viager hypothécaire aux fins d'adaptation des logements *1318*

Lot :
- Conseil pratique sur la contenance et le mesurage *4348 ; 4349*

Mail :
- Un courriel peut-il être admis comme écrit électronique ? *4157*

Majeur :
- Combinaison du mandat de protection future et de la tutelle testamentaire *1051*
- Critères de la capacité à effectuer un acte de manière éclairée *1601*
- Le rôle de conseil et d'orientation du notaire *1473*
- Protection : à qui incombe la qualification des actes ? *1493*
- Recommandation de protection du Défenseur des droits *1469*

Mandat :
- Mandat : *quid* des autres modes de conjugalité ? *1254*
- Révocabilité d'ordre public du mandat entre époux *1250*

Mandat de protection future :
- Articulation d'une mesure de protection judiciaire avec la conclusion d'un mandat de protection future *1172*
- Assurance-vie : une anticipation souhaitable lors de la rédaction du mandat *1210*
- Combinaison du mandat de protection future et de la tutelle testamentaire *1051*
- Conseil de rédaction pour éviter la superposition de mandats de protection future *1187*
- Conseil pratique : désignation de la personne de confiance *1265*
- Désignation du mandataire : une armée mexicaine... parfois indispensable ! *1176*
- Élargir l'objet du mandat à l'assistance pour couvrir la zone grise ? *1181*
- Intérêt d'une double désignation *1175*
- L'acte de disposition à titre gratuit suppose nécessairement le recours au juge *1207*
- Le notaire « lanceur d'alerte » *1224*
- Le notaire qui a établi le mandat, à qui le mandataire doit rendre des comptes, peut-il recevoir les actes concernant directement ou indirectement le mandant *1225*
- L'étrange absence de période suspecte préalablement au déclenchement du mandat *1185*
- Pouvoirs du mandataire en droit de la famille *1216*
- Registre : proposition du Conseil supérieur du notariat *1192*
- Un mandat n'est jamais écrit une bonne fois pour toutes ! *1178*

Mandataire :
- Assurance-vie : une anticipation souhaitable lors de la rédaction du mandat *1210*
- L'acte de disposition à titre gratuit suppose nécessairement le recours au juge *1207*
- Pouvoirs du mandataire en droit de la famille *1216*

Mesure :
- Conseil pratique sur la contenance et le mesurage *4348 ; 4349*

Meublé touristique :
- Les extraordinaires avantages fiscaux de la location en meublé touristique *3299*
- Les pièges de la fiscalité lorsque la location en meublé est exercée par une société *3299*

Mineur :
- Combinaison du mandat de protection future et de la tutelle testamentaire *1051*
- Droit de désignation d'un tuteur : inadaptation aux familles monoparentales *1019*
- Focus sur les nouveaux textes en cas de changement de régime matrimonial *2125*
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*
- Modèle de désignation d'un tuteur par testament *1036*
- Précaution pratique dans la désignation du tuteur : le conseil de famille *1032*

Mise en demeure :
- Modèle de courrier de mise en demeure d'absence d'immatriculation de la copropriété *4284*

Notaire :
- Abus de droit et sanctions pénales *4400*
- Attention aux procurations ! *1604*
- Comment établir que la disposition est prise librement ? *1590*
- Conseil pratique relatif à l'état du sol et du sous-sol *4355*
- Conseil pratique relatif au contrôle d'assainissement *4365 ; 4368*
- Conseil pratique relatif aux cuves de fioul *4371*
- Devoir de conseil et devoir d'information précontractuel de l'article 1112-1 du Code civil *4050*
- Directives anticipées *1271*
- Gare aux nouveaux clients *1583*
- Insanité d'esprit et testament authentique *1544*
- La déjudiciarisation ou le renforcement du service public de l'authenticité *4034*
- L'authentification au service de l'intérêt général : la police de la légalité *4022*
- Le notaire garant du modèle contractuel de la vente en l'état futur d'achèvement *4069*
- Le notaire qui a établi le mandat, à qui le mandataire doit rendre des comptes, peut-il recevoir les actes concernant directement ou indirectement le mandant *1225*
- Le rôle de conseil et d'orientation du notaire *1473*
- Le rôle du notaire dans la rédaction du testament *2558*
- Le rôle du notaire dans la rédaction du testament olographe *2512*
- Le rôle du notaire dans le suivi de la condition suspensive de prêt *4240*
- Le service public du conseil *4047*

Notification du délai de rétractation :
- Conseil pratique *4278*

Nue-propriété :
- L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux *2026*
- L'imputation des libéralités faites en usufruit ou en nue-propriété *2292*

Numérisation :
- Les catégories de signatures électroniques créées par le règlement européen eIDAS du 23 juillet 2015 *4170*

- Les conditions à respecter pour une notification par courrier électronique recommandé *4262*
- Les nouveaux supports confrontés à l'épreuve du temps *4153*
- Quelle est la validité des copies et des documents résultant d'un procédé de numérisation ? *4143*
- Tous les actes notariés peuvent-ils être établis en la forme électronique ? *4174*
- Un courriel peut-il être admis comme écrit électronique ? *4157*

Obligation d'emploi :
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*

Pacs :
- Exclusion du partenaire pacsé du statut protecteur de l'exploitant agricole *2048*
- Mandat : *quid* des autres modes de conjugalité ? *1254*

Pacte d'associés :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*

Parents :
- Droit de désignation d'un tuteur : inadaptation aux familles monoparentales *1019*
- Modèle de désignation d'un tuteur par testament *1036*
- Précaution pratique dans la désignation du tuteur : le conseil de famille *1032*

Partage successoral :
- Distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes *4381*

Parts sociales :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*
- La préconstitution de la preuve de l'état de titres sociaux au jour de la donation *2270*

Patrimoine :
- Démolitions *3369*

Performance énergétique :
- Avertissement au client *4334*

Période suspecte :
- Intérêt du testament authentique *1553*
- Mandat de protection future : L'étrange absence de période suspecte *1185*

Permis de démolir :
- Patrimoine *3369*

Personne de confiance :
- Conseil pratique pour la désignation *1265*
- Un outil relativement confidentiel *1267*

Placement :
- Témoignage d'un praticien sur l'intérêt du mandat de protection future *1218*

Préciput :
- La protection du logement par les avantages matrimoniaux *2110*

Présent d'usage :
- La pratique du présent d'usage *2311*

Prêt :
- Formule de mention manuscrite contrat de prêt *4234*
- Le rôle du notaire dans le suivi de la condition suspensive de prêt *4240*

- Proposition de rédaction de condition suspensive d'obtention de prêt à insérer dans un avant-contrat *4241*
- Conseil pratique en cas de sollicitation de plusieurs banques *4233*
- Le point sur l'annexion d'une procuration à un acte authentique de prêt *4211*

Prêt viager hypothécaire :
- La création du prêt avance mutation *1318*
- Proposition du 113e Congrès des notaires de France pour une promotion du prêt viager hypothécaire aux fins d'adaptation des logements *1318*

Preuve écrite :
- Ce qu'il faut retenir de l'article 1359 du Code civil *4138*
- Les catégories de signatures électroniques créées par le règlement européen eIDAS du 23 juillet 2014 *4170*
- Les conditions à respecter pour une notification par courrier électronique recommandé *4262*
- Les nouveaux supports confrontés à l'épreuve du temps *4153*
- Quelle est la validité des copies et des documents résultant d'un procédé de numérisation ? *4143*
- Tous les actes notariés peuvent-ils être établis en la forme électronique ? *4174*
- Un courriel peut-il être admis comme écrit électronique ? *4157*

Prix de vente :
- Distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes *4381*
- Modèle de clause de déclaration de remploi subrogation de l'insaisissabilité *3077*

Prix du viager :
- Majoration de la rente en cas de libération anticipée *1306*

Procédure collective :
- L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux *2026*

Procuration :
- Le point sur l'annexion d'une procuration à un acte authentique de prêt *4211*

Protection :
- Combinaison du mandat de protection future et de la tutelle testamentaire *1051*
- Critères de la capacité à effectuer un acte de manière éclairée *1601*
- Élargir l'objet du mandat à l'assistance pour couvrir la zone grise ? *1181*
- Favoriser la protection du conjoint survivant *2287*
- Insanité d'esprit et testament authentique *1544*
- La raison d'être de la délivrance d'une seule copie exécutoire au créancier *4204*
- L'anticipation oubliée : la gestion d'affaires *1249*
- Le notaire « lanceur d'alerte » *1224*
- L'habilitation « assistance » peut-elle être spéciale ? *1522*
- Liste des titres exécutoires *4179*
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*
- Un contrôle inopérant des inventaires *1502*
- Attention aux procurations ! *1604*

Protection des époux :
- Comment repérer l'acte soumis à cogestion au titre de l'article 215, alinéa 3 du Code civil ? *2027*
- L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux *2026*
- Le logement détenu en société civile immobilière et l'article 215, alinéa 3 du Code civil *2027*

Protection judiciaire :
- Articulation d'une mesure de protection judiciaire avec la conclusion d'un mandat de protection future *1172*

Protection sociale :
- Le rôle de conseil et d'orientation du notaire *1473*
- Recommandation de protection du Défenseur des droits *1469*

Publicité foncière :
- Fiscalité et publicité foncière du testament-partage *2547*

Rapport des libéralités :
- Le rapport, la cigale mieux traitée que la fourmi *2185*
- Les avantages matrimoniaux et la réunion fictive *2269*
- Les effets de la renonciation sur le rapport : en présence de la clause imposant le rapport *2379*
- Les représentants sont-ils débiteurs du rapport ? Une question importante, mais sans réponse... *2181*

Registre des mandats de protection future :
- Proposition du Conseil supérieur du notariat *1192*

Remise en main propre :
- Exemple de formule de remise en main propre conforme aux articles D. 271-6 et D. 271-7 *4255*

Renonciation :
- L'article 1078 du Code civil et la renonciation d'un copartagé *2476*
- Les effets de la renonciation sur le rapport : en l'absence de la clause imposant le rapport *2378*
- La renonciation au testament-partage *2542*
- Les effets de la renonciation sur le rapport : en présence de la clause imposant le rapport *2379*

Rente viagère :
- La présomption de déguisement de l'article 918 *2349*

Représentation du donataire :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*

Réservataire :
- La métamorphose de la libéralité par le jeu de l'article 917 du Code civil *2292*

Réserve :
- Clause d'imputation *2376*
- Formule de clause d'imputation sur la réserve globale *2376*

Réserve d'usufruit :
- La présomption de déguisement de l'article 918 *2349*

Réserve héréditaire :
- Tableau comparatif donation-partage inégalitaire : « Paris-Province » *2472*

Résidence de tourisme :
- Qualifier, c'est protéger : le cas singulier des VEFA d'appartements compris dans des résidences de services et de tourisme *4074*

Rétractation :
- Conseil pratique *4278*

Réunion fictive :
- Donations en démembrement de propriété et réunion fictive *2271*
- Les avantages matrimoniaux et la réunion fictive *2269*

Revenus :
- La donation rémunératoire : une fausse donation *2311*
- Les incertitudes de la donation de fruits et de revenus *2311*

SCI :
- L'autorisation préalable du juge des tutelles est-elle obligatoire pour autoriser la vente ou l'emprunt par la SCI lorsque l'un des associés est mineur ? *1150*
- Le logement détenu en société civile immobilière et l'article 215, alinéa 3 du Code civil *2027*

Signature électronique :
- Les catégories de signatures électroniques créées par le règlement européen eIDAS du 23 juillet 2016 *4170*
- Tous les actes notariés peuvent-ils être établis en la forme électronique ? *4174*

Sol :
- Conseil pratique relatif à l'état du sol et du sous-sol *4355*

Sous-sol :
- Conseil pratique relatif au contrôle d'assainissement *4365 ; 4368*

Surendettement :
- Saisine de la commission *3025*

Testament :
- Fiscalité et publicité foncière du testament-partage *2547*
- Formule de désignation d'un exécuteur testamentaire *2575*
- La désignation de plusieurs légataires universels : attention aux précautions rédactionnelles ! *2535*
- La qualification entre testament-partage et legs d'attribution : difficultés et enjeux *2541*
- La renonciation au testament-partage *2542*
- Le rôle du notaire dans la rédaction du testament *2558*
- Le rôle du notaire dans la rédaction du testament olographe *2512*
- Le testament authentique nul requalifié en testament international *2508*
- Le testament hermétique au numérique ? *2527*
- L'inconvénient du testament olographe : le risque de perte ou de non-découverte *2513*
- Modèle de désignation d'un administrateur par testament *1095*
- Modèle de désignation d'un tuteur par testament *1036*
- Modèle de rédaction du testament-partage *2541*
- Insanité d'esprit et testament authentique *1544*

Tiers :
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux *1097*
- Désignation du mandataire *1176*
- Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur *1112*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble *1096*

Titre exécutoire :
- Acte de dépôt de la convention de divorce signée par acte d'avocats et force exécutoire : extension du domaine de la lutte ! *4197*
- La raison d'être de la délivrance d'une seule copie exécutoire au créancier *4204*
- Le point sur l'annexion d'une procuration à un acte authentique de prêt *4211*
- Libellé de la formule exécutoire *4196*
- Liste des actes pouvant donner lieu à délivrance de copies exécutoires *4209*
- Liste des titres exécutoires *4179*

Travaux :
- Améliorations *3186*
- Conseil pratique relatif contrôle des installations de gaz et d'électricité *4338*

- Le nouveau diagnostic de repérage amiante avant travaux *4322*
- L'insertion de clauses salutaires dans l'acte de donation *1323*

Troubles cognitifs :
- Ce qu'il faut retenir de la détection des troubles cognitifs *1588*
- Comment établir que la disposition est prise librement ? *1590*
- Éléments à communiquer par le notaire au médecin *1596*
- Résultats de l'enquête menée par la Fondation Médéric Alzheimer, en partenariat avec le CSN *1606*
- Se méfier des stéréotypes sur l'avancée en âge *1587*

Tutelle :
- Conseil pratique pour le contrôle *1365 ; 1366*
- Le notaire et la personne à protéger *1480*

Tuteur :
- Désignation anticipée *1258*
- Droit de désignation : inadaptation aux familles monoparentales *1019*
- Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent *1131*
- Modèle de désignation d'un tuteur par testament *1036*
- Précaution pratique dans la désignation du tuteur : le conseil de famille *1032*

Usufruit :
- Le legs en usufruit *2536*
- L'imputation des libéralités faites en usufruit ou en nue-propriété *2292*
- L'option du conjoint en usufruit et la protection du nu-propriétaire réservataire *2280*

VEFA :
- Le notaire garant du modèle contractuel de la vente en l'état futur d'achèvement *4069*
- Qualifier, c'est protéger : le cas singulier des VEFA d'appartements compris dans des résidences de services et de tourisme *4074*

Vente :
- Avertissement au client relatif à la performance énergétique *4334*
- Conseil pratique relatif contrôle des installations de gaz et d'électricité *4338*
- Conseil pratique sur la contenance et le mesurage *4348 ; 4349*
- Distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes *4380*
- Faut-il mentionner les conclusions des diagnostics techniques dans les avant-contrats et les ventes ? *4314*
- L'autorisation préalable du juge des tutelles est-elle obligatoire pour autoriser la vente ou l'emprunt par la SCI lorsque l'un des associés est mineur ? *1150*

Vente amiable du bien immeuble :
- Conseil pratique *3046*
- Vade-mecum de la vente amiable autorisée de l'immeuble saisi *3048*

Vente d'immeuble :
- Conseil pratique du notaire au majeur à protéger *1490*

Viager :
- La création du prêt avance mutation *1318*
- L'indispensable intervention publique au développement du viager *1308*
- Majoration de la rente en cas de libération anticipée *1306*
- Proposition du 113e Congrès des notaires de France pour une promotion du prêt viager hypothécaire aux fins d'adaptation des logements *1318*

Liste des principaux sigles, acronymes et abréviations du rapport du 116e Congrès des notaires de France

A	Arrêté
ABF	Architecte des Bâtiments de France
Actes prat. ing. immobilière	*Actes pratiques et ingénierie immobilière*
Actes prat. strat. patrimoniale	*Actes pratiques et stratégie patrimoniale*
Act. proc. coll.	*Actualité des procédures collectives (Lettre d')*
Ademe	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
Adil	Agence départementale d'information sur le logement
Agefiph	Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées
Aggir	Autonomie, Gérontologie, Groupe Iso-Ressources
Agrasc	Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués
AJC	*Actualité juridique contrats d'affaires*
AJDI	*Actualité juridique de droit immobilier*
AJF	*Actualité juridique Famille*
AJP	*Actualité juridique Pénal*
AJPI	*Actualité juridique de la propriété immobilière*
AL	Allocations logement
Anah	Agence nationale de l'habitat
ANF	Accès des notaires au fichier immobilier
Ann. loyers	*Annales des loyers*
Anru	Agence nationale pour la rénovation urbaine
Anssi	Agence nationale de sécurité des systèmes d'information
APA	Allocation personnalisée d'autonomie
APL	Aide personnalisée au logement
Arrco	Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés
Agirc	Association générale des institutions de retraite complémentaire des cadres
AN	Assemblée nationale
ann.	annexe
Ann. loyers	*Annales des loyers*
ARS	Agence régionale de santé
Aspa	Allocation de solidarité aux personnes âgées
AVAP	Aire de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine
av-gén.	avocat général
AVQ	Activités de la vie quotidienne
Basias	Base des anciens sites industriels et activités de services
Basol	Base de données sur les sites et sols pollués (ou potentiellement pollués)
BIC	Bénéfices industriels et commerciaux
BJDU	*Bulletin de jurisprudence du droit de l'urbanisme*

BO	*Bulletin officiel* (des différents ministères)
BODACC	*Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*
BOFiP	*Bulletin officiel des finances publiques-impôts*
BOI	*Bulletin officiel des impôts*
BPAT	*Bulletin du patrimoine*
BPIM	*Bulletin pratique immobilier*
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*
Bull. Cridon (ville)	*Bulletin du Centre de recherches, d'information et de documentation notariales (de la ville de)*
Bull. crim.	*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*
Bull. inf. C. cass.	*Bulletin d'information de la Cour de cassation*
Bull. Joly Sociétés	*Bulletin Joly Sociétés* (mensuel d'information des sociétés)
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
C. action soc. et fam.	Code de l'action sociale et des familles
CADF	Comité de l'abus de droit fiscal
CAF	Caisse d'allocations familiales
Cah. Cridon (ville)	*Cahiers du Centre de recherches, d'information et de documentation notariales (de la ville de)*
Carpa	Caisse des règlements pécuniaires des avocats
Cass. 1re, 2e, 3e civ.	Cour de cassation (1re, 2e ou 3e chambre civile)
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. assur.	Code des assurances
CCAPEX	Commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives
CCAS	Centre communal d'action sociale
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CDC	Caisse des dépôts et consignations
CDC	Commission départementale de conciliation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. élect.	Code électoral
C. env.	Code de l'environnement
CES	Conseil économique et social

CFE	Centre de formalités des entreprises
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CIDPH	Convention internationale des droits des personnes handicapées
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cnasa	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
CNBD	Comité national pour la bientraitance et les droits
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNPA	Commission nationale du patrimoine et de l'architecture
CNSA	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
CNUE	Conseil des notariats de l'Union européenne
Coderst	Conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Comm. com. électr.	*Communication Commerce électronique*
comp.	comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
Const.	Constitution
Constr.-Urb.	*Construction-Urbanisme*
Contrats, conc. consom.	*Contrats, concurrence, consommation*
COR	Conseil d'orientation des retraites
COS	Coefficient d'occupation des sols
C. patr.	Code du patrimoine
CPC	Code de procédure civile
CPC ex.	Code des procédures civiles d'exécution
C. pén.	Code pénal
CPO	Conseil des prélèvements obligatoires
CPP	Code de procédure pénale
CRDS	Contribution pour le remboursement de la dette sociale
Crep	Constat des risques d'exposition au plomb
C. rur. pêche marit.	Code rural et de la pêche maritime
C. santé publ.	Code de la santé publique
CSG	Contribution sociale généralisée
CSI	Contribution de sécurité immobilière
CSS	Code de la sécurité sociale
C. tourisme	Code du tourisme
C. urb.	Code de l'urbanisme
D.	*Recueil Dalloz*

D.	Décret
Dalo	Droit au logement opposable
DC	*Dalloz critique* (de 1941 à 1944)
DDT	Dossier de diagnostique technique
Defrénois	*Répertoire du notariat Defrénois*
DGFiP	Direction générale des finances publiques
DH	*Dalloz hebdomadaire* (de 1924 à 1940)
Dict. enr.	*Dictionnaire de l'enregistrement*
Dict. perm.	*Dictionnaire permanent*
Dir.	Directive
Doc. COM.	Document communautaire (Europe)
Doc. fisc. Lefebvre	*Feuillet de documentation pratique fiscal Lefebvre*
Doc. fr.	La Documentation française
DP	*Dalloz périodique* (jusqu'en 1940)
DPE	Diagnostic de performance énergétique
Drees	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
Dr. et patrimoine	*Droit et patrimoine*
Dr. et proc.	*Droit et procédures*
Dr. et ville	*Droit et ville*
Dr. famille	*Droit de la famille*
Dr. pén.	*Droit pénal*
Dr. sociétés	*Droit des sociétés*
DTG	Diagnostic technique global
EARL	Exploitation agricole à responsabilité limitée
Ehpad	Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
eIDAS	Règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (*Electronic IDentification Authentication and trust Services*)
EIRL	Entreprise individuelle à responsabilité limitée
EPCI	Établissement public de coopération intercommunale
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
FICP	Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers
FSL	Fonds de solidarité pour le logement
GAD	Garantie Assurance Dépendance
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
GIR	Groupe iso-ressources
HLM	Habitation à loyer modéré
ibid.	*ibidem* (au même endroit)
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
IEJ	Institut d'études judiciaires
Ind. enr.	*Indicateur de l'enregistrement*

infra	ci-dessous
Inf. rap. copr.	*Informations rapides de la copropriété*
Insee	Institut national de la statistique et des études économiques
Instr.	Instruction
IR	Impôt sur le revenu
IS	Impôt sur les sociétés
JCl.	*JurisClasseur Encyclopédie*
JCP A	*JurisClasseur périodique,* édition Administration et collectivités territoriales
JCP E	*JurisClasseur périodique,* édition Entreprise et affaires
JCP G	*JurisClasseur périodique,* édition Générale
JCP N	*JurisClasseur périodique,* édition Notariale et immobilière
JO	*Journal officiel* de la République française
JOAN CR	*Journal officiel de l'Assemblée nationale* (Débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)
JOAN Q	*Journal officiel de l'Assemblée nationale* (Réponses ministérielles à questions écrites)
JO Sénat CR	*Journal officiel du Sénat* (Débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)
JO Sénat Q	*Journal officiel de l'Assemblée nationale* (Réponses ministérielles à questions écrites)
Journ. enr.	*Journal de l'enregistrement et des domaines* (jusqu'en 1932)
Journ. not.	*Journal des notaires et des avocats*
L	Loi
LEFP	*L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*
Loi Alur	Loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové
Loi Elan	Loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique
Loi ENL	Loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement
Loi LCAP	Loi du 7 juillet 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine
Loi LME	Loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie
Loi NRE	Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques
Loi Pacte	Loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises
Loi SRU	Loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains
Loi TEPCV	Loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte
Loyers et copr.	*Loyers et copropriété*
LPA	*Les Petites affiches*
LPF	Livre des procédures fiscales
LRAR	Lettre recommandée avec demande d'avis de réception
LRE	Lettre recommandée électronique
MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
Masp	Mesure d'accompagnement social personnalisé
Mél.	*Mélanges*

NVP	*Notaires vie professionnelle*
op. cit.	*opere citato* (dans l'ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
Pacs	Pacte civil de solidarité
PAM	Prêt avance mutation
PCH	Prestation de compensation du handicap
PEA	Plan d'épargne en actions
PE et Cons. UE	Parlement européen et Conseil de l'Union européenne
Pere	Plan d'épargne-retraite entreprise
Perp	Plan d'épargne-retraite populaire
PLU	Plan local d'urbanisme
PPRNP	Plan de prévention des risques naturels prévisibles
préc.	précité
préf.	préface
Préfon	Caisse nationale de prévoyance de la fonction publique
PSMV	Plan de sauvegarde et de mise en valeur
PTIA	Perte totale et irréversible d'autonomie
PVAP	Plan de valorisation de l'architecture et du patrimoine
PVH	Prêt viager hypothécaire
QD	Quotité disponible
QDO	Quotité disponible ordinaire
QDS	Quotité disponible spéciale
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAAR	Renonciation anticipée à l'action en réduction
Rapp.	Rapport
rappr.	rapprocher
RCM	Revenus de capitaux mobiliers
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RD bancaire et fin.	*Revue de droit bancaire et financier*
RD imm.	*Revue de droit immobilier*
RD sanit. soc.	*Revue de droit sanitaire et social*
Rec. CE	*Recueil des décisions du Conseil d'État*
Rec. Cons. const.	*Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*
Recomm.	Recommandation
Règl.	Règlement
Rép. dr. civ. Dalloz	*Répertoire de droit civil* Dalloz (Encyclopédie)
Rép. dr. imm. Dalloz	*Répertoire de droit immobilier* Dalloz (Encyclopédie)
Rép. min.	Réponse ministérielle
RES	Rescrit
Resp. civ. et assur.	*Responsabilité civile et assurances*

Rev. adm.	*Revue administrative*
Rev. crit. DIP	*Revue critique de droit international privé*
Rev. crit. législ. et jurispr.	*Revue critique de législation et de jurisprudence*
Rev. gén. dr. méd.	*Revue générale de droit médical*
Rev. huissiers	*Revue des huissiers de justice*
Rev. Lamy dr. aff.	*Revue Lamy Droit des affaires*
Rev. Lamy dr. civ.	*Revue Lamy Droit civil*
Rev. loyers	*Revue des loyers*
Rev. proc. coll.	*Revue des procédures collectives, civiles et commerciales*
Rev. sc. crim.	*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*
Rev. sociétés	*Revue des sociétés*
RFP	*Revue fiscale du patrimoine*
RIDA	*Revue internationale du droit d'auteur*
RID comp.	*Revue internationale de droit comparé*
RID pén.	*Revue internationale de droit pénal*
RJ com.	*Revue de jurisprudence commerciale*
RJDA	*Revue de jurisprudence de droit des affaires*
RJPF	*Revue juridique personnes et famille*
RLDI	*Revue Lamy Droit de l'immatériel*
RSD	Règlement sanitaire départemental
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*
S.	*Recueil Sirey*
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
Sasu	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SCI	Société civile immobilière
Selafa	Société d'exercice libéral à forme anonyme
Selarl	Société d'exercice libéral à responsabilité limitée
Selarlu	Société d'exercice libéral à responsabilité limitée unipersonnelle
Selas	Société d'exercice libéral par actions simplifiée
Selasu	Société d'exercice libéral par actions simplifiée unipersonnelle
Selca	Société d'exercice libéral en commandite
Seleurl	Société d'exercice libéral unipersonnelle à responsabilité limitée
SEM	Société d'économie mixte
SIS	Secteur d'information sur les sols
Sol. Not.	*Solution Notaire*
SPR	Site patrimonial remarquable
ss dir.	sous la direction de

supra	ci-dessus
TA	Tribunal administratif
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
Tracfin	Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne
Unaf	Union nationale des associations familiales
Urssaf	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales
V.	Voir
V. égal	Voir également
V. not.	Voir notamment
V°	*Verbo*
Vefa	Vente en l'état futur d'achèvement
ZPPAUP	Zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager

Jean-Pierre PROHASZKA
Président
du 116e Congrès des notaires de France

« *Quand le ciel veut sauver un homme, il lui donne l'affection pour le protéger* ». (1)

Le désir de protéger est inscrit dans chaque être humain et le sentiment d'affection en est indissociable.

Notre immersion, en tant que notaires, dans les réalités de nos concitoyens, nous permet d'être les témoins privilégiés de ce désir et de la dimension affective qu'il englobe.

Elle nous permet également de dresser un état des lieux de cette protection que chacun veut pour ses proches ainsi que pour soi-même, et d'apprécier l'efficacité des lois à l'aune des attentes de notre société.

Depuis de nombreuses années, l'État s'est positionné en tant que garant de la sécurité et de la protection. Les textes qui encadrent notre quotidien et qui sont sensés nous protéger se sont multipliés.

Mais aujourd'hui un constat s'impose : face à la complexité des règles, à la surabondance des lois, à la pression des lobbies ainsi qu'à l'évolution des mentalités et des modes de vies, la protection tant recherchée est parfois bien loin d'être assurée.

De nombreuses décisions judiciaires et les attentes exprimées par nos clients sont le reflet de l'inadaptation de certains textes aux réalités de la vie de nos concitoyens.

Le présent rapport et les propositions qui seront débattues ont pour ambition de mettre en lumière les améliorations nécessaires pour répondre aux besoins d'une société en constante évolution.

« Protéger » est un thème si vaste qu'il nous fallait délimiter les contours de nos travaux.

La volonté de prendre en compte la dimension humaine de la démarche de protection nous a guidé pour définir les sujets que nous allions traiter. Les notions de dignité et d'équité nous ont accompagnées tout au long de ces deux années de préparation.

(1) Lao Tseu (571-5731 av. J.-C.), Livre de la Voie et de la Vertu.

Nous avons choisi d'aborder en premier la question des personnes vulnérables car, avant toute chose, notre société doit protéger ceux qui sont faibles en raison de leur jeunesse et ceux qui ont perdu tout ou partie de leurs facultés en raison de l'âge ou des épreuves de la vie.

Mais la question de la vulnérabilité ne se résume pas aux mineurs et aux majeurs protégés. Avec l'allongement de l'espérance de vie, les cas de faiblesse se multiplient. Ces situations se caractérisent par une diminution des facultés sans que la personne concernée ait basculé dans l'incapacité. Cette « zone grise » a retenu toute notre attention car les dispositions légales sont rares, alors que le risque d'insécurité est non négligeable, tant pour ces personnes en état de faiblesse que pour les tiers.

Nous avons également voulu évoquer le sujet de la protection des proches. Un sujet d'une immense complexité car au-delà des aspects juridiques et techniques, nous sommes confrontés à des idées et des sentiments opposés qui s'expriment dans notre société.

L'objectif poursuivi par les uns est bien souvent tout aussi légitime que celui recherché par les autres. Certains veulent plus de liberté alors que d'autres voient, dans l'encadrement législatif, une meilleure façon de protéger.

Ainsi par exemple, faut-il, au nom de la liberté, permettre à chacun de disposer, à sa guise, du patrimoine qu'il a constitué, ou doit-on, dans une quête d'apaisement et d'équité au sein des familles, maintenir le principe d'une réserve héréditaire ?

Notre objectif ne sera pas de nous prononcer sur la légitimité de telle ou telle position mais d'en analyser les tenants et les aboutissants afin d'améliorer l'efficacité et l'adaptation des outils juridiques aux besoins et attentes de notre société.

La protection du logement fut le troisième sujet traité dans le cadre de nos travaux.

Nous avons souhaité mettre en lumière les contradictions qui existent en matière de logement. D'un côté le nombre croissant des mal-logés et des sans-abris, puis de l'autre le nombre important de logements vacants, inutilisés, laissés à l'abandon.

Il nous fallait analyser les raisons de ce paradoxe. Elles sont multiples :
- la situation financière du propriétaire qui ne lui permet pas de remettre le bien qu'il possède dans un état de décence suffisant pour pouvoir être loué ;
- ou encore l'insuffisante prise en considération des problèmes que peuvent rencontrer les propriétaires bailleurs face à un occupant indélicat ou un locataire qui a abandonné son logement en laissant un arriéré de loyer et/ou un bien détérioré ;
- ...

Nos travaux sur le logement furent également l'occasion de rappeler, contrairement à une idée reçue, que la plupart des propriétaires ne possède qu'un seul bien et que celui-ci constitue le plus souvent soit une garantie d'avoir un toit pour se protéger, soit un complément de revenus permettant de vivre dignement et, le cas échéant, financer une maison de retraite.

La situation du petit propriétaire devait donc également être évoquée.

La quatrième commission a eu pour objectif de démontrer que le notaire apporte, lui aussi, une protection par son statut particulier et la nature des actes qu'il reçoit.

Notre souhait est rappeler que les notaires, en leur qualité d'officier public et par la forme authentique des actes qu'ils rédigent, répondent à ce besoin de protection.

Face à l'inflation exponentielle des règles et procédures qui noient nos concitoyens dans un formalisme excessif, parfois inefficace et souvent entravant, les notaires apportent une sécurité et une protection plus efficiente.

De nombreuses difficultés et lourdeurs pourraient être évitées ou atténuées en reconnaissant que la présence du notaire justifie l'assouplissement d'un certain nombre de règles.

N'est-ce pas d'ailleurs le mouvement qu'a commencé à opérer notre législateur dans l'élan de déjudiciarisation qu'il a entamé depuis plusieurs années ?

Nos propositions démontreront qu'en poursuivant cette évolution, des solutions peuvent être apportées aux difficultés mises en évidence dans notre rapport.

Avant de terminer ces quelques lignes, je tiens à m'adresser à l'équipe de notre 116e Congrès.

Leur investissement fut considérable et leur détermination sans faille. Je leur suis infiniment reconnaissant.

J'ai également une pensée pour les lecteurs de cet ouvrage, car je forme le vœu qu'ils puissent trouver des réponses à leurs questions, au gré des développements. Ils pourront également constater que nous avons été guidés, durant nos deux années de travaux, par la certitude que la protection de tous existe uniquement dans l'équilibre entre les droits de chacun.

Au moment où j'achève la rédaction de cet avant-propos, quelques jours avant la publication de notre ouvrage, nous venons d'entrer dans une crise sanitaire sans précédent. Je n'imaginais pas, il y a deux ans, lorsque j'ai choisi le thème de notre Congrès, que le mot « PROTÉGER » allait avoir une telle acuité.

Gilles Bonnet
Rapporteur général
du 116e Congrès des notaires de France

« Protéger » : voici un thème qui résonne dans l'esprit des notaires. Car, en vérité, que font-ils d'autre au quotidien, que d'appliquer la loi, loi dont la fonction est précisément de protéger ? Protéger en pacifiant les rapports sociaux, protéger en assurant l'égalité de tous devant elle, protéger en donnant corps à des valeurs ou des principes démocratiques, protéger en équilibrant les rapports entre le supposé fort et le supposé faible (1) et plus généralement en trouvant un point d'équilibre entre des intérêts antagonistes ; autant dire que nous pouvions facilement convoquer, dans ce rapport, toutes les dispositions du Code civil, et pour faire bonne mesure, celles du Code de la construction et de l'habitation, sans oublier celles de l'urbanisme, et sans doute d'autres encore.

Ample, voire monumental par la matière qui s'y rapporte, ce thème est aussi au confluent – faut-il s'en étonner ? – de concepts philosophiques et même économiques à propos desquels il invite à réfléchir et à, qu'on le veuille ou non, à nous renvoyer, chacun, à nos convictions personnelles.

Ainsi en va-t-il de la liberté. Celles et ceux qui réclament à cor et à cri plus de liberté sont souvent les premiers à s'offusquer des conséquences de celle-ci et ne tardent pas ensuite à exiger du législateur sinon qu'il y mette fin, à tout le moins qu'il... l'encadre (2). Ne gravons pas nos noms en bas d'un parchemin, chantait Georges Brassens, certes, mais comment ensuite se plaindre et obtenir réparation des conséquences d'une rupture dommageable ? N'est-ce pas le prix à payer de la liberté que l'on a tant chérie et le risque que l'on était censé avoir accepté ? Ainsi peut-on s'enflammer pour des concepts, sans en percevoir clairement les conséquences : qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse (3) ! Mais gare aux lendemains qui déchantent. Et à ce moment, le désir de liberté sans entrave s'efface pour faire place à celui, prégnant, de la protection, précédant l'appel au législateur et la mise en place d'un *corpus* de règles venant réduire l'émancipation tant vantée.

(1) « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Lacordaire.
(2) « Dieu se rit des hommes qui déplorent des effets des maux dont ils chérissent les causes ». Bossuet.
(3) A. de Musset.

La protection ne rime donc pas avec liberté, pas plus qu'elle ne constitue un auxiliaire nécessaire de la sécurité. Au nom de la défense de certains intérêts, jusqu'on peut-on, doit-on aller, au point de remettre en cause des situations juridiques acquises au préjudice éventuel des droits des tiers ? Ainsi est-il à l'évidence louable de protéger la personne affaiblie, dont l'incapacité n'est pas juridiquement constatée, en pouvant remettre en cause les engagements qu'elle a pris, mais un sous-acquéreur lointain doit-il en pâtir ? Favoriser au locataire l'accès à la propriété de son logement est une chose excellente, cela justifie-t-il pour autant de lui donner le droit de remettre cause le droit de propriété du tiers acquéreur lorsque la procédure de vente du bien n'a pas été correctement suivie ?

La question posée est donc en définitive de déterminer si la défense de l'intérêt en cause, justifie l'atteinte portée soit à la liberté, soit à la sécurité juridique. Autrement dit, de savoir si la défense morale, éthique de cet intérêt vaut bien le coup de canif lancé contre d'autres principes. Il s'agit en définitive de recourir à une certaine conception de la justice, car protéger, c'est exprimer que des valeurs sont dignes de cette protection, et il faut alors décider, en fonction de ces valeurs, et de l'importance qu'un peuple peut leur accorder d'après son histoire et sa culture, quels sont les principes qui seront éventuellement battus en brèche ou sacrifiés en leurs noms. Et puis, protéger l'un, c'est bien souvent « déprotéger » l'autre... Bref, il faut bien se faire juge de l'intérêt qui doit l'emporter.

Au-delà de ces concepts de liberté, de sécurité et de justice, la protection ne doit pas davantage s'extraire de considérations économiques. Quelle sera le résultat positif de la protection du faible si l'arsenal mis en place revient épuiser son crédit, au point que plus personne ne voudra contracter avec lui ? Quel gain retirera le locataire, face à l'épuisement du marché locatif par la disparition des bailleurs, effrayés d'une législation dont ils considèrent qu'elle gèle durablement leurs avoirs ?

Sans doute, face aux profondes modifications de l'économie mondiale, l'accroissement considérable des échanges commerciaux et corrélativement d'une concurrence internationale de plus en plus forte, existe-t-il un désir exacerbé de protection. Mais à ce niveau, comme au niveau national, tout est affaire d'équilibre, afin d'éviter que la protection ne se retourne précisément contre ceux qui en sont les destinataires.

Et le notaire dans tout cela ? Bien sûr, notre fonction n'est-elle pas de donner la mesure de cette protection : comme cela a été souligné, il s'agit d'un équilibre très subtil à réaliser entre les buts poursuivis et la préservation des intérêts de tous, en se gardant bien évidemment de tout recours à une quelconque idéologie. Ce rôle revient au législateur et à lui seul. Mais autant notre vaste champ d'activités que nos quotidiennes et nombreuses rencontres avec nos clients nous permettent de trouver, diagnostiquer, et énumérer les questions qui font difficulté . Cela fait de nous, comme cela a toujours été le cas, une source importante de renseignements et aussi, pour céder à un cliché linguistique « une force de proposition ». Autant dire donc qu'un rapport consacré à la protection ne se résoudra par un appel incantatoire à davantage de protection. Peut-être peut-on protéger mieux en protégeant moins ou... différemment. Et protection ne doit pas rimer avec... déresponsabilisation, voire infantilisation, sauf à vouloir nier un état fondamental de la nature humaine et parvenir ainsi à l'épouvantable univers de « 1984 », effroyablement décrit par Georges Orwell.

Face à l'abondance de la matière qui menaçait d'enfouir cette belle équipe dont je salue et remercie ici tant la compétence, le professionnalisme que la constance sans faille, parti a été pris de se concentrer très naturellement sur les thèmes qui font le quotidien de notre exercice.

La première commission s'est enquise du statut juridique des personnes vulnérables. Son travail a l'immense mérite de reprendre et de clarifier une législation, laquelle, sans que sa

réelle efficacité soit véritablement en cause, tient du labyrinthe, ce qui rend sa compréhension voire son utilisation parfois complexe. Elle s'intéresse également aux solutions conventionnelles, où bien entendu le notaire joue un rôle dans le cadre de l'anticipation de la perte des facultés, en décortiquant de la manière la plus détaillée possible le mandat de protection future. Et surtout, elle prend à bras-le-corps la question de la « zone grise ». Nous entendons ici le moment où la personne est victime, pour des raisons liées à l'âge et/ou à la maladie, du déclin de ses ressources cognitives, en dehors de toute prise en compte juridique officielle, situation de nature à faire peser un risque évident sur la survie du contrat et la responsabilité du rédacteur. Sa moindre vertu n'est pas, à travers une étude fouillée de la jurisprudence, de proposer un guide des bonnes pratiques de nature à éveiller notre attention et de savoir protéger la personne en cause en lançant ou faisant lancer l'alerte auprès du juge. Cette zone que l'on peut, en exagérant à peine, dénommer de « non-droit », appellera des propositions d'amélioration en puisant dans les dispositions législatives existantes. Sans risque, et donc sans gloire, peut-on affirmer que l'actualité des sujets abordés n'est pas près d'être démentie.

Actualité franchement brûlante pour un des thèmes abordés par la **seconde commission**, qui s'est intéressée à la protection des proches. Le droit de la famille est le terrain d'élection de règles protectrices, en cours d'union, au moment de la transmission entre vifs ou à cause de mort : partage ou non de l'enrichissement réalisé en cours d'union, comparaison des différentes unions et du statut protecteurs qu'elles proposent. Les travaux tentent d'en offrir une vision synthétique et pédagogique tout en rappelant des règles fondamentales que la pratique peut parfois faire perdre de vue. Mais essentiellement, comment ne pas évoquer le sujet sensible de la réserve héréditaire ? À la suite d'une affaire d'héritage dont tous les moyens d'information se sont largement emparés, beaucoup de choses ont été dites, diverses opinions ont été émises, mais très rarement par ceux qui bénéficiaient d'une expérience, et donc d'une légitimité en la matière. L'affaire a fait suffisamment de bruit pour que l'on vienne à s'interroger, sous couvert de favoriser le mécénat, sur la nécessité d'amoindrir, voire de supprimer cette réserve. Les développements qui lui sont consacrés mettent en lumière, de manière dépassionnée et objective, son origine, sa fonction et son évolution. Les lignes consacrées au droit comparé démontrent largement que cette réserve, quoi que l'on veuille nous faire croire, existe partout : simplement, elle s'exerce sous différentes formes, et parfois son montant résulte-t-elle non de critères objectifs et arithmétiques, mais de l'office du juge... À l'heure où il nous est expliqué que le magistrat doit se recentrer sur ses missions essentielles, convenons donc qu'il y aurait quelque paradoxe à le charger de trancher la question de savoir de combien un descendant doit raisonnablement hériter. On attend encore (vainement) à ce jour, la réponse des zélateurs d'un libéralisme testamentaire effréné à cet argument de bon sens. C'est ici l'occasion de voir illustrer le caractère relatif de la protection : on veut protéger et défendre la liberté testamentaire du disposant, quitte à livrer ses descendants pieds et poings liés à un chantage à l'héritage...

Le cadre de vie, et donc le logement ont été passés au crible de la **troisième commission**. De récentes lois, notamment sur le mandat de protection future, démontrent que le logement de la personne constitue un sanctuaire, qui ne doit être touché qu'en dernier recours. L'étude des dispositions protectrices propres à ce bien s'imposait donc, mais sans se limiter au seul droit de propriété : le logement peut aussi être celui du locataire, comme cela peut aussi être le seul bien de valeur notable qui est détenu par le propriétaire à l'effet pour lui de compléter une retraite dont il est facile de prédire que dans l'avenir, elle sera réduite à une portion minimum. Caractère relatif de la protection une fois encore mis en évidence : quel intérêt faire prévaloir, en dehors de toute idéologie et de toute idée préconçue ? C'est l'occasion, pour cette commission également, d'établir un tableau clinique des différentes

règles qui se superposent en matière de baux d'habitation, et aux termes desquelles on finit par s'apercevoir qu'un même concept – celui de résidence principale – peut recevoir différentes définitions suivant les législations en cause. Véritable maquis qui nuit à la lisibilité des règles et à leur accessibilité, chausse-trapes tendues au locataire comme au propriétaire, une remise à plat paraît indispensable. Par extension, le cadre de vie constitue aussi une composante du logement. A ce sujet, la commission s'interroge les incidences du développement exponentiel de la location saisonnière meublée de très courte durée dans les lieux touristiques et plus particulièrement sur les moyens mis en œuvre pour ébaucher un cadre juridique. Encore un sujet d'actualité à propos duquel la commission a dressé un panorama remarquablement clair et complet des textes et de la fiscalité applicable, avec à la clé cette constatation lancinante suivant laquelle le bailleur se réfugie dans un espace de liberté et de rentabilité qu'il estime – à tort ou à raison – avoir perdu dans le cadre d'un bail d'habitation classique : trop de protection tue-t-elle la protection ?

Vient alors le temps, pour la **quatrième commission**, de s'interroger sur la place du notaire, homme du contrat et de l'authenticité dans la protection des parties. Celui-ci, par sa fonction, par la force des actes qu'il reçoit, par les conseils qu'il prodigue et par son impartialité, n'est-il pas un élément central d'un dispositif de protection des parties et donc du consentement, que le législateur aurait, au fil du temps négligé, voire oublié, au point dans certains cas de soumettre des actes pourtant authentiques à une réglementation tatillonne, inutile, au point que l'essentiel finit par disparaître derrière l'accessoire ? Des développements érudits et clairs font un point sur ces questions et rappellent les traits fondamentaux de notre identité notariale, officier public bénéficiant d'une délégation de l'État, et conférant à ses actes une force probante supérieure et l'avantage de la force exécutoire. D'où la nécessité de s'interroger sur certaines obligations, notamment en matière de ventes immobilières, qui paraissent redondantes et faire ainsi double emploi avec les conseils prodigués par le rédacteur et plus généralement la mission d'information dont il est chargé.

Voici donc, hâtivement résumé, la matière immensément fertile brassée par cette belle équipe, qui a su à n'en pas douter en extraire l'essentiel pour réfléchir sur l'idée de protection et proposer d'en renouveler certains axes.

Il n'est de richesses que d'hommes, disait Jean Bodin. Je tiens ici à remercier tous les membres du directoire pour leurs efforts incessants accomplis pendant cette intense période, ainsi que Jean-Pierre Prohaszka qui a bien voulu m'entraîner dans cette belle aventure, dont la réussite doit énormément à ses immenses qualités humaines. Et je ne saurai oublier Bernard Vareille, qui a su exercer un magistère imperturbablement bienveillant, avec tact, humour et totale disponibilité, et bien entendu, mais ceci n'ajoute rien à ce que l'on sait déjà, une vaste compétence. Aucun Congrès ne serait possible sans le dévouement de tous les membres de l'ACNF qui veillent de manière vigilante et avec bonheur à délester l'équipe de tous soucis matériels, pour qu'elle puisse se consacrer entièrement aux travaux du Congrès. Qu'ils reçoivent ici l'expression de ma gratitude.

En tant que rapporteur général, il ne me reste qu'à former deux vœux : le premier est que vous puissiez prendre autant de plaisir à la lecture que j'ai pu en avoir lors de la découverte du travail de chacune des commissions, le second est que ce rapport, par sa richesse, puisse constituer un outil utilisable quotidiennement dans nos offices.

Protéger les personnes vulnérables

Président :
Stéphane DAVID
Notaire à Meudon

Rapporteur :
Vincent PRADO
Notaire à Châteauneuf-d'Ille-et-Vilaine

INTRODUCTION

Protéger les personnes vulnérables est un impératif en société tant pour des raisons morales que d'ordre public. La protection des plus faibles constitue l'un des ciments de la société, une solidarité qui structure le corps social et le signe que chacun y a sa place. **1001**

– D'incapables à vulnérables. – Les professeurs Malaurie et Aynès écrivent que la protection des incapables est l'honneur du droit (1) et ajoutent que « derrière le mot d'incapacité se profile la faiblesse humaine avec ses diverses facettes : l'enfant, le vieillard, le malade, le handicapé, l'idiot, le pauvre type, le fou, l'exclu social, le chômeur, le clochard, le surendetté, l'alcoolique, le drogué, *etc.* ». **1002**

L'hétérogénéité de cette liste désordonnée révèle la difficulté à définir la notion de personne vulnérable. À l'origine le droit organisait la protection des incapables. Ce terme avait une signification juridique et visait les incapacités de jouissance et d'exercice de droits. En raison de sa connotation péjorative, les réformes du droit des personnes opérées depuis les années soixante y ont substitué les notions de personnes protégées puis de personnes vulnérables. Au-delà des mots, cette évolution traduit un changement de doctrine. Auparavant, la protection des personnes faibles avait essentiellement pour objectif la préservation d'un certain ordre public et la conservation des biens familiaux. Le dispositif législatif n'oubliait pas, à travers la protection des personnes, de préserver les intérêts de la société et de la famille. Ce dispositif a évolué vers la protection de la personne, de ses droits et de sa dignité. Ceci révèle, de la part du législateur, une conception recentrée sur la personne, plus inclusive et bienveillante à l'égard des vulnérables.

Il est d'ailleurs symptomatique de relever que le terme « vulnérable » est utilisé, dans le langage courant, comme un nom alors que grammaticalement, il constitue un adjectif. Il serait plus juste de parler de « personnes vulnérables » que de « vulnérables ». Ceci est révélateur. Un trait caractéristique d'une personne devient tellement saillant que sa nature en est réduite à cette qualité prépondérante. De là, un adjectif qualificatif devient un substantif.

– Les vulnérabilités. – La notion de vulnérable n'en demeure pas moins confuse, car si ce terme est entré dans le vocabulaire juridique, il n'est pas défini en droit (2). Sa racine latine *vulnerare* signifie « qui peut être blessé » ou « frappé par un mal physique » (3). La difficulté à définir cette notion révèle l'approximation de son sens, voire sa polysémie, car la doctrine distingue les vulnérabilités subjectives et objectives. Les premières sont liées intrinsèquement à la personne qui présente des faiblesses, des fragilités physiques ou psychologiques la rendant plus exposée à certains dangers. Les secondes, qui sont extérieures à la personne, découlent du contexte économique, social, juridique, voire politique. Cette distinction entre les vulnérabilités objectives et subjectives est très sensible car, en réalité, elle pose la question de la place de l'individu dans la société. **1003**

(1) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ-Lextenso, 10e éd. 2018, no 493, p. 266.
(2) 102e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables*, p. 22, no 1016.
(3) *Dictionnaire Le Petit Robert*, éd. 2019, p. 2748.

Selon une conception humaniste libérale, l'individu est libre et responsable. Acteur de sa vie, il est censé agir raisonnablement et dans son intérêt. Il est libre de ses actes et il répond de ses faits. Cette conception élève l'individu en reconnaissant un principe de liberté et de responsabilité qui structure le fonctionnement de la société. Selon cette conception de l'organisation sociale, la vulnérabilité doit être entendue dans une acception subjective et stricte. Elle résulte d'une faiblesse de l'intelligence, d'une atteinte au raisonnement et à l'expression de la volonté. Peuvent ici être considérées comme des personnes vulnérables celles dont la volonté est abolie ou altérée. Ainsi les enfants, les déments, les personnes âgées ayant perdu leurs capacités intellectuelles peuvent être considérés comme vulnérables.

Pour autant cette liberté est, de fait, bornée par des éléments extérieurs à la personne et selon une conception plus sociale, l'individu est conditionné essentiellement par la société et par les forces économiques, sociales et politiques qui la structurent. Les vulnérabilités ont alors des causes extérieures à l'individu. Ce dernier devient la victime de circonstances ou de rapports de force qui le rendent vulnérable. Ainsi les précaires, les exclus, les salariés, les consommateurs, les locataires, les surendettés, les réfugiés peuvent être considérés comme des personnes vulnérables compte tenu des circonstances. Le droit ne peut ignorer ces vulnérabilités objectives sans créer une injustice, voire un désordre. Il doit en tenir compte pour protéger les personnes affaiblies par des éléments exogènes. Les législations particulières, telles que le droit de la protection sociale, le droit du travail, le droit de la consommation ou le droit du surendettement ont cet objet particulier.

Une étude de la jurisprudence de la Cour de cassation (4) a très bien mis en évidence ces deux catégories de vulnérabilités, mais également la porosité de leurs critères de distinction et la confusion qui en résulte. Ainsi la vulnérabilité d'une personne âgée ou handicapée peut être aggravée par l'indigence et l'isolement. De même un exclu social, par ailleurs parfaitement valide, est incontestablement une personne vulnérable. Quel est le sens de sa liberté lorsque l'expression de sa volonté ne produit aucun effet ? Sa condition même lui permet-elle d'exprimer un choix et un consentement réel ? La catégorie des personnes vulnérables peut alors augmenter de manière exponentielle et l'on perçoit immédiatement les risques d'une telle extension. La vulnérabilité deviendrait quasiment le principe et elle se définirait négativement. Ne seraient pas vulnérables les personnes riches, éduquées et en bonne santé.

La distinction entre les vulnérabilités subjectives et objectives présente un intérêt théorique. Mais, en pratique, elle n'est pas toujours évidente car ces deux types de vulnérabilités se confondent. Il est d'ailleurs assez révélateur que, dans le cadre de la réorganisation de l'ordre judiciaire, la loi du 23 mars 2019 ait créé le « juge des contentieux de la protection » (5), compétent notamment en matière de protection juridique des majeurs vulnérables, d'expulsion des personnes des immeubles d'habitation, de crédits à la consommation, de surendettement des particuliers et de baux d'habitation. Cette compétence matérielle, de prime abord hétérogène, démontre la concentration sur la tête d'un magistrat unique du contentieux relatif aux personnes vulnérables au sens restreint comme au sens large.

Nos développements seront circonscrits aux personnes vulnérables considérées dans une acception subjective et restrictive. Il s'agit des personnes qui, en raison de leur fragilité physique ou psychologique, sont jugées dans l'incapacité d'exercer seules les actes de la vie civile. Elles exposeraient leur personne et leur patrimoine à un danger. Nous distinguerons les majeurs vulnérables et les mineurs.

(4) *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapp. C. cass. 2009, ss dir. X. Lagarde.
(5) COJ, Sous-section 3 bis « Le juge des contentieux de la protection », art. L. 213-4-1 et s.

– Protéger. – L'action de protection des personnes vulnérables pose la question des objectifs et des acteurs. **1004**

– Les objectifs de la protection des personnes vulnérables. – La protection des vulnérables a pour objectif la personne et ses biens. Nous avons souligné qu'auparavant, le droit des incapacités avait, au travers de la protection des personnes, pour objectif principal le respect d'un certain ordre public. Depuis quelques décennies, cet objectif a été reconsidéré pour être centré sur la personne elle-même. La protection doit avoir pour effet de permettre aux personnes vulnérables de vivre en société comme tout un chacun et d'y exercer librement leurs droits. **1005**

Ainsi une législation moderne en la matière doit déterminer un point d'équilibre entre trois éléments fondamentaux.

La loi doit d'abord protéger la personne et ses biens contre elle-même et les tiers. Une personne vulnérable peut commettre des actes qui lui sont préjudiciables ou faire l'objet d'abus, voire de prédation. Pour garantir sa dignité, le dispositif de protection doit empêcher la réalisation de tels actes. Les législations antérieures mettaient l'accent sur cet aspect de la protection et avaient tendance à « placer la personne vulnérable sous cloche », à l'abri du monde, en organisant sa protection sans égard à sa personne mais dans son intérêt supérieur présumé.

C'est pourquoi la loi doit également garantir le respect des droits et libertés fondamentaux de la personne vulnérable. Sa dignité dépend également du respect de ses droits humains. Cette conception humaniste trouve un fondement juridique dans les conventions internationales. Dans un souci de protection des personnes vulnérables, le législateur contemporain tend à reconnaître en droit et permettre en fait l'exercice des droits et libertés fondamentaux reconnus à toute personne (6).

Cette reconnaissance des droits des personnes vulnérables ne doit cependant pas se réaliser au détriment de la sécurité juridique et des droits des tiers. Si tel était le cas et si les arbitrages entre les droits des personnes vulnérables et les droits des tiers étaient réalisés systématiquement en faveur des premiers dans un souci de protection, cela se retournerait *in fine* contre elles car elles seraient marginalisées de la vie juridique.

Protéger les personnes vulnérables, c'est trouver ce point d'équilibre entre ces trois impératifs. Ne pas respecter cette pondération et privilégier un intérêt au détriment des autres nuirait à l'efficacité globale de la mesure de protection. Le législateur doit résister au dogmatisme, tant de la promotion des droits humains que de la préservation de l'ordre public. Ces deux notions ne s'opposent pas et elles doivent être conciliées.

– Les acteurs de la protection des personnes vulnérables. – Le législateur rappelle que la protection des personnes vulnérables est un devoir des familles et de la collectivité publique (7). **1006**

Depuis une tradition millénaire, la famille constitue cette communauté naturelle qui encadre et protège les individus. Les solidarités sous-jacentes qui la structurent ont notamment pour objet la protection de ses membres les plus vulnérables, de ses anciens comme de ses plus jeunes. Le Code civil de 1804 en avait fait cette cellule souche, à la racine de l'organisation de la société. La famille a toujours assumé un rôle capital dans la protection des personnes vulnérables et ce rôle est aujourd'hui appelé à s'accroître en raison de la politique libérale menée par l'État. La politique législative initiée au début des années 2000

(6) Défenseur des droits, Rapport « Protection juridique des majeurs vulnérables », sept. 2016.
(7) C. civ., art. 394 pour la tutelle des mineurs et art. 415 pour la protection des majeurs.

libéralise progressivement le droit des personnes et de la famille. L'État se décharge des missions qu'il assurait antérieurement pour les transférer à la famille.

Si l'État se désengage de son rôle de régulateur des rapports sociaux en droit de la famille, dans la culture juridique française, il demeure le garant de la protection des plus faibles. Ceci est un legs de la Révolution et de nos constitutions républicaines. La Convention nationale, par décret du 22 floréal an II (11 mai 1794), a créé le *Grand Livre de la bienfaisance nationale* qui avait pour objet de protéger les personnes âgées, les infirmes, les mères, les veuves et les orphelins. Un siècle et demi plus tard, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 institue la Nation en garant de la protection de la famille, de l'individu et spécialement des plus fragiles.

1007 – L'évolution législative : de l'ordre public au libéralisme juridique. – Le droit organise la protection des personnes vulnérables et la réponse législative a évolué au cours des dernières décennies pour épouser les évolutions de la société.

La loi du 14 décembre 1964 pour la protection des mineurs et celle du 3 janvier 1968 pour la protection des majeurs avaient déjà réformé en profondeur le Code civil pour rénover ces législations. Les dispositifs mis en place par ces réformes se caractérisaient par l'ordre public et un régime fortement incapacitant pour la personne protégée la privant totalement ou partiellement de l'exercice de ses droits. Ce régime se caractérisait également par un fort interventionnisme judiciaire. La loi de 1964 avait créé le juge des tutelles. Par ce nouveau juge, contrôlant l'ouverture et le fonctionnement des mesures de protection, l'État était entré dans les familles. Il avait pénétré ce sanctuaire privé pour imposer son ordre et sa protection aux plus vulnérables. Cette protection était organisée en considération de l'intérêt supérieur de la personne, dans le respect d'un certain ordre social. Le droit des personnes et de la famille constituait le domaine privilégié de l'ordre public.

Puis la société a évolué. Ses valeurs, ses repères, sa considération pour les personnes vulnérables, sa perception de l'individu, de sa place dans la société et dans la famille devenue protéiforme ont fait évoluer l'approche de la protection des vulnérables vers une conception plus humaniste tournée vers la personne et ses droits fondamentaux. De cette doctrine libérale a émergé progressivement, en jurisprudence puis dans la loi, un régime de protection qui se caractérise par la déjudiciarisation, la contractualisation et la promotion des droits individuels. Le paradigme a donc changé et l'ordre public a reculé pour laisser la place au libéralisme juridique.

Le législateur contemporain conjugue les dogmes passés d'ordre public et actuels de libéralisme et affiche sa modernité dans la déréglementation du droit des personnes et de la famille. Mais derrière le discours raffiné du libéralisme qui affranchit l'individu et fluidifie les rapports sociaux, il y a un revers. Cette idéologie a un versant brutal et destructeur du lien social et familial et le législateur n'échappe pas à une contradiction. En quarante ans de libéralisme, le droit de la famille s'est transformé. D'un droit objectif privilégiant un modèle familial comme cellule de base de l'organisation sociale, il a mué en une concurrence de droits subjectifs où l'individu prime et oppose ses droits au groupe familial et aux autres membres qui le composent. Cette évolution juridique a abouti à la dislocation de la cellule familiale devenue protéiforme et instable. Paradoxalement, le législateur des années 2000 recherche dans la famille les ressources et le cadre de la protection des personnes vulnérables.

1008 – Perspectives de la déréglementation du droit des personnes et de la famille. – Faut-il se réjouir ou craindre cette vague libérale qui déferle sur le droit des personnes et de la famille ? Ces lois du marché, de la liberté contractuelle et de l'équilibre par la

concurrence, qui semblaient ne pouvoir s'appliquer qu'aux rapports marchands s'étendent au droit de la famille, au droit des personnes et à la protection des personnes vulnérables. Ce droit qui était considéré comme le cœur de l'ordre public classique, soustrait aux volontés individuelles, ne résiste pas à la contractualisation.

Il n'y a lieu ni de se réjouir ni de craindre cette vague libérale, mais d'affronter le XXIe siècle tel qu'il se présente. Cette idéologie qui n'a ni concurrent ni contrepoids puise sa vitalité dans les inspirations individuelles et dans le désengagement de l'État et cette marche paraît irréversible (8). Regretter l'ordre public ancien qui semblait protecteur et figé et tenter d'endiguer cette vague libérale est à rebours de l'histoire. Il convient au contraire d'appréhender avec mesure les transformations en cours et de se saisir des opportunités qu'elles offrent.

Si les individus aspirent à plus de liberté et la société à moins d'État, ces deux entités ne renoncent ni à l'ordre ni à la garantie des droits. La liberté n'est pas l'anarchie. Le libéralisme juridique a déplacé le centre de gravité des équilibres précités entre l'ordre public, les libertés individuelles et les droits des tiers. Cependant, si le rôle de l'autorité judiciaire ne cesse d'être rogné depuis les années 2000, il a paru inopportun au législateur de supprimer totalement l'intervention de l'État dans les affaires familiales et il ne s'est pas trompé en transférant au notaire des missions assurées antérieurement par les services régaliens de l'État. Le notariat, qui a traversé l'histoire de France en s'adaptant à toutes ses mutations politiques, économiques et sociales a un rôle capital à jouer dans cette transformation du droit et peut constituer ce tiers de confiance garant de l'équilibre contractuel et de la protection des droits.

– Les enjeux de la protection des personnes vulnérables. – Il convient donc de s'interroger sur les enjeux de la protection des personnes vulnérables dans la France de ce début de XXIe siècle, tant pour les majeurs que pour les mineurs. **1009**

– La protection des majeurs. – L'allongement de la durée de la vie, y compris pour les personnes handicapées et la part prépondérante des seniors dans la population requiert une analyse nouvelle de la protection des majeurs. Le vieillissement de la population génère des débats relatifs à la dépendance, à son financement, à l'adaptation du logement et des modes de déplacement. Le droit des personnes doit également s'adapter à cette mutation démographique car cette part croissante de la population doit pouvoir, malgré les difficultés liées au grand âge, accomplir les actes de la vie civile, contracter et réaliser des opérations patrimoniales. **1010**

Le régime de protection des majeurs, issu de la réforme du 3 janvier 1968, basé sur la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice apparaît inadapté à cette évolution de la population et à ce type de vulnérabilité. Il doit évoluer vers un système plus respectueux des droits et de la dignité des personnes et plus souple pour fluidifier les opérations juridiques sans remettre en cause leur sécurité. L'enjeu de la protection des majeurs vulnérables en ce début de siècle porte sur cette évolution.

Le mandat de protection future et l'habilitation familiale vont dans ce sens. Mais ces outils peinent à émerger car, au-delà de leurs imperfections techniques, ils modifient en profondeur les fondements et l'état d'esprit de la protection des majeurs. Nous sommes dans une période transitoire. Les techniques anciennes perdurent et forment le socle de la protection des majeurs et les nouvelles sont en phase de développement. Les premières sont rassurantes, car elles sont connues et l'intervention judiciaire systématique renforce leur efficacité. Les secondes paraissent moins rassurantes, car moins connues ; elles sortent du cadre

(8) H. Lécuyer, *O tempora, O mores !* : *Defrénois* 20 juin 2019, no 25, p. 1.

réglementaire et la liberté peut faire craindre des abus si un contrôle efficace n'est pas organisé.

L'enjeu de la protection des majeurs consiste dans l'articulation de ces deux corps de règles. Les premières, empreintes d'ordre public, ont certainement vocation à demeurer car l'État doit continuer à assumer ce rôle protecteur en cas de défaillance de la famille. Les secondes, fondées sur la liberté contractuelle et les solidarités familiales, ont vocation à se développer et elles doivent être favorisées et améliorées.

1011 **– La protection des mineurs. –** La mission protectrice de l'enfant est traditionnellement dévolue aux parents, titulaires de l'autorité parentale. Ses modalités d'exercice et son contrôle par l'autorité judiciaire ont évolué au fil des décennies pour tenir compte de l'évolution de la société et de la cellule familiale. Nous pouvons constater dans cette matière une évolution parallèle à la protection des majeurs : déjudiciarisation, mise en avant de la famille et considération de l'enfant et de ses droits.

Cette évolution législative n'a cependant pas été linéaire. Le régime issu de la loi du 14 décembre 1964, qui se fondait sur le modèle de la famille légitime, se concevait globalement et avait sa cohérence. Pour adapter le droit à l'évolution de la société et spécialement à l'éclatement de la structure familiale recomposée en différentes cellules, le législateur a œuvré à tâtons, modifiant successivement et ponctuellement le régime de protection des mineurs. Il a peiné à trouver l'équilibre entre les principes directeurs classiques guidant la matière et les principes de liberté et d'égalité qui dominent aujourd'hui.

Sous l'apparence de modifications techniques et de simplification du droit pour épouser les mœurs du temps, le législateur a modifié substantiellement le régime de protection des mineurs. S'il a tenté de préserver les principes directeurs afin de maintenir un socle commun au dispositif, quelle que soit la structure familiale, les aménagements et modifications successifs ont porté atteinte à sa cohérence d'ensemble.

L'enjeu de la protection des mineurs, à notre époque, se situe dans cette nouvelle composition de l'ordre public et des principes de liberté et d'égalité. La liberté individuelle a généré une diversité de situations familiales. Parallèlement, par souci d'égalité, le législateur a maintenu un socle commun, quelle que soit la cellule familiale. Les dogmes sont saufs, mais on peut s'interroger sur la cohérence juridique du nouveau dispositif et sur son efficacité pratique.

1012 **– Plan. –** Nous concentrerons nos développements sur la protection des personnes vulnérables dans la pratique notariale. Parce qu'une protection réfléchie, raisonnée et voulue sera toujours davantage adaptée et mieux vécue qu'une protection imposée dans l'urgence, la loi s'évertue à privilégier les mesures d'anticipation de la vulnérabilité **(Partie I)**. À défaut, il faut se résoudre à traiter efficacement les difficultés soulevées par la vulnérabilité lorsqu'elle se présente **(Partie II)**.

PREMIÈRE PARTIE

L'anticipation de la vulnérabilité

TITRE I

L'anticipation de la vulnérabilité des mineurs

1013 En raison de son immaturité physique et psychologique, le mineur est par nature une personne vulnérable. Pour des motifs tant moraux que d'ordre public, il doit être protégé. Cette mission protectrice incombe de manière naturelle et prioritaire aux parents qui doivent garantir sa sécurité physique, morale et matérielle.

L'article 371-1 du Code civil consacre en droit cette obligation parentale :

« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. (...) ».

L'État intervient à titre subsidiaire, en cas d'incapacité ou de défaillance des parents, par la mise en œuvre des mesures de tutelle ou d'assistance éducative.

La vulnérabilité est consubstantielle à l'état de minorité et le Code civil traite cette situation. La question de l'anticipation de la vulnérabilité du mineur ne devrait donc pas pouvoir se poser. En évoquant l'anticipation de la vulnérabilité des mineurs, nous souhaitons traiter les préoccupations des parents qui envisagent la situation de grande vulnérabilité dans laquelle se trouverait leur enfant mineur dans l'hypothèse où ils ne seraient plus en mesure d'assurer eux-mêmes cette mission protectrice.

Le Code civil détermine un cadre général de protection des mineurs qui s'applique à une diversité de situations familiales. L'éclatement des familles, recomposées en différentes cellules, leur éparpillement géographique qui s'accompagne parfois d'un éloignement affectif ont amenuisé le socle familial et les solidarités qui la structurent. La famille constitue le premier cercle dans lequel l'enfant peut se construire et s'épanouir et une cellule assurant sa protection. La transformation de la structure familiale dans notre société entraîne un affaiblissement de cette protection.

Tout parent soucieux du devenir de son enfant se pose légitimement la question du sort de ce dernier dans l'hypothèse où il ne serait plus là ou plus en capacité d'assurer la protection due à son enfant. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité dans des situations familiales complexes. Elle devient éminemment sensible dans le contexte actuel de redéfinition des missions de l'État, pour ne pas dire retrait de l'État dans la gestion des affaires familiales. Élégamment appelée déjudiciarisation, voire contractualisation du droit de la famille, cette évolution législative concrétise le retrait de l'État dans la protection des individus et des familles pour ne traiter que les cas les plus graves.

1014 Chaque parent responsable doit donc s'interroger sur le sort de son enfant en cas de décès ou d'incapacité. Il lui appartient d'envisager cette situation de grande vulnérabilité dans laquelle se trouverait son enfant si son environnement affectif et matériel s'écroulait par suite du décès d'un parent. Des outils juridiques existent pour anticiper la vulnérabilité du mineur. Il est possible, d'une part, d'anticiper cette situation par la désignation d'un tiers de confiance qui serait chargé de s'occuper du mineur à la place du parent disparu

(Sous-titre I). Il est possible, d'autre part, de transmettre un patrimoine au mineur afin de lui garantir une sécurité matérielle **(Sous-titre II)**.

SOUS-TITRE I

La désignation d'une personne de confiance

1015 Le Code civil détermine les règles d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale. L'article 371-1 pose le principe de l'exercice en commun par les deux parents. La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution et d'exercice de l'autorité parentale (9). L'article 373-1 dispose que si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre l'exerce seul ; étant précisé que se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause (10). Enfin la loi prévoit que la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale (11). Le dispositif législatif embrasse toutes les situations envisageables.

Pour les parents qui anticipent les conséquences de leur décès ou de leur incapacité à l'égard de leurs enfants, plusieurs cas de figure se présentent : – les deux parents exerçant en commun l'autorité parentale et vivant ensemble peuvent vouloir anticiper leur disparition dans un même événement ou leurs disparitions successives ; – un parent exerçant en commun l'autorité parentale avec le second parent duquel il est séparé peut anticiper son décès et ne pas souhaiter que le parent survivant exerce seul l'autorité parentale et l'administration légale surtout sur les biens transmis par sa succession ; – enfin, un parent exerçant seul l'autorité parentale par suite du décès de l'autre parent, de sa déchéance d'autorité parentale ou d'abandon de famille peut également anticiper son décès on son incapacité.

Dans ces situations, un parent peut vouloir anticiper les modalités d'ouverture et d'exercice de l'autorité parentale par le parent survivant ou de la tutelle en désignant une personne de confiance chargée de protéger son enfant en ses lieux et place. Cette œuvre d'anticipation est délicate, car il convient de prendre en considération plusieurs paramètres.

Le choix de la personne constitue une première difficulté. Elle doit non seulement avoir la confiance du parent, mais également entretenir avec l'enfant des liens affectifs consistants. Elle doit aussi présenter certaines qualités éducatives et techniques en matière de gestion de patrimoine.

C'est pourquoi le choix des missions confiées à ce tiers constitue une deuxième difficulté. Il est possible et parfois souhaitable de désigner plusieurs personnes et de distinguer les missions de protection de la personne de l'enfant, de gestion de son patrimoine, voire de contrôle.

La troisième et principale source de difficulté dans cet exercice d'anticipation est l'évolution des circonstances. Le temps s'écoule et la famille se transforme, les enfants grandissent, le patrimoine évolue et toutes ces circonstances qui ont permis de fonder et mettre en œuvre une stratégie d'anticipation ne sont plus d'actualité quelques années plus tard. Il est donc opportun de réviser périodiquement ce qui a été mis en place pour le valider ou l'actualiser. Il est surtout nécessaire d'utiliser des techniques souples et évolutives.

(9) C. civ., art. 373-2.
(10) C. civ., art. 373.
(11) C. civ., art. 390.

Tout ce qui vient d'être indiqué dans cet exposé liminaire peut se compliquer d'un élément d'extranéité. En effet, *quid* de l'enfant de nationalité étrangère séjournant provisoirement en France lors d'une expatriation de ses parents ? *Quid* de l'enfant de nationalité française résidant à l'étranger avec ses parents ? *Quid* de l'enfant de nationalité française pour lequel ses parents souhaitent désigner un tiers de confiance résidant à l'étranger ? Ces éléments d'extranéité doivent être intégrés dans la réflexion des parents et de leur conseil.

Pour conseiller les familles, le notaire dispose d'une palette d'instruments juridiques. Dans le mouvement de contractualisation du droit de la famille, l'innovation juridique s'est développée et de nouvelles techniques contractuelles ont émergé. Ainsi il est loisible au notaire de proposer aux clients des solutions sur mesure adaptées à chaque situation familiale et patrimoniale. Il n'appartient qu'à lui de se saisir de cette opportunité et de renforcer sa place naturelle au sein des familles.

Nous étudierons donc successivement les principales techniques qui permettent cette anticipation : la désignation du tuteur **(Chapitre I)**, le mandat de protection future pour autrui **(Chapitre II)**, le mandat à effet posthume **(Chapitre III)** et la désignation d'un administrateur **(Chapitre IV)**.

CHAPITRE I La désignation du tuteur

1016 L'article 390, alinéa 1 du Code civil dispose que : « La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale ». Rappelons qu'est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause (12).

Lorsque le décès ou l'incapacité des deux parents survient, la tutelle, organisation de protection de l'enfant, s'ouvre. La tutelle est une charge publique (13) et l'État organise et met en œuvre cette protection.

Les parents peuvent cependant intervenir à titre préventif dans l'organisation de la tutelle de leur(s) enfant(s) en désignant eux-mêmes le tuteur (14). L'article 403, alinéa 1 du Code civil dispose que : « Le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale ». Il convient de préciser le régime juridique de cette tutelle dite « testamentaire » en tentant de mettre en évidence ses avantages pratiques et ses écueils.

Section I Le titulaire du droit de désigner un tuteur

1017 Le droit de désigner un tuteur n'appartient pas à tout parent (15). Le droit individuel de choisir un tuteur n'appartient qu'au dernier des parents de l'enfant s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale.

(12) C. civ., art. 373.
(13) C. civ., art. 394.
(14) J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* : *Defrénois* 2009, n° 110.
(15) B. Delesalle, J. Lotz et N. Gessey, *Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès* » : *JCP* N 2017, n° 29, p. 23.

1018 **– Un droit individuel. –** Notons en premier lieu qu'il s'agit d'un droit individuel. Il n'est pas exercé conjointement par les deux parents. Les parents n'ont pas à s'accorder sur un tuteur unique. Ils peuvent d'ailleurs établir chacun un testament aux termes duquel ils désignent des tuteurs différents. Ces deux testaments sont valables mais seulement un, celui du survivant, produira ses effets. Les parents peuvent également envisager leur disparition dans un même événement et s'accorder sur un tuteur. Ils pourront désigner la même personne aux termes de leurs testaments qu'ils établiront séparément.

1019 **– Les conditions légales. –** Notons en second lieu que pour choisir valablement un tuteur à son enfant, le parent doit remplir trois conditions légales impératives.

D'une part, il doit avoir la qualité de parent de l'enfant mineur. L'article 403 du Code civil s'interprète strictement. Il doit s'agir uniquement du père ou de la mère. Le mode de filiation importe peu ; qu'ils soient auteurs ou adoptants de l'enfant est sans incidence et cette première condition est remplie si la filiation est établie. Mais il ne peut s'agir que du père ou de la mère, à l'exclusion des ascendants ou autres membres de la famille, quand bien même ils auraient assumé la charge matérielle et affective de l'enfant. Précisons qu'en cas d'adoption simple, le droit de choisir le tuteur n'appartient qu'au père ou à la mère adoptifs, même s'il subsiste des parents par le sang, dans la mesure où l'autorité parentale est dévolue aux seuls parents adoptifs (16).

D'autre part, le parent, auteur de la désignation, doit avoir conservé l'exercice de l'autorité parentale jusqu'à son décès. Ainsi le parent qui est privé de l'exercice de l'autorité parentale parce qu'il est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité ou de son absence, ou le parent à qui l'autorité parentale a été retirée ne peut pas être titulaire du droit de désigner un tuteur.

Enfin, seul le parent survivant peut valablement désigner un tuteur. La mort de l'un des parents est le seul événement qui confère à l'autre le droit de nommer un tuteur à leurs enfants communs.

Inadaptation aux familles monoparentales

L'article 403 du Code civil s'interprète strictement. Le droit de nommer un tuteur par testament n'appartient qu'au parent survivant. Ce droit n'existe donc pas en cas d'incapacité physique, de retrait de l'autorité parentale, d'absence ou d'abandon de famille frappant l'autre parent.

Paradoxalement, ce sont les parents qui, après une séparation conjugale, interrogent le plus fréquemment les notaires sur la possibilité de désigner un tuteur pour leur enfant en cas de décès. Tant que l'autre parent est vivant, cette désignation d'un tuteur testamentaire reste très aléatoire car dépendante du prédécès de ce parent.

Section II Les modalités de désignation du tuteur

1020 L'article 403, alinéa 2 du Code civil dispose que cette désignation d'un tuteur ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire (17).

(16) C. civ., art. 365.
(17) D. Montoux, *Mineurs. Majeurs protégés* : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 40.

1021 **– Désignation par testament. –** Pour que la désignation d'un tuteur par voie testamentaire soit valablement effectuée, elle doit respecter les conditions de forme et de fond nécessaires à la validité du testament. La forme du testament importe peu. Il peut être authentique, olographe, mystique ou international. La désignation demeure valable si la forme du testament empruntée est respectée. Ainsi la nomination contenue dans un testament ne produira d'effets que si le testament est valable (18).

À l'inverse, elle est nulle et ne produira aucun effet si l'une des conditions de validité du testament fait défaut. Il a ainsi été jugé qu'une désignation contenue dans une lettre missive était valable, mais à la condition qu'à l'instar du testament olographe, cette lettre soit écrite en entier, datée et signée de la main du testateur (19).

Cette jurisprudence valide *a posteriori* des désignations testamentaires empreintes d'une grande fragilité juridique et qui génèrent contestations et contentieux. La forme incertaine de cette désignation rend suspect le fond. L'authenticité de la date, de l'identité du signataire, les conditions dans lesquelles cette désignation a été réalisée et la sincérité des vœux du testateur ne peuvent être garanties. La forme du testament authentique doit donc être privilégiée, et particulièrement le testament reçu par deux notaires. Cette recommandation s'impose pour garantir l'efficacité des dernières volontés du défunt, car le testament reçu par deux notaires présente moins de risques de contestation.

La désignation d'un tuteur par voie testamentaire peut être révoquée ou modifiée dans les mêmes conditions que le testament lui-même.

1022 **– Désignation spéciale par acte notarié. –** La désignation d'un tuteur par un parent peut également être réalisée par déclaration spéciale contenue dans un acte notarié. Cette déclaration est établie aux termes d'un acte notarié ordinaire. Les conditions de formes particulières du testament authentique ne sont pas exigées et n'ont pas à être observées. L'acte devra être établi spécialement à cet effet et ne devra contenir aucune autre disposition que la nomination du tuteur.

La nomination d'un tuteur par déclaration spéciale est également révocable et cette révocation peut se réaliser librement et sous n'importe quelle forme. Pour les mêmes raisons de sécurité juridique et pour garantir l'identité de l'auteur de la révocation ainsi que la date et l'intégrité du consentement de la personne, il est recommandé de respecter le parallélisme des formes et d'établir cette révocation par acte notarié.

1023 **– L'inefficacité d'autres formes de désignation. –** Les formes de désignation prévues par la loi, soit par testament, soit par déclaration spéciale, sont exclusives. Si la désignation du tuteur est faite sous une forme autre, elle est nulle. Il a ainsi été jugé que la désignation du tuteur par un écrit qui ne constitue pas un testament valable est inefficace (20). Dans cette affaire, une mère avait désigné un tuteur en dictant ses dernières volontés à un tiers avant de signer cet acte. Ce document n'étant pas un écrit daté et signé de la main du testateur, il n'était pas possible de l'assimiler à un testament olographe.

Si la désignation est entachée de nullité pour irrégularité de forme, il convient de recourir à la tutelle dative et rien n'interdit au conseil de famille de tenir compte des dernières volontés du parent survivant et de nommer comme tuteur la personne imparfaitement désignée, si l'intérêt de l'enfant l'exige. Une jurisprudence a admis que les juges peuvent

(18) Cass. 1re civ., 24 oct. 1995, n° 93-20.433 : *JurisData* n° 1995-002631 ; *JCP* G 1995, IV, 2635 ; *RTD civ.* 1996, p. 131, note J. Hauser ; *Defrénois* 1996, p. 999, obs. J. Massip.

(19) Cass. civ., 10 janv. 1951 : *Journ. not.* 1952, art. 43452. – Cass. 1re civ., 20 sept. 2006, n° 04-30-614 : *JurisData* n° 2006-034989 ; *D.* 2006, p. 2969, note D. Jacotot.

(20) Cass. 1re civ., 24 oct. 1995, préc.

choisir le tuteur en prenant en compte le souhait exprimé par la mère devant témoins avant son décès (21).

1024 – La date de désignation. – L'établissement de l'acte de désignation du tuteur peut intervenir à tout moment, même du vivant des deux parents, alors que l'on ignore quel testament sera efficace à cet égard. Pour désigner valablement un tuteur, il est cependant nécessaire que l'enfant soit conçu. Le testament peut être antérieur à la naissance de l'enfant, pourvu qu'il ait été déjà conçu. Une jurisprudence de la Cour de cassation (22) a consacré à la mère qui avait reconnu son enfant naturel le droit exclusif de lui choisir un tuteur, spécialement par testament, dès lors qu'elle était le seul parent et qu'au jour de sa mort elle avait conservé l'exercice de l'administration légale ; peu importe qu'elle ait exercé ce choix avant la naissance.

Section III Le choix du tuteur

1025 – Le principe de liberté de choix du tuteur. – Le parent titulaire du droit de désigner un tuteur exerce librement ce choix et peut nommer un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur. Il a donc le pouvoir de choisir une personne étrangère à la famille même s'il existe des ascendants ou des alliés vivants. Ainsi, dans une famille recomposée, un parent peut désigner son nouveau conjoint, beau-parent de l'enfant, comme tuteur (23). La qualité de tuteur peut également être conférée à une personne morale, comme une association tutélaire. Si en théorie ce choix est très ouvert, dans la réalité il est plus difficile à exercer. Le tuteur doit avoir la confiance du testateur pour lui confier son enfant et le charger de le protéger. Cette personne doit également être suffisamment proche de l'enfant. Elle doit par ailleurs présenter des qualités éducatives et techniques en matière de gestion de patrimoine. Si la liberté de choix demeure le principe, l'intérêt de l'enfant doit seul guider la décision des parents.

Quel que soit le choix du tuteur, il paraît nécessaire en pratique de s'assurer de son accord pour exercer cette mission. Même s'il n'a pas à accepter formellement sa désignation lors de l'établissement du testament, le testateur doit recueillir son consentement. À défaut, il prend le risque que ce tuteur refuse sa désignation.

1026 – Les exceptions à la liberté de choix du tuteur. – La liberté de choix du tuteur n'est cependant pas totale.

L'article 395 du Code civil dispose que :

« Ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle :
1. Les mineurs non émancipés, sauf s'ils sont le père ou la mère du mineur en tutelle ;
2. Les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection juridique prévue par le présent code ;
3. Les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée ;
4. Les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal ».

Lors de son choix, le parent devra donc veiller à ne pas désigner une personne incapable d'exercer cette fonction. S'il désigne par exemple ses propres parents, il anticipera, au

(21) Cass. 1re civ., 20 févr. 1996, no 94-14-945.
(22) Cass. 1re civ., 24 oct. 1995, préc.
(23) J. Hauser, *Tutelle testamentaire et tutelle dative des mineurs* : *RTD civ.* 1996, p. 131.

moment de l'établissement de son testament, leur vieillissement et leur vulnérabilité pouvant justifier la mise en place d'une mesure de protection juridique les empêchant d'assumer une charge tutélaire.

L'article 396 du Code civil dispose que : « Toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée. Il en est de même lorsqu'un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt du mineur ». Dans les familles recomposées où le parent peut être tenté de désigner comme tuteur son nouveau conjoint, il est à craindre, dans certaines hypothèses, des conflits d'intérêts entre l'enfant et son beau-parent. Pour éviter des situations qui peuvent créer des suspicions ou des tensions, le parent devra mûrement réfléchir avant de désigner le beau-parent de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit toujours primer. La désignation du beau-parent ne peut être envisagée sérieusement que si des liens sociaux et affectifs suffisamment consistants se sont tissés avec l'enfant.

Pour résoudre ou éviter ces problèmes d'inaptitude technique, de fraude ou de conflit d'intérêts, la désignation d'une pluralité de tuteurs peut constituer une solution.

1027 **– La désignation de plusieurs tuteurs. –** Il est possible et souvent souhaitable de désigner plusieurs tuteurs, ceci pour deux raisons (24). D'une part, dans l'hypothèse où le tuteur désigné ne serait pas en mesure d'assumer la charge qui lui est confiée par suite de décès, d'incapacité ou de récusation du conseil de famille, le testateur peut opportunément désigner un, voire deux autres tuteurs à titre subsidiaire, appelés à suppléer le premier.

D'autre part, selon les circonstances, la désignation de plusieurs tuteurs en distinguant les attributions de chacun peut constituer une organisation efficace de la protection du mineur. L'article 405 du Code civil permet en effet de diviser l'exercice de la tutelle entre un tuteur chargé de la personne du mineur et un tuteur chargé de la gestion de ses biens. S'il est dévolu à l'enfant un patrimoine particulier composé par exemple de biens locatifs, d'un portefeuille de valeurs mobilières ou d'une entreprise, un tuteur adjoint peut être affecté spécialement à la gestion de ces biens. Cependant, il n'est pas possible de désigner plusieurs tuteurs qui exerceraient conjointement les mêmes prérogatives.

1028 **– La désignation d'un tuteur résidant à l'étranger. –** *A priori*, rien n'empêche la désignation d'un tuteur résidant à l'étranger (25). Elle demeure licite et elle s'impose au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter. Le conseil de famille sera donc d'autant plus vigilant lorsque l'ouverture de la tutelle, consécutive à la perte de ses deux parents, s'accompagne en plus pour l'enfant d'un déracinement et d'une sortie du territoire national. Pourtant la question n'est pas anodine. L'éclatement géographique des familles consécutif notamment aux conséquences de la décolonisation et des migrations ainsi que de l'internationalisation des parcours professionnels peut amener certains parents à vouloir désigner comme tuteur de leur enfant une personne domiciliée à l'étranger, qu'elle soit de nationalité française ou étrangère.

L'intérêt de l'enfant sera la seule boussole du conseil de famille. Les considérations porteront sur le déracinement géographique, l'éloignement de la famille et des amis, les liens avec le tuteur et la capacité de ce dernier à assurer cette charge, le changement culturel et les difficultés linguistiques. S'il souhaite désigner un tuteur résidant à l'étranger, le parent devra motiver particulièrement son choix dans son testament.

(24) A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 9e éd. 2017, no 695.

(25) M. Reveillard, *Administration des biens des mineurs, entrée en vigueur de la convention de La Haye du 19 oct. 1996* : *Defrénois* 2011, no 1, art. 39185, p. 29.

Section IV Les effets de la désignation du tuteur testamentaire

1029 **– Un effet immédiat au décès du parent. –** Si elle est valablement effectuée, la désignation du tuteur par le parent survivant, aux termes d'un testament ou d'une déclaration spéciale notariée, s'impose au conseil de famille (26). Le dernier mourant investit de la tutelle la personne qu'il choisit. Le conseil de famille n'a pas à entériner cette désignation qui produit un effet immédiat dès le décès du parent survivant.

1030 **– Un choix qui s'impose au conseil de famille. –** L'article 403, alinéa 3 du Code civil précise que cette désignation s'impose au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter. Le conseil de famille n'a pas à ratifier la désignation, mais il peut s'y opposer s'il l'estime contraire à l'intérêt du mineur.

1031 **– La possibilité de refus du tuteur. –** L'alinéa 4 de l'article 403 du Code civil indique que le tuteur ainsi désigné n'est pas tenu d'accepter la tutelle. Il peut donc la refuser. En général, le tuteur ainsi nommé est informé du vivant du parent de ce choix. Il est même fort probable qu'il y ait consenti aux termes d'un pacte moral conclu avec le parent testateur. En effet, sauf circonstances particulières, il paraît incongru de désigner un tuteur sans en requérir au préalable l'assentiment (27). Le refus ne peut donc se justifier que par un changement de circonstances empêchant l'exercice de la tutelle.

1032

Précaution pratique

Même si le décès du parent survivant entraîne la prise d'effet immédiate et effective du tuteur, à titre de précaution pratique il est recommandé d'attendre la réunion du premier conseil de famille pour s'assurer de la validation des pouvoirs du nouveau représentant du mineur. En effet, l'acte de désignation que le notaire détient peut avoir fait l'objet d'une révocation inconnue du notaire. Par ailleurs, le conseil de famille peut considérer cette désignation non conforme à l'intérêt de l'enfant et nommer une autre personne. Le notaire doit donc vérifier les pouvoirs de ce tuteur testamentaire avant de régulariser des actes pour le compte du mineur.

Section V Les missions du tuteur testamentaire

1033 **– La mission légale du tuteur testamentaire et l'absence de liberté du parent. –** Autant la liberté du parent est quasi totale quant aux choix de la personne du tuteur, autant sa volonté est impuissante à déterminer ses missions. Il n'est pas autorisé à définir les pouvoirs du tuteur qu'il désigne. Il ne peut ni augmenter ni diminuer ses missions et ses pouvoirs qui sont arrêtés par la loi (28).

Le tuteur, désigné par testament, assumera les mêmes charges et disposera des mêmes pouvoirs que tout tuteur. Le mode de nomination n'importe pas. Ses pouvoirs et ses obligations sont définis par la loi et le testateur ne peut y déroger.

(26) D. Montoux, *Mineurs. Majeurs protégés*, préc.
(27) M. Devisme, *Désigner un tuteur pour protéger ses enfants mineurs* : *Conseils des notaires* janv. 2011, n° 400.
(28) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018.

– Évolution de la loi ? – Certains regrettent cette restriction à la liberté d'organiser par testament la tutelle (29). Une plus grande liberté permettrait à chaque parent d'organiser la tutelle sur mesure. Il est par exemple suggéré d'autoriser la suppression du conseil de famille ou de moduler les pouvoirs du tuteur. Selon les circonstances propres à chaque famille et à chaque situation, l'allègement du fonctionnement de la tutelle peut être souhaitable. Ces propositions vont dans le sens de la contractualisation du droit de la famille et de sa déjudiciarisation. Cette tendance a pour objet de recentrer la protection des individus sur la famille elle-même au détriment du contrôle judiciaire. **1034**

– Conclusions pratiques sur la désignation d'un tuteur par testament. – La tutelle testamentaire constitue une première technique permettant aux parents de choisir une personne de confiance qui sera chargée de la protection de leur enfant en cas de disparition. **1035**

Ce dispositif présente plusieurs avantages :
- simplicité d'établissement de l'acte de désignation ;
- souplesse d'adaptation ou de révocation en cas de changement de circonstances ;
- liberté de choix du tuteur, ce qui peut éviter les conflits dans la famille au moment de l'ouverture de la tutelle ;
- liberté d'organiser la tutelle en désignant plusieurs tuteurs et en distinguant les missions, ce qui peut remédier à l'absence de disponibilité ou de compétence des membres de la famille.

Elle présente également certains inconvénients ou rigidités :
- seul le parent survivant peut exercer ce droit, ce qui peut poser problème dans les familles recomposées ou monoparentales ;
- absence de souplesse dans la définition des pouvoirs du tuteur et du conseil de famille.

Modèle de désignation d'un tuteur par testament **1036**

« Je soussigné(e) *[identification du testateur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]*, établis mon testament ainsi qu'il suit.
Pour le cas où je survivrais à M. *[identification de l'autre parent : prénom, nom, date et lieu de naissance]* mais viendrais à décéder avant la majorité ou l'émancipation de mon fils / ma fille mineur(e) *[prénom] [nom]*, né(e) à ... le ... issu(e) de mon union avec M. *[identification de l'autre parent]* et sur la personne de laquelle je suis investi(e) de l'autorité parentale, je désigne pour exercer les fonctions de tuteur de mon fils / ma fille susnommé(e), ainsi que la faculté m'en est donnée par l'article 403 du Code civil M. *[identification du tuteur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]*.
En cas de prédécès de cette personne, de refus ou d'incapacité d'exercer cette fonction de tuteur, je désigne M. *[identification du tuteur suppléant]*.
Cette désignation de tuteur serait également valable si je décédais en même temps que M. *[identification de l'autre parent]*.
Fait à ..., le ... »

CHAPITRE II Le mandat de protection future pour autrui

Le mandat de protection future constitue l'innovation juridique emblématique de la loi du 5 mars 2007 poursuivant la contractualisation du droit de la famille et plus particulièrement de la protection des personnes vulnérables. **1037**

(29) B. Delesalle, J. Lotz et N. Gessey, *Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès* » : *JCP* N 2017, nº 29, p. 23.

Le mandat de protection future, défini à l'article 477 du Code civil, permet à toute personne majeure ou tout mineur émancipé de charger une ou plusieurs personnes de le représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts (30). Ce mandat de protection est conçu pour soi. Un mandat stipulé pour autrui serait en effet liberticide (31). Pourtant, à titre dérogatoire, le 3e alinéa de l'article 477 permet aux parents de désigner un ou plusieurs mandataires chargés de représenter leur enfant handicapé.

Le régime juridique du mandat de protection future révèle sa nature hybride. Mesure de protection, l'ordre public du droit des personnes s'impose et son fonctionnement caractérise une nature institutionnelle. Mesure de prévision, la liberté contractuelle ouvre le champ de l'innovation juridique et du sur-mesure. Ce mandat représente la technique contractuelle d'anticipation par excellence en matière de protection des vulnérables.

Pourtant, dix ans après son entrée en vigueur, son utilisation demeure faible. Il n'est pas entré dans les mœurs des citoyens et des praticiens. Au-delà d'une mesure technique, ce type de réforme peine à se déployer en raison du changement culturel qu'elle produit. La protection des personnes évolue d'un système dirigiste sous contrôle judiciaire étroit dont l'objet était de protéger une personne, traitée quasiment comme spectateur de sa protection, dans son intérêt supérieur présumé, vers un système plus respectueux des libertés individuelles dans lequel la personne à protéger et sa famille sont mises au centre du dispositif et pour lequel les techniques contractuelles et le pouvoir de la volonté sont mis en avant. Nous sommes dans cette période transitoire dans laquelle les techniques anciennes telles que la tutelle et la curatelle perdurent et forment le socle de la protection des personnes et dans laquelle les techniques nouvelles peinent à émerger. Les premières sont sécurisantes car elles sont connues et la validation judiciaire systématique renforce leur efficacité juridique. Les secondes paraissent moins rassurantes car moins connues ; elles sortent du cadre réglementaire et la liberté peut faire craindre des abus si un contrôle efficace n'est pas organisé. Il faudra peut-être qu'une génération se passe pour abandonner nos réflexes anciens et que la pratique du mandat de protection future se banalise.

En tout état de cause, les fondamentaux demeurent. La sécurité juridique se nourrit de confiance et une mesure de protection ne peut être efficace que si elle respecte un délicat équilibre entre la dignité de la personne en organisant une protection efficace, le respect de ses droits et libertés fondamentaux, et enfin la sécurité juridique et les droits des tiers. Rompre cet équilibre, privilégier un intérêt au détriment des autres nuirait à la cohérence et à l'efficacité de l'ensemble de la mesure.

Le mandat de protection future pour autrui constitue donc une mesure, un outil contractuel, à la disposition des parents soucieux du devenir de leur enfant handicapé pour le jour où ils ne seront plus là pour assumer eux-mêmes sa protection (32). Grâce à ce contrat, les parents d'un enfant handicapé peuvent désigner un mandataire, une personne de confiance qui sera chargée de s'occuper de cet enfant en cas de décès ou d'incapacité des parents. Le mandat, technique de représentation, se classe parmi les contrats conclus *intuitu personae* car il repose sur un lien de confiance entre le mandant et son mandataire. Le mandat de protection future est l'expression la plus aboutie de cette relation de confiance entre deux

(30) J. Hauser, *L'enfance du mandat de protection future*, in *Mél. en l'honneur du Professeur R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 709 et s.
(31) Ph. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, no 10, p. 22.
(32) A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, *Le mandat de protection future* : *JCP* N 2007, I, 147.

personnes qui va se formaliser aux termes d'un contrat créateur d'obligations juridiques et dont l'objet est la protection d'une tierce personne (33).

Dans ce contrat très particulier, lourd de conséquences juridiques, le notaire joue un rôle central à chaque étape décisive. Lors de la conclusion du mandat de protection future pour autrui, le conseil est primordial car l'établissement de ce mandat constitue un exercice d'anticipation délicat **(Section I)**. Mais c'est lors de l'activation du mandat que la confiance placée dans le mandataire va se déployer **(Section II)** sous le contrôle notamment du notaire.

Section I La conclusion d'un mandat de protection future : un exercice d'anticipation délicat

1038 La conclusion d'un mandat de protection future pour autrui constitue un exercice de prévision. Un parent anticipe la vulnérabilité de son enfant liée à un handicap pour le cas où lui-même ne serait plus en capacité d'assurer sa protection. La rédaction d'un tel contrat s'avère compliquée, car beaucoup d'éléments importants lors de l'activation du mandat demeurent inconnus ou hypothétiques lors de sa conclusion. Quel âge auront l'enfant protégé et le mandataire ? Quelles seront leurs situations familiale, patrimoniale et professionnelle ? Ces variables, soumises à beaucoup d'aléas et d'imprévision, impliquent autant d'hypothèses et de sous-hypothèses lors de l'élaboration du contrat.

L'intervention du notaire (34) est donc capitale lors de l'établissement du mandat, tant pour des raisons de forme que de fond.

Sous-section I La forme du mandat de protection future pour autrui

1039 **– La forme notariée obligatoire. –** Le législateur impose la forme notariée pour établir un mandat de protection future pour autrui (35). Lorsque le mandat est stipulé pour soi, la forme sous seing privé peut suffire même si ses effets juridiques sont de moindre portée. Lorsqu'il est stipulé pour autrui, le contrat doit, à peine de nullité, être établi en la forme notariée.

Le mandat de protection future pour autrui est un contrat très particulier (36). Son objet est d'organiser entre un mandant et un mandataire, à l'avance, la protection d'une tierce personne en raison de sa vulnérabilité. Même s'il n'est pas une mesure incapacitante, il organise la protection d'une personne et de manière incidente modifie son état juridique. Compte tenu de l'enjeu important de ce contrat, le législateur a imposé la forme notariée.

1040 **– Une garantie d'authenticité. –** La forme notariée garantit l'authenticité des éléments constatés aux termes de l'acte. La date et l'identité des comparants sont naturellement garanties. Mais, bien au-delà, l'échange entre le client et le notaire permet à ce dernier de s'assurer de l'intégrité du consentement et de la parfaite compréhension par les parties de la

(33) N. Peterka, *Le mandat de protection future : bilan et perspectives* : *Defrénois* 2017, n° 8, p. 497.
(34) J. Casey, *Le mandat de protection future* : *Gaz. Pal.* 13 août 2011, p. 7.
(35) C. civ., art. 477, al. 4.
(36) E. Delouis, *Le mandat de protection future : le point sur un contrat très attendu* : *LPA* 4 nov. 2010, n° 220, p. 25.

nature et de la portée des droits et obligations créés aux termes de ce contrat. L'intervention de l'officier public permet de vérifier les conditions de fond de ce contrat.

1041 **– Une garantie de conseil. –** L'intervention du notaire est également capitale pour conseiller et aider les familles dans l'établissement d'un tel mandat. Nous avons souligné l'importance d'anticiper les différents cas de figure susceptibles de se produire afin d'établir un contrat qui soit efficace et adapté le jour de son activation. Grâce à sa pratique du droit de la famille, le notaire enrichit ses connaissances et affine sa perception. Cette expérience est précieuse pour exercer utilement son devoir de conseil. Elle est vitale pour préparer un mandat de protection future efficace. L'anticipation demeure la clé de la pertinence et de l'efficacité de ce contrat.

Sous-section II Le mandant

1042 L'article 477, alinéa 3 du Code civil reconnaît aux parents ou au dernier vivant des père et mère ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle, de tutelle ou d'habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur, la faculté de désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts, conformément à l'article 425 du Code civil (37). Cette désignation prend effet le jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat de protection future pour autrui permet donc aux parents, soucieux de l'avenir de leur enfant handicapé, d'organiser sa protection en désignant un tiers de confiance (38). Ce droit est reconnu de manière exclusive aux parents. Lorsqu'ils sont tous les deux vivants, la loi impose que le mandat soit consenti par les deux parents. En cas de prédécès de l'un des parents, la faculté de conclure un tel mandat est attribuée au survivant qui est habilité à contracter seul.

La cogestion voulue par le législateur lorsque les deux parents sont vivants semble aller de soi pour conclure un tel acte. Pourtant, dans des situations familiales complexes, elle peut se révéler très contraignante. Ainsi dans des situations de mésentente entre les parents, d'abandon de famille, ou d'incapacité, le parent qui assume seul la charge de son enfant handicapé n'est pas autorisé à conclure seul un mandant de protection future pour autrui.

Sous-section III Le mandataire

1043 **– Le principe de liberté de choix du mandataire. –** L'article 480 du Code civil dispose que : « Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article 471-2 du Code de l'action sociale et des familles ». Les parents ou le survivant des parents peuvent donc librement choisir le mandataire de protection future pour leur enfant.

1044 **– Les exceptions à la liberté de choix du mandataire. –** La liberté de choix du mandataire de protection future n'est cependant pas totale. Lorsque le mandataire est une per-

(37) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2017-2018, p. 609 et s.

(38) J. Combret et J. Cazey, *Le mandat de protection future* : *RJPF* juill.-août 2007, p. 8.

sonne physique, il doit jouir, durant l'exécution du mandat, de sa capacité civile (C. civ., art. 480, al. 2). Par ailleurs, il doit remplir pendant cette même durée les conditions requises pour l'exercice des charges tutélaires (C. civ., art. 395). Ainsi, à l'instar du tuteur testamentaire, ne peuvent être investis de cette mission les mineurs non émancipés, les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée et les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal.

Ne peuvent non plus être mandataires le médecin, le pharmacien ainsi que les auxiliaires médicaux tels que les infirmiers et les kinésithérapeutes dont le bénéficiaire du mandat est patient (C. civ., art. 445).

Pour désigner une personne morale en qualité de mandataire, la loi impose qu'il soit choisi dans la liste des mandataires judiciaires. Cette exigence s'explique notamment pour éviter l'intrusion du mouvement sectaire dans le mandat de protection future. Elle s'explique également par le fait que ce contrat est conclu *intuitu personae*, ce qui est peu compatible avec la désignation d'une personne morale.

1045 **– Les critères pratiques de choix. –** Si le choix du mandataire est théoriquement très ouvert, la pratique est plus complexe et les questions soulevées pour le choix du tuteur testamentaire se posent également pour le mandataire (39). Le mandat de protection future pour autrui est le contrat de confiance par excellence et le mandataire doit être un proche qui a la confiance de la famille, du mandant et dans la mesure du possible du bénéficiaire, selon son état de conscience.

La confiance et la bonne volonté ne suffisent pas. Le mandataire doit posséder certaines compétences en matière de prise en charge et de suivi d'une personne handicapée et en matière de gestion de patrimoine. À ce titre, selon la composition du patrimoine de l'enfant à protéger, le mandataire doit avoir un minimum de connaissances économiques et juridiques.

Il est également nécessaire de choisir un mandataire qui ne soit pas en conflit d'intérêts avec l'enfant à protéger.

1046 **– La désignation d'une pluralité de mandataires. –** Selon la situation familiale et patrimoniale de l'enfant à protéger, il peut être opportun de désigner plusieurs mandataires (40). Les raisons qui peuvent justifier cette collégialité de mandataires sont multiples :

- utiliser et faire bénéficier à l'enfant des compétences et des savoir-faire de plusieurs mandataires. Il est ainsi possible de dissocier la protection de la personne, surtout pour la prise en charge d'un handicapé et la protection de son patrimoine, d'autant plus s'il est important et nécessite des compétences techniques. Les différentes missions peuvent ainsi être dissociées et attribuées à des mandataires différents ;
- la collégialité peut également être considérée comme un gage de bonne gestion pour l'enfant. Une personne seule peut se tromper et prendre de mauvaises décisions. Ce risque diminue lorsque la décision est prise collectivement. La gestion collégiale peut d'ailleurs être organisée en distinguant les décisions courantes qui peuvent être prises par un mandataire seul et les décisions plus graves qui nécessitent une décision collective ;
- la collégialité permet également de créer un autocontrôle de la gestion des affaires de l'enfant ;
- la collégialité permet enfin d'éviter ou de diminuer le risque de conflits d'intérêts.

(39) G. Raoul-Cormeil, *Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille* : *LPA* 3 juin 2014, n° 110, p. 43.

(40) L. Taudin, *Mandat de protection future. Itinéraire sinueux d'une représentation* : *JCP* N 2009, 1357.

1047 – L'acceptation et la renonciation du mandataire. – L'acceptation de sa mission par le mandataire est obligatoire et elle doit intervenir en la forme authentique. Le plus fréquemment le mandataire intervient directement à l'acte initial pour donner son consentement. L'acceptation peut intervenir ultérieurement et elle doit être constatée selon les mêmes formes que l'acte initial.

Tant que le mandat n'a pas été activé, le mandataire peut y renoncer.

Sous-section IV Le bénéficiaire du mandat de protection future pour autrui

1048 – La particularité d'un contrat stipulé pour autrui. – Le mandat de protection future pour autrui présente une grande singularité juridique. Le bénéficiaire du contrat n'y est pas partie. Pourtant, il en est plus que le bénéficiaire, il en est la raison d'être. L'organisation de sa protection constitue l'objet de ce contrat très particulier.

1049 – Les conditions de validité du mandat de protection future relatives à l'enfant à protéger. – Pour que le mandat de protection future pour autrui produise effets, il est nécessaire que l'enfant, dans l'intérêt duquel ce contrat est conclu, se trouve dans l'incapacité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, conformément aux dispositions de l'article 425 du Code civil.

1050 – L'association de l'enfant à la conclusion du mandat. – Dans la mesure où le mandat de protection future pour autrui présente l'originalité de dissocier le mandant et le bénéficiaire, il est souhaitable d'associer ce dernier à l'établissement du contrat (41). Naturellement cette association à la décision dépend de l'âge et de l'état de santé de l'enfant, mais autant que faire se peut, il convient de le faire participer à la mise en place de son dispositif protecteur, notamment en l'associant au choix du mandataire.

1051

La combinaison du mandat de protection future et de la tutelle testamentaire

Le mandat de protection future pour autrui peut être contracté au profit d'un enfant mineur ou majeur (42). En tout état de cause, s'agissant d'une mesure de protection des majeurs, il ne prendra effet qu'à la majorité de l'enfant s'il se trouve dans l'incapacité de pourvoir seul à ses intérêts. Il est donc opportun, pour les parents d'un enfant handicapé, d'associer un mandat de protection future et une tutelle testamentaire. En cas de décès des deux parents durant la minorité de l'enfant, la tutelle s'ouvre et le tuteur testamentaire pourra s'occuper de l'enfant. À sa majorité, la tutelle cesse et le mandataire débute sa mission en exécution du mandat de protection. La même personne peut naturellement être désignée tuteur puis mandataire. Les deux techniques se combinent donc parfaitement et il convient de les prévoir toutes les deux.

Sous-section V Les pouvoirs du mandataire

1052 – Entre anticipation contractuelle et ordre public. – La nature hybride, institutionnelle et contractuelle du mandat de protection future se cristallise lors de la détermination des

(41) Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, 9 févr. 2009, p. 36.

(42) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2017-2018, n° 411.46, p. 615.

pouvoirs du mandataire. Mesure de protection des personnes, l'ordre public imprègne le régime juridique du mandat et contraint fortement la liberté contractuelle. Technique au service des familles pour organiser la protection de leurs proches, le mandat de protection future doit permettre d'atteindre un objectif essentiel pour établir un mandat efficace : l'anticipation. Comme nous l'avons déjà démontré, l'anticipation constitue la clé de l'efficacité et de la pertinence du mandat. Beaucoup d'éléments déterminants du mandat, liés à la situation du mandataire ou du bénéficiaire, demeurent incertains et évolutifs au moment de sa conclusion.

1053 **– Un délicat exercice de rédaction. –** Le notaire doit donc trouver un délicat équilibre lors de la rédaction du mandat de protection, car plusieurs écueils menacent sa validité et son efficacité (43).

Tout d'abord, le contrat doit naturellement respecter la loi et particulièrement les dispositions d'ordre public qui régissent la matière. Ainsi des limites tenant à la protection de la personne et de son cadre de vie comme des limites tenant à la protection de son patrimoine et aux modalités d'exercice de la mission du mandataire sont arrêtées par la loi, sans dérogation possible. Les pouvoirs du mandataire sont donc circonscrits par les règles d'ordre public.

Le deuxième écueil serait de consentir au mandataire des pouvoirs trop restreints (44). Sans marge de manœuvre, le mandataire ne pourrait remplir efficacement sa mission et devrait, du fait de situations de blocage récurrentes, requérir une autorisation.

Le troisième écueil serait, à l'inverse, de lui reconnaître des pouvoirs trop larges. Le fonctionnement du dispositif s'en trouverait notablement fluidifié mais le risque serait alors l'abus de pouvoir et le détournement de son objet. Pour prévenir ce risque, il convient de nommer plusieurs mandataires et d'organiser un contrôle de la gestion du mandataire par des organes extérieurs.

1054 **– L'impossibilité d'adapter les pouvoirs du mandataire après l'activation du mandat. –** L'anticipation lors de la rédaction du mandat est d'autant plus cruciale qu'il n'est plus possible de la modifier après son activation. Tant qu'il n'a pas été activé, il est possible de le modifier pour notamment réviser les pouvoirs du mandataire. Après son activation, ces adaptations ne sont plus permises car les parties au contrat ne sont plus, par hypothèse, en capacité juridique de contracter. Cette impossibilité d'adapter les pouvoirs du mandataire en cours de mandat ne peut être résolue par le juge. Ce dernier n'a pas le pouvoir de modifier le contrat pour combler des lacunes ou suppléer le manque de prévision. Si le mandat ne permet pas d'assurer efficacement la protection de l'enfant, le juge n'aura pas d'autre choix que de le remplacer par une autre mesure de protection. L'anticipation et la rédaction appropriée du mandat conditionnent donc son efficacité.

1055 **– La détermination des pouvoirs du mandataire. –** Le contrat doit donc déterminer de manière exhaustive les pouvoirs qui sont attribués au mandataire. Dans la mesure où il n'y a pas de différence significative entre le mandat de protection future pour soi et pour autrui sur la question des pouvoirs du mandataire, nous renvoyons sur ce point aux développements qui y sont consacrés au titre suivant.

(43) P. Carli, *Exactitude et probité. Le mandat notarié de protection future, instrument de pérennité de la gestion de patrimoine* : *JCP* N 2009, 1233.

(44) Ph. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, n° 10, p. 22.

Section II L'activation du mandat de protection future pour autrui : une exécution contractuelle placée sous le signe de la confiance

1056 C'est lors de l'activation du mandat de protection future que la confiance mise par des parents en la personne du mandataire pour s'occuper de leur enfant handicapé va être éprouvée concrètement (45). Lorsque ces parents ne seront plus en mesure de s'en occuper eux-mêmes, ce mandataire doté des pouvoirs prévus au contrat prend leur relais et poursuit cette mission protectrice en leurs lieu et place. Quelle grande preuve de confiance que de confier ainsi son enfant handicapé à un tiers ! L'État recule et délaisse la protection des personnes pour ne traiter en dernier recours que des cas les plus graves. Ce retrait de l'État fait émerger la famille pour assurer la protection des vulnérables. La confiance constitue donc le fil conducteur de la phase d'exécution de ce contrat très spécial.

Sous-section I L'activation du mandat de protection future pour autrui

1057 **– Les conditions de fond de l'activation du mandat. –** L'activation du mandat de protection future pour autrui est subordonnée à la réalisation de deux conditions de fond.

La première condition concerne le mandant. Le mandat prend effet à compter du jour où le mandant, c'est-à-dire le survivant des père et mère, décède ou ne peut plus prendre soin de son enfant handicapé. Elle implique que le mandant soit dans l'impossibilité de pourvoir seul aux intérêts de son enfant par suite d'une altération de ses facultés mentales ou physiques de nature à empêcher l'expression de sa volonté (46).

La seconde condition concerne le bénéficiaire du mandat. Pour activer le mandat, son bénéficiaire doit avoir atteint l'âge de la majorité et se trouver dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts par suite d'une altération de ses facultés mentales ou de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté (47). Cette altération est constatée par un médecin mentionné sur la liste du procureur de la République qui établit un certificat médical. Ce certificat médical ainsi exigé pour l'activation du mandat de protection est distinct du certificat médical circonstancié visé à l'article 1219 du Code de procédure civile, constituant le préalable nécessaire à l'ouverture d'une mesure de protection. L'exigence d'un certificat médical circonstancié pour l'ouverture d'une mesure de protection se fonde sur le caractère liberticide et incapacitant de telles mesures. Le mandat de protection n'est pas incapacitant et ne prive pas son bénéficiaire de sa capacité juridique. Le législateur a considéré par conséquent qu'un certificat médical non circonstancié suffisait pour activer le mandat.

1058 **– Les conditions de forme de l'activation du mandat. –** L'activation du mandat de protection future pour autrui a lieu, à l'initiative du mandataire qui doit se présenter en personne au greffe du tribunal d'instance du ressort de la résidence du bénéficiaire du mandat, accompagné de ce dernier, sauf raison médicale empêchant ce transport. Le mandataire présente au greffier la copie authentique du mandat, un certificat de décès du mandant ou un certificat médical de moins de deux mois émanant d'un médecin inscrit sur

(45) Ph. Potentier, *Forces et faiblesses du mandat de protection future* : *Dr. et patrimoine* avr. 2008, 74.
(46) C. civ., art. 477, al. 3 et art. 425.
(47) N. Peterka, *Le mandat de protection future : bilan et perspectives* : *Defrénois* 30 avr. 2017, n° 8, p. 497.

la liste mentionnée à l'article 431 du Code civil établissant que le mandant est hors d'état de prendre soin de son enfant handicapé ainsi qu'un certificat médical de moins de deux mois établissant que cet enfant majeur, bénéficiaire du mandat, se trouve également dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts par suite d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Lorsque le bénéficiaire n'a pas comparu devant le greffier, il est informé par le mandataire de la prise d'effet du mandat de protection par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

1059 **– Contrôle purement formel du greffe. –** Lors de l'activation du mandat, le greffier n'effectue qu'un contrôle formel des pièces qui lui sont remises par le mandataire (48). Lorsque ces vérifications formelles sont réalisées, le greffier paraphe chaque page du mandat, mentionne en fin d'acte qu'il prend effet le jour de sa présentation au greffe, y appose son visa et le restitue au mandataire. Aucune vérification au fond n'est réalisée lors de l'activation du mandat, notamment sur la capacité du mandataire à exercer des charges tutélaires. Aucune copie du mandat avec la mention de son activation n'est conservée. Aucun enregistrement ne constate l'existence d'un mandat de protection activé. Le notaire rédacteur du mandat n'est même pas informé de son activation. Si le client ne l'en informe pas spontanément, le notaire, pourtant détenteur de la minute, peut l'ignorer.

1060 **– L'absence de contrôle du juge des tutelles. –** Lors de l'activation du mandat de protection, le juge des tutelles n'intervient pas. Le contrôle purement formel exigé par la loi incombe au greffier. Le juge des tutelles peut être saisi par le mandataire en cas de refus du greffier d'activer le mandat. Le juge peut alors se prononcer sans débat et sa décision n'est pas susceptible d'appel. En dehors de ce cas spécifique, le juge n'intervient pas dans la mise en œuvre du mandat. Il ne peut apprécier l'opportunité de l'activation du mandat. S'il est saisi par une autre voie, il pourra ouvrir une autre mesure de protection qu'il estimerait plus appropriée ; mais il ne peut pas moduler le mandat pour l'adapter, le cas échéant, à la situation s'il s'avérait inapproprié.

1061 **– L'absence de rôle du notaire lors de l'activation du mandat. –** Le notaire ne joue aucun rôle lors de la procédure d'activation du mandat (49). Celle-ci relève de la responsabilité du mandataire, du médecin et du greffier. Nous venons de préciser que l'information officielle du notaire rédacteur n'est même pas prévue par les textes alors que la loi impose la forme notariée pour sa rédaction. Cette absence d'information est d'autant plus surprenante que l'activation du mandat génère une obligation de contrôle du mandataire par le notaire rédacteur. Le rôle du notaire se limite au conseil et au devoir de vigilance. Il peut mettre en observation son client pour lequel un mandat a été régularisé et sensibiliser le mandataire sur la nécessité de l'activer au moment opportun.

1062 **– Le rôle du mandataire. –** Dans la mesure où le mandat de protection est activé à l'initiative du mandataire, le rôle de ce dernier est crucial. Il l'est même bien avant son activation car en acceptant le mandat, il contracte, dès sa conclusion, implicitement mais certainement, une obligation de surveillance et de vigilance à l'égard du mandant et du bénéficiaire. Incontestablement, la première obligation du mandataire est de mettre en œuvre le mandat, lorsque les conditions de fond sont réunies. Cela suppose de la part du mandataire une relation suivie et bienveillante à l'égard du mandant et du bénéficiaire, ce qui caractérise la première manifestation de confiance dans l'exécution du contrat.

(48) D. Fenouillet, *Le mandat de protection future ou la double illusion* : *Defrénois* 2009, art. 38882, p. 142.
(49) H. Fulchiron, *Le notaire et l'exécution du mandat de protection future* : *Defrénois* 2009, art. 38883, p. 178.

Sous-section II L'exécution du mandat de protection future par le mandataire

1063 C'est lorsque le mandat de protection future pour autrui sera activé que la confiance placée par les parents en la personne du mandataire pour s'occuper de leur enfant handicapé sera mise à l'épreuve (50).

Le mandataire devra alors prendre le relais des parents pour assurer la protection de cet enfant, tant de sa personne que de son patrimoine.

Les commentaires relatifs à l'exécution de la mission du mandataire et ceux relatifs à son contrôle sont identiques pour le mandat de protection pour autrui et pour soi. Aussi nous renvoyons le lecteur aux développements ultérieurs portant sur le mandat de protection future mis en œuvre pour la protection des majeurs et figurant au titre 2 de la présente partie.

CHAPITRE III Le mandat à effet posthume

1064 Le mandat à effet posthume constitue l'une des innovations de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions. Cette loi avait notamment pour ambition de faciliter les règlements successoraux et le mandat posthume était l'une des nouveautés créées à cet effet.

Ce mandat, défini aux articles 812 et suivants du Code civil, permet au défunt de désigner, avant son décès, un mandataire chargé, à compter de l'ouverture de sa succession, d'administrer et de gérer tout ou partie des biens la composant en lieu et place de tout ou partie des héritiers (51). La nature juridique de ce mandat d'un genre nouveau demeure incertaine et discutée en doctrine. Il a été présenté, lors des travaux préparatoires de la loi, comme « un mécanisme similaire à la fiducie » (52). Son régime juridique relève pour partie du droit des contrats et plus spécialement du mandat, et pour partie du droit des successions. Il emprunte aux deux matières et sa nature mal définie ne permet pas de fonder les bases d'un raisonnement juridique solide pour combler les lacunes de la loi. De nombreuses zones d'ombre subsistent quant à son régime juridique et le praticien demeure perplexe pour utiliser ce nouveau contrat.

Une décennie après sa promulgation, force est de constater que le mandat à effet posthume n'est pas entré de manière massive dans la pratique notariale. Son régime juridique mal défini sur certains aspects en est sans doute la cause. Le manque d'efficacité lié à l'absence de pouvoir réel du mandataire explique plus sûrement son manque d'intérêt. Ce mandat dessaisit les héritiers légaux et porte par conséquent une atteinte importante à leurs droits pour un bénéfice relativement faible quant au règlement de la succession.

Nous pouvons donc considérer que le mandat à effet posthume, dans sa conception actuelle, n'est pas une technique qui permette, de manière générale, de faciliter le règlement des successions. Cependant, dans des cas spécifiques, notamment lorsqu'une entreprise dépend de la succession, il peut être utilisé de manière opportune.

(50) L. Leveneur, *Intérêts et limites du mandat de protection future*, in *Mél. en l'honneur de G. Champenois*, Lextenso, 2012, p. 571.
(51) B. Vareille, *Le mandat à effet posthume* : *LPA* 28 juin 2007.
(52) Rapp. Sénat n° 343, 2005-2006, p. 130, par H. de Richemont.

Avant de préciser dans quelle mesure le mandat à effet posthume peut être utilisé pour protéger un mineur **(Section II)**, il convient de présenter au préalable son économie générale **(Section I)**.

Section I L'économie générale du mandat à effet posthume

1065 **– La forme authentique obligatoire. –** L'article 812-1-1 du Code civil dispose que le mandat à effet posthume doit être « donné et accepté en la forme authentique ». Il constitue donc un contrat solennel, car cette condition de forme est exigée à peine de nullité (53). Cette exigence s'explique aisément par la gravité des conséquences du mandat qui permet de dessaisir les héritiers, portant ainsi une atteinte majeure à leurs droits successoraux et leur droit de propriété. Le devoir de conseil du notaire lui impose d'expliquer et de s'assurer de la compréhension par les parties de la nature et de la portée des engagements qu'ils souscrivent. Le notaire qui engage sa responsabilité est garant du respect des conditions de forme et de fond du mandat.

1066 **– Le mandant. –** L'article 812 du Code civil énonce que toute personne peut conclure un mandat posthume. Elle doit naturellement avoir la capacité de s'engager. Une partie de la doctrine s'interroge sur la nature de cette capacité (54). S'agit-il de la capacité de droit commun de contracter ou, en raison de la nature particulière de ce mandat, de la capacité de tester ? Cette question ne semble pas avoir été tranchée et dans l'attente, par prudence, il convient de vérifier la capacité de contracter du mandant (55).

1067 **– Le mandataire. –** Le mandataire peut être une personne physique, héritier ou non du mandant, ou une personne morale. Il peut s'agir d'un professionnel. Le mandant a toute latitude pour choisir son mandataire. Ce dernier doit jouir de la pleine capacité civile. Il doit donc être majeur ou mineur émancipé et ne pas faire l'objet d'une mesure légale de protection en raison d'une altération de ses facultés personnelles. Par ailleurs, le mandataire posthume ne doit pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral. Enfin le mandataire ne peut pas être le notaire chargé du règlement de la succession.

Pour les mêmes raisons que celles énoncées pour le tuteur testamentaire ou le mandataire de protection future, il peut être opportun de désigner plusieurs mandataires posthumes. Ainsi, en cas d'incapacité d'un mandataire par suite d'un décès ou d'une altération de ses facultés, la désignation d'un ou de plusieurs autres mandataires permet de garantir l'exécution du contrat. Selon la complexité du patrimoine transmis aux héritiers, la désignation de plusieurs mandataires dotés de compétences spécifiques peut constituer un gage de bonne gestion pour les héritiers.

Le mandant dispose donc d'une grande liberté pour désigner le mandataire. Cependant, pour que le mandat à effet posthume soit réellement une technique qui facilite le règlement d'une succession, il convient de choisir une personne qui bénéficie d'une certaine légitimité. Elle doit, d'une part, avoir une compétence technique avérée dans le domaine de la gestion de patrimoine. La Cour de cassation a considéré que la compétence du mandataire ne

(53) M. Grimaldi, *Le mandat à effet posthume* : *Defrénois* 2007, art. 38509, p. 3.
(54) J. Casey, *Le mandat posthume. À propos de la loi du 23 juin 2006* : *Dr. famille* 2006, étude 53.
(55) F. Jourdain-Thomas, *Le mandat posthume* : *JCP* N 7 déc. 2012, n° 49, 1394.

relevait que de la seule appréciation du mandant (56). Le mandataire doit, d'autre part, être d'une certaine façon accepté par les héritiers dans l'intérêt desquels le mandat doit être exécuté. Le mandataire posthume n'est pas un exécuteur testamentaire. Il doit administrer les biens dont la gestion lui a été confiée dans l'intérêt des héritiers. Par conséquent, si le mandataire n'est pas dans les faits agréé par les héritiers, le mandat posthume risque d'être vécu par les héritiers comme une intrusion inappropriée d'un tiers dans le règlement d'affaires purement familiales.

1068 – L'étendue du mandat. – L'étendue du mandat à effet posthume doit être précisée quant aux biens sur lesquels il porte et quant aux personnes au profit desquelles il est conclu.

La mission confiée par le défunt au mandataire peut porter sur tout ou partie des biens composant la succession. Le défunt a toute latitude pour définir le périmètre d'intervention du mandataire : l'ensemble du patrimoine successoral ou certains biens déterminés. Notons que le mandat peut porter sur les biens constituant la réserve héréditaire. La Cour de cassation a sanctionné les juges du fond qui avaient retenu, afin de justifier la révocation du mandat, que celui-ci privait l'héritier de son droit à la réserve libre de charges (57).

Le mandat à effet posthume doit être consenti pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés (C. civ., art. 812). Pour l'application de ce texte, la notion d'héritier s'entend largement et s'applique tant aux héritiers légaux qu'aux légataires universels, à titre universel, voire particuliers. L'article 812-1 du Code civil précise que : « Le mandataire exerce ses pouvoirs alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers ». Ce texte confirme implicitement mais certainement qu'il est possible de conclure un mandat à effet posthume dans l'intérêt d'un incapable, majeur ou mineur. La cour de Poitiers a ainsi confirmé la possibilité de désigner un mandataire posthume concomitamment aux règles de l'administration légale des biens du mineur dévolus en cas de décès de l'autre parent (58).

1069 – L'intérêt légitime et sérieux. – Pour être valable, le mandat à effet posthume doit être justifié par un intérêt légitime et sérieux. Le législateur subordonne la validité du mandat à l'existence d'un tel intérêt qui doit en constituer la cause. Cet intérêt doit toujours exister lors de l'exécution du contrat. Son absence ou sa disparition entraîne la nullité ou la cessation du mandat.

Cet intérêt doit être apprécié conformément à l'article 812-1 du Code civil, au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral. Cet intérêt légitime et sérieux peut consister en la présence d'un héritier nécessitant une protection, notamment un mineur, d'une situation familiale délicate ou encore d'un patrimoine complexe nécessitant des capacités de gestion que les héritiers ne possèdent pas, notamment une entreprise. Le mandat devra donc préciser le ou les biens sur lesquels il porte ainsi que l'identité des héritiers au profit desquels il est conclu. L'intérêt sérieux et légitime devra être mis en évidence à cet égard.

1070 – Les pouvoirs du mandataire. – Le mandataire posthume reçoit mandat d'administrer ou de gérer tout ou partie des biens composant la succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers. Les pouvoirs qui lui sont transférés doivent être déterminés aux termes du contrat (59), mais ils ne peuvent excéder les missions

(56) Cass. 1re civ., 10 juin 2015, nº 14-10.377 : *JurisData* nº 2015-013654 ; *JCP* N 2015, nº 42-43, 1186, M. Nicod ; *Dr. famille* 2015, comm. 173.
(57) Cass. 1re civ., préc.
(58) CA Poitiers, 19 févr. 2011, nº 09/04345.
(59) J. Leprovaux, *Les pouvoirs du mandataire dans le mandat à effet posthume* : *LPA* 12 sept. 2012, nº 183, p. 59.

d'administration et de gestion. Le mandataire posthume ne peut disposer des biens dépendant de la succession. Cette prérogative demeure réservée aux héritiers et le mandataire ne peut s'opposer à cette décision qui met fin au mandat (60).

La question des pouvoirs du mandataire met en évidence la contradiction et la faiblesse du mandat à effet posthume, ce qui explique peut-être son manque d'intérêt pratique. Par certains aspects, les pouvoirs du mandataire sont importants. Ils peuvent porter sur tous les biens de la succession, y compris la réserve. Ils provoquent le dessaisissement des héritiers. Ces deux effets conjugués du mandat portent une atteinte majeure au droit de propriété et aux droits successoraux des héritiers.

Paradoxalement, le mandataire n'est titulaire que de pouvoirs de gestion et d'administration. Son intervention reste limitée car il est réduit à une mission de gestionnaire du patrimoine successoral. Il n'est pas le chef d'orchestre de la succession titulaire de prérogatives lui permettant d'en assurer le règlement. Cela demeure l'affaire des héritiers.

Considéré sous cet angle, on peut s'interroger sur l'intérêt pratique de ce mandat. Les pouvoirs du mandataire portent une atteinte grave aux droits des héritiers, sans que pour autant, en raison de leur faiblesse, ces pouvoirs ne permettent de faciliter le règlement successoral. Le mandataire et les héritiers sont condamnés à s'entendre sous peine de se neutraliser mutuellement. À titre d'illustration, rappelons que l'article 812-4, 5° du Code civil dispose que le mandat prend fin par l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés au mandat. Le droit de disposer du bien demeure une prérogative des héritiers et la jurisprudence a précisé que le mandataire ne peut s'y opposer (61).

Cette question des pouvoirs du mandataire nous amène à rappeler deux points essentiels pour établir un mandat à effet posthume qui soit pertinent et efficace le jour de sa mise en œuvre. D'une part, il doit être motivé par un intérêt qui soit réellement légitime et sérieux. D'autre part, le mandataire doit bénéficier d'une légitimité et d'une certaine reconnaissance auprès des héritiers. Ne pas respecter ces deux éléments de bon sens, c'est prendre le risque de créer les conditions d'un contentieux à l'ouverture de la succession du mandant, car l'intrusion d'un tiers dans les affaires familiales pourra être vécue comme illégitime par les héritiers.

– Le contrôle de l'exécution du mandat. – Le transfert des pouvoirs d'administration et de gestion au mandataire implique nécessairement un contrôle. L'article 812-7 du Code civil dispose que : « Chaque année et en fin de mandat, le mandataire rend compte de sa gestion aux héritiers intéressés ou à leurs représentants et les informe de l'ensemble des actes accomplis ». Selon la composition des biens à administrer, le mandat peut organiser de manière adaptée la reddition des comptes. Ainsi lorsque le patrimoine le justifie, la nomination d'un contrôleur du mandataire, notamment un expert-comptable, peut s'avérer judicieuse (62). **1071**

– La rémunération du mandataire. – En principe, le mandat est gratuit. Cependant, il peut prévoir une rémunération qui doit alors être déterminée ou déterminable aux termes du mandat. **1072**

– La durée du mandat. – Le mandat à effet posthume est consenti, en principe, pour une durée de deux ans. Néanmoins, il peut être conclu pour une durée de cinq ans en raison de **1073**

(60) Cass. 1re civ., 12 mai 2010 : *RTD civ.* 2010, p. 602, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois* 2010, art. 39149, obs. F. Sauvage ; *JCP* N 2010, n° 41, p. 27, note S. Piédelièvre.
(61) Cass. 1re civ., 12 mai 2010, préc.
(62) F. Jourdain-Thomas, *Le mandat posthume*, préc.

l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels. Cette durée est prorogeable une ou plusieurs fois par décision de justice.

Aux termes de l'article 812-4 du Code civil, le mandat prend fin par :
- l'arrivée du terme ;
- la renonciation du mandataire ;
- la révocation judiciaire ;
- la conclusion d'un mandat conventionnel par les héritiers ;
- l'aliénation des biens mentionnés au mandat ;
- le décès ou la mise sous protection du mandataire ou la dissolution de la personne morale ;
- le décès de l'héritier intéressé ou la décision du juge de mettre fin au mandat.

Après cette présentation succincte du mandat à effet posthume, il convient d'en préciser l'utilité pratique pour la protection des mineurs.

Section II L'intérêt pratique du mandat à effet posthume pour la protection des mineurs

1074 L'article 812-1 du Code civil dispose que : « Le mandataire exerce ses pouvoirs alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers ».

Deux questions se posent :
- Est-il opportun d'utiliser le mandat à effet posthume pour confier la gestion des biens transmis à un mineur alors que d'autres techniques de gestion et de représentation existent ?
- Comment s'articulent les pouvoirs du mandataire et du représentant du mineur ?

1075 **– L'opportunité du mandat à effet posthume pour la protection du mineur. –** Quel est l'intérêt de désigner un mandataire posthume alors que l'administrateur légal ou le tuteur demeure chargé par la loi de la gestion des biens du mineur ?

Le mandat n'a pas vocation à remplacer l'administration légale ou la tutelle. Ces deux techniques doivent se combiner, car elles n'ont pas les mêmes champs d'application et elles ne confèrent pas les mêmes prérogatives. L'administrateur légal ou le tuteur sont chargés de protéger la personne du mineur et son patrimoine. Le mandataire n'est investi que des pouvoirs d'administration et de gestion sur tout ou partie des biens successoraux. Ces deux personnes se trouvent donc en concours concernant la gestion des biens du mineur. Il en résulte un risque de neutralisation mutuelle de leurs pouvoirs et de conflit, contraire à l'intérêt du mineur.

Pour apprécier l'opportunité du mandat posthume à l'effet de gérer les biens dévolus à un mineur, il convient de revenir à la cause essentielle de ce contrat, à savoir l'intérêt légitime et sérieux. Est-ce que la minorité remplit à elle seule cette condition de validité du mandat ? Une réponse positive semble être admise en doctrine sans que cela ait été démontré. En quoi la minorité d'un héritier constitue-t-elle un intérêt légitime et sérieux justifiant à elle seule la conclusion d'un mandat posthume alors que la loi organise la protection du mineur ? Si le mandat n'est pas justifié par une autre cause liée à la composition des biens de la succession, la minorité ne nous semble pas, en pratique, un élément suffisant pouvant justifier à elle seule l'établissement de ce mandat.

Le mandat posthume peut cependant présenter un intérêt significatif pour le mineur lorsqu'il porte sur certains biens spécifiques, notamment une entreprise (63). Dans cette hypothèse, la mise en place du mandat peut utilement se combiner, dans l'intérêt du mineur, avec l'administration légale ou la tutelle. Le mandat posthume peut se justifier par la nécessité de désigner un gestionnaire compétent, disponible et connaissant parfaitement l'entreprise (64). Pour préserver la valeur patrimoniale de cet héritage, la gestion par un professionnel ou une personne de confiance constitue un gage de bonne administration du patrimoine du mineur. Le mandat peut également être utilisé comme un instrument de transition, pour organiser la cession de l'entreprise dans de bonnes conditions. Le mandat peut encore être mis en œuvre dans l'attente de la prise en main de l'entreprise par l'héritier pour lui permettre d'acquérir l'expérience et la maturité suffisantes. Notons à cet égard que le mandat présente un avantage par rapport à l'administration légale et la tutelle. Dans la mesure où il est conclu pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq années avec possibilité de prorogation, il peut se prolonger au-delà de la majorité de l'héritier.

Ainsi cette utilisation du mandat posthume, justifié par un réel intérêt et mis en œuvre en **1076** complément de l'administration légale ou de la tutelle nous semble présenter une opportunité pour la gestion des biens du mineur. L'intérêt réel et sérieux doit être analysé, par le mandant et son notaire, concrètement, en considération des biens transmis au mineur et de la situation familiale.

Si le mandat ne répond pas à ces préoccupations concrètes, il risque d'être inefficace, voire d'être source de conflit. L'immixtion du mandataire dans la gestion des biens successoraux pourra être perçue par les héritiers ou le représentant du mineur comme une intrusion illégitime dans les affaires familiales. Alors que le mandat posthume a été conçu notamment pour faciliter le règlement de succession dans l'hypothèse de mésentente, le mandant risque, s'il l'utilise uniquement dans le but de contrer les pouvoirs de l'administrateur légal ou du tuteur, de semer les graines d'un conflit qui germeront à l'ouverture de sa succession. Dans ce cas, le mandataire et le représentant du mineur peuvent s'opposer et se neutraliser mutuellement.

– L'articulation des pouvoirs du mandataire et du représentant du mineur. – Le **1077** mandataire posthume est doté des pouvoirs d'administration et de gestion sur les biens mentionnés au mandat. La doctrine a tenté de préciser les nuances entre l'administration et la gestion. Mais l'essentiel est de déterminer ce qu'englobent ces pouvoirs. La gestion autorise-t-elle le mandataire à disposer des biens successoraux ? La réponse à cette question est déterminante pour évaluer la portée du mandat à effet posthume.

La réponse est clairement négative. Lors des débats parlementaires, le rapporteur à l'Assemblée nationale a répondu sans équivoque à cette question : « En ce qui concerne la mission du mandataire, celui-ci n'a aucun pouvoir de disposer des biens, mais seulement de les administrer et de les gérer » ; le principe de cette limite « n'est pas contestable si l'on veut respecter le droit de propriété (65) ». En précisant cette limite, le fondement du mandat à effet posthume est clair. Il s'agit uniquement d'une technique de gestion des biens de la succession et non d'un outil de transmission.

(63) J.-F. Sagaut, *Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise* : *Dr et patrimoine* sept. 2007, p. 62.
(64) J. Prieur, *Mandat à effet posthume et risques liés au décès du dirigeant de société* : *JCP* N 2010, 1057.
(65) Rapp. AN n° 2850, 2005-2006, par S. Huygue.

La jurisprudence a confirmé le droit pour les héritiers ou leurs représentants légaux de disposer des biens objet du mandat (66). Le mandataire n'a pas la faculté de s'y opposer et cette aliénation met fin au mandat.

En théorie, la distinction semble cohérente. Le mandataire gère tout ou partie des biens successoraux. Les héritiers, bien que dessaisis, conservent toutes les autres prérogatives : droit de disposer des biens et de les partager. Lorsque l'héritier est mineur, ces droits sont exercés par l'administrateur légal ou le tuteur.

En pratique, cette distinction paraît beaucoup plus complexe à respecter. S'ils n'œuvrent pas dans le même sens pour aboutir au règlement successoral, le mandataire et l'administrateur ou le tuteur risquent d'entrer en conflit et de se neutraliser, l'un empêchant l'autre d'exercer ses droits.

1078 **– Conclusion sur l'intérêt pratique du mandat. –** En raison de la faiblesse des pouvoirs qu'il confère au mandataire, le mandat posthume n'est pas une technique qui permet de faciliter à lui seul le règlement d'une succession. Ces pouvoirs sont trop faibles pour résoudre un litige ou une difficulté. Ils sont cependant suffisants pour constituer une nuisance. Le mandat peut alors être source de conflit car il constitue l'ingérence d'un tiers. Si le mandat posthume est utilisé dans l'unique but d'empêcher l'administrateur légal ou le tuteur de gérer comme il l'entend les biens dévolus au mineur, il sera inefficace. Le défunt devra doubler le mandat de la désignation d'un administrateur aux termes d'une libéralité.

CHAPITRE IV La désignation d'un administrateur

1079 La désignation d'un administrateur aux termes d'une libéralité consentie à un mineur constitue une autre technique permettant au parent de désigner un tiers de confiance pour gérer les biens transmis (67).

Cette possibilité résulte, depuis l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 (68), de l'article 384 du Code civil qui dispose que : « Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers ». Cet article reprend presque à l'identique, les termes de l'ancien article 389-3 du Code civil.

Longtemps, la clause d'exclusion de l'administration légale avec désignation d'un tiers administrateur est demeurée sans grand intérêt pratique. Puis le régime juridique très libéral de cette disposition a trouvé un vaste champ d'application dans les familles recomposées. Elle permet en effet souvent à un parent de soustraire à l'administration de son ex-conjoint les biens transmis à leur enfant commun.

Avant d'apprécier l'intérêt de la clause d'exclusion de l'administration légale dans une libéralité dans le cadre de la protection d'un mineur, il convient d'en préciser le régime juridique.

(66) Cass. 1re civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 117 ; *RTD civ.* 2010, p. 602, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois* 2010, art. 39149, obs. F. Sauvage ; *JCP* N 2010, n° 41, p. 27, note S. Piédelièvre.

(67) Ph. Delmas Saint-Hilaire, *À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale*, in *Mél. Le Guidec*, LexisNexis, 2014.

(68) L. Mauger-Vielpeau, *La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale* : *LPA* 2017, n° 179-180, p. 19.

Section I L'exigence d'une libéralité consentie à un mineur

1080 **– L'exigence d'une libéralité. –** La clause d'exclusion de l'administration légale permettant de désigner un tiers administrateur ne peut être stipulée que dans une libéralité. Seuls les biens donnés ou légués au mineur peuvent être soustraits au pouvoir de l'autorité parentale.

La libéralité peut être consentie entre vifs. La donation contenant une clause d'exclusion de l'administration légale peut ainsi trouver deux cas d'application relativement courants. Elle peut d'abord être utilisée dans les libéralités consenties par les grands-parents à leurs petits-enfants. Cette clause est alors le signe d'une certaine défiance des grands-parents vis-à-vis de leurs enfants ou beaux-enfants jugés incapables d'administrer les biens transmis à leurs petits-enfants. Il est cependant considéré que si cette clause favorise les libéralités consenties aux petits-enfants, l'intérêt de ces derniers commande que cette clause puisse être utilisée.

La clause d'exclusion de l'administration légale peut également être mise en œuvre dans les schémas de transmission d'entreprise. Nous voulons parler ici des donations avant cessions des titres de sociétés qui permettent de réaliser simultanément des objectifs d'anticipation successorale et d'optimisation fiscale, car la fiscalité des plus-values mobilières est généralement plus lourde que celle des transmissions à titre gratuit. Cependant, lorsque l'un des donataires est mineur, le séquencement des opérations peut se trouver compliqué par l'article 387-1 du Code civil qui impose l'autorisation préalable du juge des tutelles pour réaliser une cession de titres de sociétés par un mineur. La clause d'exclusion de l'administration légale permet de s'affranchir de cette obligation en désignant un tiers administrateur investi de pouvoirs plus larges qu'un administrateur légal, incluant le droit de céder les titres donnés. Cette clause marque alors une certaine défiance à l'égard du juge des tutelles ou la volonté de s'affranchir d'un contrôle judiciaire pour fluidifier les cessions d'entreprises.

La libéralité peut également être consentie à cause de mort et c'est surtout à l'occasion de testament que la jurisprudence s'est prononcée sur le régime de la clause d'exclusion de l'administration légale. L'analyse de la jurisprudence révèle le grand libéralisme de la Cour de cassation pour valider des désignations d'administrateur qui ne contenaient pas formellement de legs. Ainsi, afin de faire prévaloir la volonté de l'exclusion du testateur, la Cour de cassation retient l'existence d'un « legs improbable (69) », bien qu'il ne soit pas clairement formulé mais simplement déduit d'autres dispositions du testament (70).

1081 **– Une libéralité consentie à un mineur. –** La clause d'exclusion de l'administration légale ne peut être utilisée que pour une libéralité consentie à un mineur. Ce point ne souffre pas de difficultés, mais il appelle deux précisions. D'une part, le gratifié doit être mineur au moment où il reçoit la libéralité. Ainsi le testament contenant une telle disposition ne produira ses effets que si le bénéficiaire est mineur au jour de l'ouverture de la succession du disposant. Elle sera sans effet si l'enfant est majeur à cette date. D'autre part, la clause désignant un tiers administrateur cessera de produire effet de plein droit à la majorité de l'enfant gratifié. C'est pourquoi, dans certaines situations qui le justifient, cette disposition testamentaire peut être utilement complétée par un mandat posthume puisque ce dernier peut produire effet au-delà de la majorité de l'enfant.

1082 **– L'acceptation de la libéralité. –** Pour être valablement formée, la libéralité doit être acceptée pour le compte du mineur. Mais quel administrateur est investi de ce pouvoir ?

(69) La formule est de M. Grimaldi, obs. ss Cass. 1re civ., 10 juin 2015 : *RTD civ.* 2015, p. 670.
(70) M. Nicod, *La désignation d'un tiers administrateur* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, no 3.

À notre sens, le tiers administrateur désigné aux termes de la libéralité ne peut en être investi et ne peut accepter la libéralité. Il ne peut tenir son pouvoir précisément que d'une libéralité valablement formée et sa mission ne peut prendre effet qu'après cette formation.

Le pouvoir d'accepter la libéralité est dévolu à l'administrateur légal. On peut cependant craindre que ce dernier soit réticent à accepter une libéralité qui le prive de ses pouvoirs d'administrateur. Il ne peut refuser une libéralité consentie à son enfant ; cela serait contraire à l'intérêt de ce dernier. L'opposition d'intérêts entre le mineur, bénéficiaire d'une libéralité et son administrateur, frustré de ses pouvoirs sur les biens transmis, est manifeste. La désignation d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 383 du Code civil s'impose. Le juge des tutelles pourra être saisi à cet effet, notamment par le tiers administrateur.

Rappelons également que si la libéralité est une donation, elle pourra être acceptée par les ascendants du mineur, sur le fondement de l'article 935 du Code civil, même du vivant des père et mère.

1083 – La clause d'exclusion peut-elle porter sur la réserve héréditaire ? – Il a longtemps été considéré, en jurisprudence (71) comme en doctrine que la clause d'exclusion de l'administration légale ne pouvait porter que sur la quotité disponible et ne pouvait grever la réserve héréditaire. Cette conception se fondait sur l'ordre public de la réserve héréditaire et sur le fait que la transmission s'opérait par l'effet de la loi et non de la volonté. La Cour de cassation a opéré un revirement et admettant que « l'article 389-3 du Code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire l'administration légale des père et mère des biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire » (72). Désormais la clause d'exclusion de l'administration légale peut porter sur l'intégralité du patrimoine transmis au mineur, y compris sa part réservataire.

1084 – L'absence d'autres conditions de fond. – La loi ne subordonne la validité de la clause d'exclusion de l'administration légale à aucune autre condition de fond et la Cour de cassation y veille. Certaines juridictions du fond ont tenté d'invalider cette clause en contrôlant son opportunité au regard de l'intérêt de l'enfant ou des motifs qui ont inspiré le testateur. La Cour de cassation censure ces décisions (73), rappelant que de telles conditions ne sont pas exigées par la loi.

Section II Les formes de la clause d'exclusion de l'administration légale

1085 – La forme de la libéralité. – La clause d'exclusion de l'administration légale ne se présume pas. Elle doit être expresse et elle doit être stipulée aux termes de l'acte contenant la libéralité qui en est le support (74). Elle demeure donc soumise aux mêmes conditions de forme. Ce point ne pose pas en principe de difficulté. Cependant, concernant la forme, des difficultés peuvent apparaître pour les transmissions qui ne respectent pas le formalisme des libéralités ostensibles.

(71) Cass. civ., 27 juin 1933 : *DP* 1934, 1, 94, note R. Savatier.
(72) Cass. 1re civ., 6 mars 2013 : *Bull. civ.* 2013, I, n° 36 ; *Dr. famille* 2013, comm. 73, note M. Bruggeman ; *RTD civ.* 2013, p. 421.
(73) Cass. 1re civ., 26 juin 2013 : *Bull. civ.* 2013, I, n° 137.
(74) B. Desfossé, *Focus sur la clause d'exclusion de l'administration légale dans les libéralités* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3.

1086 **– Le don manuel. –** Le don manuel est caractérisé par la tradition réelle. Il n'est exigé pour sa validité aucune forme et surtout pas un écrit. Le pacte adjoint ou acte récognitif pourrait servir de support à la stipulation d'une clause d'exclusion de l'administration légale. En pratique, ces pactes sont souvent ambigus et l'on est perplexe pour les qualifier et déterminer s'il s'agit d'un pacte qui relate un don manuel valablement réalisé ou s'il contient la libéralité elle-même, irrégulière en la forme. Comment distinguer une condition essentielle et déterminante d'une libéralité de la libéralité elle-même ? En raison de l'insécurité juridique qu'elle génère, cette pratique est à bannir.

1087 **– L'incorporation d'une donation à une donation-partage. –** Est-il possible d'adjoindre une clause d'exclusion de l'administration légale lorsqu'un bien antérieurement donné est incorporé à la masse à partager d'une donation-partage et attribué à un mineur ? L'incorporation est une opération de partage ; elle ne réalise pas la libéralité qui a déjà été consentie. Cependant, il est admis de pouvoir adjoindre des clauses contenant les conditions de la donation. Rien ne semble donc pouvoir s'opposer à l'adjonction d'une clause d'exclusion de l'administration légale dans une telle hypothèse. Cela ne peut cependant se réaliser qu'avec l'accord de l'administrateur légal qui représente le mineur pour accepter la donation-partage.

1088 **– L'assurance-vie. –** La clause d'exclusion de l'administration légale peut-elle être stipulée aux termes de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ? En principe, un contrat d'assurance-vie n'est pas une libéralité mais un contrat aléatoire ayant pour objet d'assurer le risque de décès ou de survie. Il est cependant admis depuis longtemps que le mécanisme de la stipulation pour autrui opère une donation indirecte. La question de l'objet de la libéralité reste néanmoins débattue. Porte-t-elle sur les primes versées par le souscripteur ou sur le capital versé par la compagnie d'assurance au bénéficiaire ? La doctrine majoritaire considère qu'elle porte sur les primes versées correspondant au dépouillement du souscripteur. Une analyse plus pragmatique devrait amener à considérer que la libéralité porte sur le capital perçu par le bénéficiaire correspondant aux primes versées majorées des produits du capital. Au-delà de cette difficulté technique, la doctrine considère qu'il est possible de désigner, aux termes de la clause bénéficiaire, un tiers administrateur pour gérer pour le compte du mineur les capitaux qui lui sont transmis (75).

Section III L'administration par un tiers

1089 **– Le choix de l'administrateur. –** Le disposant choisit librement l'administrateur (76). Il n'existe pas de restriction à ce sujet. Il peut s'agir d'un membre de la famille, d'un ami, d'un professionnel, voire du disposant lui-même dans le cas d'une donation entre vifs. Les seules interdictions sont celles énoncées aux articles 395 et 396 du Code civil relatives aux incapacités d'exercer des charges tutélaires, à l'inaptitude et au conflit d'intérêts.

Le choix de l'administrateur s'exerce librement et il ne peut y avoir de contrôle du juge sur son opportunité. Le troisième alinéa de l'article 384 du Code civil dispose que : « Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur *ad hoc* pour le remplacer ». Notamment pour cette raison, il est recommandé de désigner un, voire deux autres admi-

(75) B. Delesalle, J. Lotz et N. Gesset, *Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès* : *JCP* N 21 juill. 2017, n° 29, p. 1238, note 8.

(76) M. Nicod, *La désignation d'un tiers administrateur* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3.

nistrateurs qui pourraient suppléer l'administrateur de premier rang en cas de décès, d'incapacité ou de refus de ce dernier.

Le choix de l'administrateur doit être guidé par l'intérêt du mineur. Si le bien transmis nécessite des compétences techniques spécifiques, la désignation d'un tiers plus qualifié que l'administrateur légal peut être parfaitement justifiée. En pratique cependant, la plupart des désignations d'administrateur sont motivées par la défiance et le ressentiment du disposant à l'égard du ou des administrateurs légaux de l'enfant. Cela se vérifie surtout dans les situations familiales complexes, notamment après une séparation.

Soulignons qu'il existe une controverse doctrinale sur la possibilité de désigner tiers administrateur l'administrateur légal lui-même. Cette question se pose surtout lorsque l'administrateur légal envisage de consentir une donation à son enfant et de se désigner lui-même tiers administrateur investi de pouvoirs plus étendus. Certains auteurs, se fondant sur l'esprit libéral de l'article 384 du Code civil et de manière générale sur l'esprit tout aussi libéral des récentes réformes, notamment de l'ordonnance du 15 octobre 2015, ne voient aucun obstacle à cette possibilité qu'ils valident sans réserve (77). Nous émettons un doute, car deux arguments de fond modèrent cet esprit libéral. D'une part, si l'article 384 n'interdit pas cette désignation de l'administrateur légal, il ne l'autorise pas non plus ; il prévoit uniquement la désignation d'un tiers. L'administrateur légal peut-il être tiers à lui-même ? Si les mots ont un sens, un tiers désigne une personne extérieure, quelqu'un d'autre. Le Code civil n'a pas consacré la trinité. D'autre part, le Cridon de Paris ne reconnaît pas cette possibilité, car cette nomination aboutit, en général, à conférer à l'administrateur plus de pouvoir que la loi ne lui en offre dans le cadre de l'administration légale. Pour autant, l'accroissement de pouvoir ainsi constaté porte sur un bien dont l'administrateur se dépossède au bénéfice de son enfant : en tant que donateur, il nous semble pouvoir demeurer libre d'aménager les conditions de cette transmission sans qu'il soit possible de lui refuser le bénéfice d'une nomination au titre de l'article 384 (78), et cette question demeurera en suspens tant qu'elle n'aura pas été tranchée par la jurisprudence.

1090 – L'objet de l'administration. – Le tiers administrateur gère les biens objet de la libéralité. S'il s'agit d'une donation entre vifs ou d'un legs particulier, l'administration portera sur le ou les biens identifiés aux termes de l'acte de donation ou du testament. S'il s'agit d'un legs universel, l'administrateur gérera tous les biens transmis au mineur.

L'acte constitutif de la libéralité peut utilement prévoir que la clause d'exclusion de l'administration légale portera également sur les biens qui pourraient être subrogés aux biens transmis par suite d'acte de disposition suivi d'un remploi.

1091 – Les pouvoirs de l'administrateur. – Le libéralisme du régime juridique de la clause d'exclusion de l'administration légale se manifeste également quant à l'étendue des pouvoirs de l'administrateur (79). Le deuxième alinéa de l'article 384 du Code civil dispose que : « Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal ». L'étendue des pouvoirs du tiers administrateur résulte de la volonté du disposant et elle doit être déterminée aux termes de l'acte. Les remarques formulées pour les pouvoirs du mandataire posthume ou de protection future peuvent être reprises ici. Si les pouvoirs de l'administrateur sont trop restreints, sa gestion sera inefficace car il sera contraint de requérir en permanence une autorisation. À l'inverse,

(77) C. Farge et S. Guillaud-Bataille, *La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur* : *JCP* N 19 avr. 2019, n° 16, p. 29.
(78) Cridon Paris, Questions-Réponses n° 857069.
(79) B. Delesalle, J. Lotz et N. Gesset, *Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès* : *JCP* N 21 juill. 2017, n° 29, p. 1238.

s'ils sont trop larges, le risque est alors l'abus de pouvoir, voire son détournement. C'est pourquoi certaines précautions s'imposent.

Les pouvoirs du tiers administrateur peuvent d'abord être plus restreints que ceux de l'administrateur légal. Le disposant peut, par exemple, souhaiter que le tiers administrateur ne puisse réaliser sans contrôle certains actes de disposition qu'un administrateur légal peut réaliser librement, sans autorisation judiciaire. Si tel est le souhait du disposant, le rédacteur doit être vigilant sur un point, car il n'est pas possible de soumettre à l'autorisation du juge des tutelles l'accomplissement d'un acte si ce n'est pas prévu par la loi. La compétence de ce magistrat ne peut résulter d'une volonté individuelle, mais de la loi. Dans ce cas, il conviendra de désigner un coadministrateur ou un contrôleur chargé d'autoriser la réalisation de l'acte.

Les pouvoirs du tiers administrateur peuvent également être plus étendus. Malgré quelques réticences (80), la doctrine majoritaire valide la possibilité de conférer à cet administrateur tous pouvoirs incluant la réalisation d'actes de conservation, d'administration et de disposition (81). Il est ainsi possible de conférer à cet administrateur tous pouvoirs sur les biens donnés ou légués : vendre, conclure tous baux, y compris à long terme ou conférant un droit au renouvellement au preneur, affecter en garantie... Il semble également possible d'investir l'administrateur du pouvoir d'incorporer le bien donné à un partage. Ce tiers administrateur est alors investi des pouvoirs les plus étendus et il est donc opportun, selon la situation familiale et patrimoniale, de désigner plusieurs administrateurs chargés d'autoriser collégialement les actes les plus importants, voire de prévoir des organes de contrôle.

Il convient cependant de rappeler une limite importante aux pouvoirs du tiers administrateur. Ils ne peuvent porter que sur les biens objet de la libéralité ; ce critère délimite les champs d'intervention respectifs entre le tiers administrateur et l'administrateur légal et doit régler les conflits de compétence entre ces deux administrateurs.

Nous pouvons illustrer cette remarque générale par la question des garanties d'actif et de passif consenties par le cédant lors d'une cession de contrôle de titres de société. L'administrateur, investi aux termes du testament ou de la donation du pouvoir de vendre les titres, peut-il consentir une telle garantie d'actif et de passif ? Une doctrine avance l'idée qu'« il doit être admis que le pouvoir de disposer conféré au tiers administrateur recouvre celui de signer une GAP et consentir ces garanties, qui en sont l'accessoire » (82). L'esprit libéral qui anime cette doctrine nous semble aller trop loin dans la délimitation des pouvoirs conférés à l'administrateur, ce qui peut faire courir des risques insensés au mineur. Si ces garanties d'actif et de passif sont usuelles en matière de cession de contrôle, elles ne constituent pas des charges et conditions légales ordinaires de vente. Elles contiennent d'abord une litanie de déclarations sur le patrimoine de la société alors que la transmission au profit du mineur n'a porté que sur des titres sociaux. Elles consacrent ensuite des engagements contractuels de garantie qui excèdent largement les obligations dues par un vendeur. Ainsi, selon leur rédaction, ces garanties peuvent bénéficier au cessionnaire ainsi qu'à tout autre propriétaire ultérieur des titres. Elles peuvent également être contractées pour indemniser non pas le cessionnaire mais la société dont les titres sont cédés, soit un tiers au contrat de vente. Dans ces hypothèses, ces engagements créent une chaîne de solidarité, voire un engagement de payer la dette d'un tiers. Ces actes, qui engagent le

(80) R. Mesa, *La gestion des biens reçus par un mineur à titre gratuit non soumis à l'administration légale* : *Rev. Lamy dr. civ.* déc. 2013, n° 110.

(81) M. Grimaldi, obs. ss Cass. 1re civ., 6 mars 2013, n° 11-26.728 : *RTD civ.* 2013, p. 421.

(82) C. Farge et S. Guillaud-Bataille, *La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur* : *JCP* N 19 avr. 2019, n° 16, p. 29.

patrimoine personnel du mineur, excèdent les pouvoirs exercés sur le bien transmis. Il ne nous semble pas permis d'affirmer, par principe, que le tiers administrateur, investi du pouvoir de céder des titres sociaux, soit habilité à conclure au nom du mineur une garantie d'actif et de passif. Si cette convention se limite à aménager et préciser les obligations dues par un vendeur, l'administrateur, investi du pouvoir de céder les titres, se trouve habilité à la conclure. Cependant, si cette convention contient des engagements personnels qui excèdent les obligations d'un vendeur, elle nous semble excéder les pouvoirs d'un administrateur dont les prérogatives sont légalement limitées au bien donné ou légué.

Section IV L'intérêt pratique de la clause d'exclusion de l'administration légale pour la protection des mineurs

1092 **– L'efficacité de la clause d'exclusion de l'administration légale. –** La clause d'exclusion de l'administration légale est d'une efficacité redoutable. Nous avons vu avec quelle bienveillance la jurisprudence traite les testaments contenant une telle disposition. D'une part, la Cour de cassation n'hésite pas à interpréter de manière très souple, voire extensive ces dispositions afin de leur reconnaître une pleine efficacité juridique. D'autre part, elle veille à ce que les juridictions du fond ne subordonnent leur validité à aucune autre condition, notamment une condition d'opportunité. Enfin, elle admet qu'elle grève la réserve héréditaire. La volonté du testateur est donc parfaitement préservée.

La clause d'exclusion de l'administration légale est surtout redoutable par ses effets. Comme nous l'avons indiqué, elle doit être attachée à une libéralité et en constituer une condition. Il n'empêche qu'elle aboutit à priver les parents ou le parent survivant de l'un des attributs essentiels de l'autorité parentale. Cette privation de l'exercice de ses droits de parents sur les biens de son enfant mineur est perçue, dans la plupart des cas, comme une défiance, voire une violence. Le second effet de cette clause d'exclusion de l'administration légale est la privation du droit de jouissance légale. Elle n'est pas automatique mais elle en est souvent le corollaire.

1093 **– L'intérêt de la clause d'exclusion de l'administration légale. –** En raison de son efficacité, les praticiens ont parfaitement compris l'intérêt de cette clause et ils n'hésitent pas à en user.

La clause d'exclusion de l'administration légale pour protéger un mineur se justifie si elle accroît réellement sa protection. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

D'abord, le ou les parents se révèlent incapables de gérer les biens de leur enfant par leur inaptitude ou leur incompétence. Pire, ils représentent un danger pour cet enfant qu'ils pourraient abandonner ou spolier.

Ensuite, les biens transmis au mineur peuvent nécessiter des compétences techniques, des connaissances ou un savoir-faire spécifiques. Un fonds de commerce, des titres sociaux, un portefeuille boursier, un patrimoine immobilier locatif, des œuvres d'art, des droits d'auteurs sont autant de biens qui peuvent être dévolus à un mineur et dont la gestion nécessite des compétences techniques, juridiques et économiques. Nous avons également mis en évidence que cette clause permet de faire bénéficier à un mineur le produit d'une cession d'entreprise en réalisant des objectifs tant civils que fiscaux, sans que la présence d'un mineur ne représente des contraintes juridiques de nature à compliquer la transmission.

Dans ce cas, le recours à la clause d'exclusion de l'administration légale pour protéger un enfant se justifie parfaitement car il est guidé par l'intérêt du mineur.

– Les dangers de la clause d'exclusion de l'administration légale. – À l'inverse, lorsqu'il n'est pas guidé par l'intérêt de l'enfant, le recours à la clause d'exclusion de l'administration légale peut ne pas être pertinent. L'utilisation de cette clause révèle souvent des situations familiales complexes, voire conflictuelles. La défiance et le ressentiment constituent, plus souvent que l'intérêt de l'enfant, la motivation réelle du disposant. Utilisée pour de mauvaises raisons, la clause d'exclusion de l'administration légale ne peut produire que des effets délétères. **1094**

Ainsi, grâce à cette stipulation, le disposant peut, d'outre-tombe, jouer un dernier mauvais coup à son ex-conjoint. Les familles recomposées forment le terreau naturel du développement de cette clause et il n'est pas rare de constater qu'elle est détournée de sa finalité qui devrait pourtant demeurer l'intérêt de l'enfant. Le choix de l'administrateur peut être révélateur du détournement de la clause. Ainsi il est fréquent qu'après une séparation, une personne reconstitue un nouveau foyer et acquiert en indivision un bien avec un nouveau conjoint qu'elle souhaite protéger en cas de décès. La désignation de ce nouveau conjoint administrateur des biens de l'enfant mineur permet de neutraliser le parent biologique qui ne peut plus revendiquer la jouissance légale ni exercer l'action en partage sur les biens dévolus au mineur. Dans cette situation, la clause d'exclusion de l'administration légale protège le nouveau conjoint et non l'enfant.

On peut également s'interroger sur les réelles motivations d'une personne, souvent d'un grand-parent, qui souhaite consentir une donation à un enfant mineur en désignant un tiers administrateur. Quels sont le sens et la sincérité de cette intention libérale qui tend à priver un parent de l'un des attributs fondamentaux de l'autorité parentale et à imposer l'immixtion d'un tiers entre un parent et son enfant ? Certains auteurs légitiment souvent cette clause d'exclusion en considérant qu'elle est forcément conforme à l'intérêt de l'enfant car elle serait de nature à favoriser une donation (83). L'argent et le patrimoine ne représentent que l'un des aspects des relations qui se tissent entre les membres d'une famille. Heureusement d'autres liens les unissent. Ces donations, à l'intention libérale trouble, peuvent être le germe de la division et de la discorde au sein des familles.

Il convient d'être prudent avec cette clause d'exclusion de l'administration légale utilisée pour de bonnes mais aussi de mauvaises raisons. Le notaire doit éclairer le client sur toutes ses conséquences, y compris collatérales et le mettre en garde contre des excès de rancœur.

Modèle de désignation d'un administrateur par testament **1095**

« Je soussigné(e) M. ... *[identification du testateur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* établis comme suit mon testament.
Je révoque toutes dispositions à cause de mort antérieures à ce jour.
Je lègue tous mes biens à mes enfants, nés ou à naître, vivants ou représentés par parts égales.
Mes enfants nés sont à ce jour :
– M. ... *[identification : prénom, nom, date et lieu de naissance]*
– M. ... *[identification : prénom, nom, date et lieu de naissance]*
Issus de mon union avec M. ... *[identification du parent des enfants : prénom, nom, date et lieu de naissance]*.

(83) C. Farge et S. Guillaud-Bataille, *La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur* : *JCP* N 19 avr. 2019, n° 16, p. 29.

Si mes enfants, ou l'un d'eux, sont encore mineurs et n'ont pas été émancipés au jour de mon décès, M. X, leur père / Mme Y, leur mère, sera privé(e) de tous droits de jouissance et d'administration légale sur les biens légués.
Ceux-ci seront administrés par M. ... *[Identification de l'administrateur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]*, jusqu'à leur majorité.
En cas de prédécès de cette personne, de refus ou d'incapacité d'exercer cette fonction d'administrateur, je charge M. ... *[identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* de remplir cette fonction.
L'administrateur sera investi des mêmes pouvoirs d'administration et de disposition qui sont attribués à l'administrateur légal. Il exercera seul ces pouvoirs. Les droits et obligations de cet administrateur seront exercés sous le contrôle du juge des tutelles, conformément aux règles applicables en matière d'administration légale, lorsque celle-ci est exercée par un administrateur unique.
L'administrateur sera tenu d'établir un inventaire afin de déterminer les biens revenant à mes légataires et soumis à son administration. En cas d'aliénation de tout ou partie de ces biens, les pouvoirs de l'administrateur se reporteront sur les biens qui leur seront subrogés.

Variante : désignation d'un contrôleur

Je désigne M. ... *[identification du contrôleur de gestion : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* en qualité de contrôleur de gestion.
Il a pour mission de contrôler et surveiller la gestion du tiers administrateur. Il peut également, en cas de besoin, suppléer le tiers administrateur, notamment en cas d'opposition d'intérêts.
En cas de défaillance du tiers administrateur dans ses obligations, le contrôleur de gestion a tous pouvoirs pour saisir le juge compétent afin de faire prononcer sa révocation et la désignation du tiers administrateur subsidiaire.
En cas de prédécès de cette personne, de refus ou d'incapacité d'exercer cette fonction de contrôleur, je charge M. ... *[identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* de remplir cette fonction.
Fait à ..., le ... »

1096

Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation d'immeuble

« ***Désignation d'un tiers administrateur***
La présente donation est réalisée à la condition que les biens immobiliers donnés soient administrés par un tiers et, par suite, ne soient pas soumis à l'administration légale et que la jouissance légale en soit exclue.
À cet effet, le donateur désigne M. ... *[identification de l'administrateur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* comme tiers administrateur, qui intervient au présent acte et qui accepte la mission qui lui est confiée.
En cas de décès de cet administrateur, d'incapacité, de défaillance, de révocation ou de refus d'exercer cette mission, le donateur désigne, à titre subsidiaire, M. ... *[identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* comme tiers administrateur suppléant, qui intervient au présent acte et qui accepte la mission qui lui est confiée.

Pouvoirs de gestion du tiers administrateur

Le tiers administrateur disposera, sur les biens immobiliers objet de la présente donation, des pouvoirs de gestion et d'administration. Il pourra exercer notamment les actes suivants sans que cette liste soit limitative :

Représentation du donataire

– Représenter le donataire pour la gestion du bien objet des présentes auprès de tous tiers, administrations, syndics, gérants d'immeuble, entreprises, locataires, banques et établissements financiers.

Gestion locative

– Louer à toute personne, pour le temps et aux prix, charges et conditions qu'il jugera convenables.

- Passer, proroger, renouveler et accepter tous baux ; les résilier avec ou sans indemnité ; donner et accepter tous congés ; faire dresser et reconnaître tous états des lieux ; établir le compte de fin de location.
- Exiger des locataires et fermiers la parfaite exécution des baux ; les mettre en demeure en cas de défaillance ; engager les poursuites et voies d'exécution, voire d'expulsion si nécessaire.
- Encaisser les loyers et les verser sur un compte spécial ouvert au nom du donataire.
- En cas de défaillance du locataire, défendre les intérêts du donataire auprès de toutes juridictions, liquidateurs ou administrateurs judiciaires.

Propriété – Entretien – Travaux

- Procéder à tous bornages et arpentages ; fixer et marquer les limites de propriété ; s'opposer à tous empiétements et usurpations.
- Faire effectuer toutes réparations et reconstructions nécessaires ; arrêter tous devis et marchés ; régler les entreprises.
- Surveiller l'exécution des travaux ; accepter avec ou sans réserve leur exécution.

Copropriété

- Représenter le mineur auprès des organes de la copropriété.
- Prendre part à toutes assemblées de copropriétaires ; approuver ou contester tous comptes ; prendre toutes décisions ; approuver tous règlements de copropriété ; voter aux assemblées générales.

Assurance

- Assurer le bien donné, notamment contre l'incendie et contre tous autres risques, auprès de toute compagnie d'assurance de son choix.
- Signer à cet effet toutes polices d'assurances et avenants ; résilier ou modifier toutes assurances que l'administrateur jugera convenables.
- Payer toutes primes et cotisations.
- Faire toutes déclarations de sinistre ; accepter toutes indemnités, transiger ou engager toutes procédures qui s'avéreraient nécessaires.

Procédure – Contentieux

- Réaliser toutes les démarches nécessaires à la défense des droits du donataire concernant la propriété et la gestion du bien donné.
- Représenter le donataire à toute procédure contentieuse ou non contentieuse à cet effet.
- Assigner, transiger.
- Choisir tous avocats.

Impôts et taxes

- Établir la déclaration de revenus fonciers.
- Payer tous les impôts, taxes et prélèvements sociaux générés par la gestion du bien.

Gestion financière

- Ouvrir un compte spécial au nom du mineur.
- Centraliser sur ce compte l'ensemble des opérations au crédit (loyers...) et au débit (paiement de factures, charges de copropriété, impôts et taxes, primes d'assurance...).
- Affecter les revenus générés par le bien donné à l'entretien et l'éducation du donataire. L'excédent de ces revenus sera déposé sur un compte spécial ouvert au nom du donataire.

Disposition du bien donné

Le donateur ne souhaite pas qu'il soit disposé du bien donné. Cependant, la disposition du bien donné pourra être envisagée si cela est conforme à l'intérêt du donataire.

Dans ce cas, le tiers administrateur pourra réaliser tout acte de disposition du bien immobilier donné. Pour réaliser un acte de disposition (vente, échange, constitution de garantie réelle, baux de longue durée ou conférant un droit au renouvellement au preneur, incorporation du bien donné à un partage...), il devra préalablement obtenir l'autorisation du contrôleur de gestion ci-après nommé. En cas d'aliénation de ces biens, les pouvoirs de l'administrateur se reporteront sur les biens ou valeurs qui leur seront subrogés.

Obligations du tiers administrateur

Le tiers administrateur a l'obligation de produire, tous les ans, un état de sa gestion. Ce document est à remettre au contrôleur de gestion dont il est fait mention ci-après.

Lorsque sa mission cesse, il devra fournir une copie des cinq derniers comptes de gestion, le compte de l'année en cours ainsi que les pièces justificatives, selon le cas, au mineur devenu majeur, ses héritiers, à la personne nouvellement chargée de la gestion de ces biens et dans tous les cas au contrôleur de gestion.

Désignation et mission du contrôleur de gestion

M. ... *[identification du contrôleur de gestion : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* est désigné en qualité de contrôleur de gestion. Ce dernier intervient au présent acte et accepte la mission qui lui est confiée.

Il a pour mission de contrôler et surveiller la gestion du tiers administrateur. Il peut également, en cas de besoin, suppléer le tiers administrateur, notamment en cas d'opposition d'intérêts. Il peut enfin consentir aux actes de disposition que l'administrateur envisagerait de réaliser.

En cas de défaillance du tiers administrateur dans ses obligations, le contrôleur de gestion a tous pouvoirs pour saisir le juge compétent afin de faire prononcer sa révocation et la désignation du tiers administrateur subsidiaire. »

1097

Le coin du rédacteur Modèle de clause de désignation d'un administrateur stipulée dans un acte de donation de titres sociaux

« ***Désignation d'un tiers administrateur***

La présente donation est réalisée à la condition que les titres sociaux donnés soient administrés par un tiers et, par suite, ne soient pas soumis à l'administration légale et que la jouissance légale en soit exclue.

À cet effet, le donateur désigne M. ... *[identification de l'administrateur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* comme tiers administrateur, qui intervient au présent acte et qui accepte la mission qui lui est confiée.

En cas de décès de cet administrateur, d'incapacité, de défaillance, de révocation ou de refus d'exercer cette mission, le donateur désigne, à titre subsidiaire, M. ... *[identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* comme tiers administrateur suppléant, qui intervient au présent acte et qui accepte la mission qui lui est confiée.

Pouvoirs du tiers administrateur

Le tiers administrateur disposera, sur les titres sociaux objet de la présente donation, des pouvoirs de gestion et d'administration. Il pourra exercer notamment les actes suivants sans que cette liste soit limitative :

Représentation du donataire

- Représenter le donataire pour la gestion des titres objet des présentes auprès de la société émettrice, tous tiers, administrations, gérants, banques et établissements financiers.
- Exercice des droits d'associé.
- Exercer tous les droits d'un associé, notamment le droit à l'information ; se faire communiquer tous les documents comptables et financiers à la disposition des associés.
- Poser des questions aux organes d'administration ou de gérance.
- Le cas échéant, requérir une expertise de gestion.
- Participer aux assemblées générales de la société.
- Approuver ou contester tous comptes.
- – Prendre part à toutes décisions, qu'elles soient de nature ordinaire ou extraordinaire et voter.

Dividende – Remboursement des titres – Boni de liquidation

- Encaisser toutes distributions de dividendes ou de réserves versées par la société, tout remboursement de titres sociaux consécutif à une réduction de capital social ou tout boni de liquidation et les créditer sur un compte spécial ouvert au nom du donataire.

Pacte d'associés – Engagements de conservation Dutreil

- Conclure tout pacte d'associés ayant pour objet de souscrire un engagement de conservation des titres, dit « Pacte Dutreil ».
- Conclure tout pacte d'associé ayant pour objet d'organiser, en complément des statuts sociaux, les relations entre les associés.

Procédure – Contentieux
- Réaliser toutes les démarches nécessaires à la défense des droits du donataire concernant la propriété et la gestion des biens donnés.
- Représenter le donataire à toute procédure contentieuse ou non contentieuse à cet effet.
- Assigner, transiger.
- Choisir tous avocats.

Impôts et taxes
- Établir toutes déclarations fiscales.
- Payer tous les impôts, taxes et prélèvements sociaux générés par la gestion des titres.

Gestion financière
- Ouvrir un compte spécial au nom du mineur.
- Centraliser sur ce compte l'ensemble des opérations au crédit (dividendes...) et au débit (impôts et taxes...).
- Affecter les revenus générés par le bien donné à l'entretien et l'éducation du donataire. L'excédent de ces revenus sera déposé sur un compte spécial ouvert au nom du donataire.

Disposition du bien donné

Le donateur ne souhaite pas qu'il soit disposé des biens donnés. Cependant, la disposition des biens donnés pourra être envisagée si cela est conforme à l'intérêt du donataire.

Dans ce cas, le tiers administrateur pourra réaliser tout acte de disposition des biens donnés. Pour réaliser un acte de disposition (vente, échange, constitution de garantie réelle, incorporation des biens donnés à un partage...), il devra préalablement obtenir l'autorisation du contrôleur de gestion ci-après nommé. En cas d'aliénation de ces biens, les pouvoirs de l'administrateur se reporteront sur les biens ou valeurs qui leur seront subrogés.

Obligations du tiers administrateur

Le tiers administrateur a l'obligation de produire, tous les ans, un état de sa gestion. Ce document est à remettre au contrôleur de gestion dont il est fait mention ci-après.

Lorsque sa mission cesse, il devra fournir une copie des cinq derniers comptes de gestion, le compte de l'année en cours ainsi que les pièces justificatives, selon le cas, au mineur devenu majeur, ses héritiers, à la personne nouvellement chargée de la gestion de ces biens et dans tous les cas au contrôleur de gestion.

Désignation et mission du contrôleur de gestion

M. ... *[identification du contrôleur de gestion : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* est désigné en qualité de contrôleur de gestion. Ce dernier intervient au présent acte et accepte la mission qui lui est confiée.

Il a pour mission de contrôler et surveiller la gestion du tiers administrateur. Il peut également, en cas de besoin, suppléer le tiers administrateur, notamment en cas d'opposition d'intérêts. Il peut enfin consentir aux actes de disposition que l'administrateur envisagerait de réaliser.

En cas de défaillance du tiers administrateur dans ses obligations, le contrôleur de gestion a tous pouvoirs pour saisir le juge compétent afin de faire prononcer sa révocation et la désignation du tiers administrateur subsidiaire. »

– Conclusion du sous-titre 1. – À titre de conclusion du sous-titre 1 relatif à la désignation d'un tiers de confiance pour protéger un mineur, nous présentons ci-après un tableau de synthèse des techniques qui ont été présentées. **1098**

	Tutelle testamentaire	Mandat de protection future pour autrui	Mandat à effet posthume	Tiers administrateur
Texte	C. civ., art. 403	C. civ., art. 477 et s.	C. civ., art. 812 et s.	C. civ., art. 384
Objet de la mission	Personne et patrimoine	Personne et patrimoine	Tout ou partie des biens successoraux	Biens objet de la libéralité

	Tutelle testamentaire	Mandat de protection future pour autrui	Mandat à effet posthume	Tiers administrateur
Titulaire du droit de désigner	Le survivant des parents	Les deux parents ensemble ou le survivant	Toute personne préparant sa succession	Le disposant
Tiers de confiance	Toute personne physique ou association tutélaire*	*Idem*. Sauf médecins, pharmaciens et auxiliaires médicaux	*Idem*. Sauf le notaire chargé de la succession	*Idem*
Forme de la désignation	Testament ou acte notarié spécial	Mandant notarié	Mandat notarié	Forme de la libéralité
Pouvoirs du tiers	Pouvoirs d'un tuteur	Pouvoirs définis au contrat mais limités par les dispositions d'ordre public	Pouvoirs d'administration et de gestion	Pouvoirs définis dans la libéralité. À défaut, pouvoirs d'un administrateur légal
Contrôle	Conseil de famille. Juge des tutelles	Juge des tutelles. Contrôle organisé par le contrat	Juge des tutelles. Contrôle organisé par le contrat	Juge des tutelles. Contrôle organisé par la libéralité
Durée	Jusqu'à la majorité	Tant que le bénéficiaire est incapable	Deux ans ou cinq ans prorogeables par le juge	Jusqu'à la majorité

* Sauf incapacités prévues aux articles 395 (incapacité d'exercer des charges tutélaires) et 396 (conflit d'intérêts et inaptitude) du Code civil.

SOUS-TITRE II

La transmission d'un patrimoine au mineur

1099 Le parent qui envisage son décès ou son incapacité peut également vouloir, pour protéger son enfant mineur, lui transmettre un patrimoine afin de lui garantir une certaine sécurité matérielle. Cette stratégie patrimoniale a pour objectif de constituer un patrimoine au profit du mineur et de lui assurer des revenus réguliers. Si cette stratégie est bien orchestrée, l'enfant qui n'a plus ses parents pour l'aider au commencement de sa vie pourra tout de même peut-être disposer d'un logement, d'un capital pouvant être affecté à un investissement ou au financement d'études.

1100 L'anticipation successorale constitue l'activité quotidienne du notaire. La situation se complique ici avec la présence d'un successible mineur et il convient d'avoir à l'esprit trois spécificités.

D'une part, nous envisageons la situation d'un parent qui anticipe son décès prématuré en laissant un ou plusieurs enfants mineurs. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une transmission organisée, mais de la gestion d'un risque. Par conséquent, des solutions souples et évolutives doivent être proposées.

D'autre part, il peut être opportun d'organiser une saine gestion du patrimoine dévolu au mineur. C'est un lieu commun que de rappeler que les règles de la tutelle gèlent la gestion des biens, ce qui, sur la durée, nuit à l'enfant. Il est donc opportun de mettre en œuvre des techniques permettant d'établir un juste équilibre entre cette gestion trop prudentielle et une gestion trop dynamique pouvant mettre en péril la fortune du mineur.

Enfin, il convient de protéger l'enfant contre lui-même lorsqu'il deviendra majeur. C'est également une banalité de rappeler que la majorité financière n'est pas nécessairement à dix-huit ans. Il peut donc être fort utile de prévoir des mécanismes l'empêchant de dilapider son patrimoine dès la majorité acquise.

1101 Dans cette optique de constitution d'un patrimoine au profit du mineur, les parents disposent des techniques de l'assurance-vie et de la prévoyance **(Chapitre I)** et des libéralités **(Chapitre II)**. Nous verrons que la société civile peut également être utilisée même si la présence d'un associé mineur pose des questions spécifiques **(Chapitre III)**.

CHAPITRE I L'assurance-vie et la prévoyance

1102 Le contrat d'assurance-vie est le contrat par lequel l'assureur s'engage, en contrepartie du paiement d'une ou plusieurs primes, à verser un capital ou une rente à une personne déterminée en cas de décès (bénéficiaire en cas de décès) ou en cas de vie (bénéficiaire en cas de vie) de l'assuré à une date déterminée (84). Il existe, sur le marché de l'assurance-vie, une multitude de contrats de nature différente, que l'on peut regrouper en trois grandes catégories : les contrats en cas de vie, les contrats en cas de décès et les contrats vie et décès. À côté de ces trois grandes familles, certains contrats proposent des garanties complémentaires, notamment l'invalidité.

L'assurance-vie permet de répondre à des objectifs très divers dont principalement la constitution et la transmission d'une épargne et la prévoyance. Ce contrat trouve donc aisément sa place lorsque l'on envisage la protection d'un enfant en cas de décès d'un parent.

Section I La souscription d'un contrat d'assurance-vie au bénéfice du mineur

1103 Pour constituer un capital ou une rente au profit d'un enfant mineur, un parent peut souscrire un contrat d'assurance-vie dont le(s) bénéficiaire(s) sera/seront son ou ses enfants. C'est le risque de décès ou d'invalidité des parents qui est assuré dans cette hypothèse. Les contrats en cas de décès ou en cas de vie et décès peuvent être souscrits à cet effet.

1104 **– L'assurance en cas de décès. –** L'assurance décès couvre le risque de décès de l'assuré. Les contrats en cas de décès peuvent répondre aux objectifs de pure prévoyance s'agissant des contrats temporaires décès et de transmission de patrimoine pour les contrats vie entière.

1105 **– Le contrat temporaire décès. –** Aux termes de ce contrat, l'assureur s'engage à verser un capital ou une rente au(x) bénéficiaire(s) désigné(s) si le décès de l'assuré survient avant une date déterminée. Il s'agit d'une assurance à fonds perdu, car l'assureur est définitivement dégagé si l'assuré est toujours en vie à cette date, sauf si une contre-assurance en cas de survie

(84) *Mémento Lefebvre Droit de la famille*, 2018-2019, n° 65000.

a été souscrite, ce qui est rare en pratique. L'intérêt de l'assurance temporaire décès est de garantir le risque de décès pendant une période déterminée, par exemple jusqu'à la majorité d'un enfant du souscripteur assuré ou jusqu'à ses vingt-cinq ans. Ce contrat de prévoyance pure permet de garantir par exemple l'éducation d'un enfant et le financement de ses études.

1106 – Le contrat vie entière. – Ce contrat engage l'assureur, quelle que soit la date du décès de l'assuré, à verser un capital ou une rente au(x) bénéficiaire(s) du contrat. Ces contrats présentent un intérêt particulier permettant de combiner un objectif de prévoyance en cas de décès prématuré et de transmission de patrimoine puisque les capitaux ou la rente seront versés, en principe hors succession et dans un cadre fiscal dérogatoire.

1107 – Les contrats d'assurance-vie et décès. – Ces contrats qui couvrent à la fois le risque de décès et le risque de vie constituent la quasi-totalité du marché de l'assurance-vie. Ils permettent au souscripteur de poursuivre un objectif d'épargne pour lui-même en cas de vie à l'échéance du contrat et de transmission d'un capital à ses bénéficiaires en cas de décès. Les contrats vie et décès sont généralement commercialisés sous la forme de contrats de « capitaux différés avec contre-assurance en cas de décès », qui assurent le versement d'un capital identique en cas de vie et en cas de décès.

1108 – Les contrats de prévoyance pour protéger ses enfants. – Les compagnies d'assurance proposent des contrats permettant de protéger la famille en cas de décès, d'invalidité ou d'accident du ou des parents. Pour que la survenance d'un tel événement ne mette pas en péril la famille et les enfants, les parents peuvent souscrire de tels contrats de prévoyance. Les administrations, branches professionnelles ou entreprises ont constitué avec les compagnies d'assurance des contrats de prévoyance permettant d'améliorer la protection des familles par rapport aux régimes obligatoires. L'adhésion à ces contrats groupe est soit obligatoire, soit facultative.

Il existe sur le marché une multitude de contrats de prévoyance. La combinaison des garanties de base et des garanties optionnelles permet de décliner des variantes de protection.

Les garanties de base sont les suivantes :

- « Capital décès » en cas de décès ou de perte totale et irréversible d'autonomie (PTIA) de l'assuré ;
- « Rente viagère » en cas de décès ou de PTIA de l'assuré ;
- « Rente de conjoint » en cas de décès ou de PTIA de l'assuré ;
- « Rente éducation » en cas de décès ou de PTIA de l'assuré ;
- « Capital invalidité totale » en cas d'invalidité permanente totale de l'assuré.

À ces garanties de base, le souscripteur peut choisir des garanties optionnelles dont les plus fréquentes sont les suivantes : capital décès ou rente viagère supplémentaire en cas de décès accidentel, indemnités journalières en cas d'incapacité temporaire totale de travail, allocation enfant hospitalisé en cas d'hospitalisation d'un enfant de l'assuré, capital ou rente d'invalidité en cas d'invalidité permanente totale ou partielle de l'assuré.

1109 – Souscription individuelle d'un contrat de prévoyance en complément du régime obligatoire. – Ces contrats de prévoyance sont de nature à protéger la famille et particulièrement les enfants en cas de décès ou d'invalidité des parents. Il convient d'inviter les clients à se renseigner sur les garanties dont ils bénéficient au titre du régime obligatoire en fonction de leur situation professionnelle. Le cas échéant, ils peuvent décider de compléter ou pas ces garanties en souscrivant individuellement un contrat.

À titre d'exemple, nous avons sollicité auprès de LSN Assurances une simulation de proposition de contrat de prévoyance type. Ainsi un salarié cadre administratif du secteur privé pourrait, selon une proposition de contrat Aviva, s'assurer contre le risque de décès et de

perte totale et irréversible d'autonomie, en prévoyant le versement d'un capital de 85 000 € et une rente éducation de 10 000 € par an et par enfant moyennant le versement d'une prime annuelle toutes taxes comprises pour la première année de 514,18 €. Il ne s'agit que d'un exemple type pour donner un ordre de grandeur. Chaque contrat de prévoyance doit être ajusté en fonction de l'âge et de l'état de santé de l'assuré ainsi que de la nature et du niveau des garanties souhaitées par le souscripteur.

– La clause bénéficiaire assortie de charges et la désignation d'un tiers administrateur. – La transmission du capital décès à un enfant mineur doit être anticipée afin d'éviter que le capital ne soit dilapidé ou capté par un tiers avant la majorité de l'enfant. La clause bénéficiaire du contrat d'assurance peut contenir des clauses destinées à protéger le patrimoine du mineur (85). La jurisprudence a validé la clause bénéficiaire assortie de charges (86). Ainsi le bénéficiaire en cas de décès est tenu d'accepter la charge s'il veut percevoir le capital du contrat dénoué à cause de mort. Il est par exemple possible de prévoir une clause de paiement différé stipulant que le capital ne sera versé au bénéficiaire qu'à ses dix-huit ans, voire ses vingt-cinq ans. Il est également possible de stipuler une clause de remploi qui impose l'investissement du capital dans un nouveau contrat (contrat d'assurance ou de capitalisation). Cette clause de remploi est généralement assortie d'une clause d'inaliénabilité jusqu'aux vingt-cinq ans du bénéficiaire afin d'empêcher la dilapidation du patrimoine. **1110**

Comme nous l'avons vu précédemment, une libéralité peut être assortie de la désignation d'un tiers administrateur chargé de la gestion des biens donnés. Il semble possible de désigner un tel administrateur, sur le fondement de l'article 384 du Code civil, aux termes de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance à la double condition de la cantonner dans sa rédaction au montant des primes versées par le souscripteur et de ne pas chercher son application au-delà de la majorité du bénéficiaire.

– L'acceptation du bénéfice du contrat. – L'acceptation de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie sans charge pour le compte d'un mineur est un acte d'administration. Elle peut donc être réalisée par un administrateur seul, y compris dans l'administration légale commune, ou par le tuteur seul en cas de tutelle. À l'inverse, l'acceptation d'une clause bénéficiaire assortie de charges constitue un acte de disposition. En cas d'administration légale commune, elle doit être réalisée conjointement par les deux administrateurs. Dans l'autre cas d'administration légale, elle est réalisée par l'administrateur unique. En cas de tutelle, le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille. **1111**

Modèle de clause bénéficiaire au profit d'un mineur **1112**

« Je soussigné M. ... *[identification du souscripteur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* désigne bénéficiaire en cas de décès du contrat d'assurance-vie n° ... que j'ai souscrit auprès de la compagnie ... mes enfants vivants ou leurs représentants en cas de prédécès, de renonciation à la prestation ou de décès avant l'acceptation du bénéfice de la prestation.
Si l'un de mes enfants me prédécède sans descendant, sa quote-part sera attribuée à mes autres enfants ou à leurs représentants en cas de prédécès, de renonciation à la prestation ou de décès avant l'acceptation du bénéfice de la prestation.
Si, au jour du dénouement du contrat, le bénéficiaire a plus de vingt-cinq ans, celui-ci recevra la prestation sans condition particulière.

(85) O. Chomono, *Protection patrimoniale du mineur : l'assurance-vie* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill-août-sept. 2017, n° 3, p. 45.
(86) Cass. 1re civ., 8 déc. 1987, n° 85-11.769 : *JurisData* n° 1987-002037 ; *Bull. civ.* 1987, I, n° 343.

Conditions particulières si un bénéficiaire a moins de vingt-cinq ans
Si, au jour du dénouement du contrat, l'un des bénéficiaires a moins de vingt-cinq ans, la prestation lui sera acquise sous réserve d'accepter et de respecter les charges suivantes :
Obligation d'emploi
Le bénéficiaire de moins de vingt-cinq ans devra souscrire un contrat de capitalisation et y placer l'intégralité du capital versé par la compagnie d'assurance en exécution du contrat d'assurance. Ce règlement par la compagnie d'assurance directement sur le contrat de capitalisation ouvert au nom du bénéficiaire libérera la compagnie de ses obligations. Les administrateurs légaux ou le tuteur en cas de minorité du bénéficiaire, ou le bénéficiaire lui-même en cas de majorité, consentira quittance à la compagnie du paiement de la somme nette perçue.
Inaliénabilité du capital – Gestion des fonds
Le contrat de capitalisation ainsi souscrit au nom du bénéficiaire sera inaliénable jusqu'au vingt-cinquième anniversaire du bénéficiaire. À compter de cette date, le bénéficiaire pourra librement disposer du capital.
Le contrat ne pourra faire l'objet d'aucun rachat total ou partiel ni d'aucune avance. Il ne pourra pas être affecté en nantissement à la garantie d'une obligation du bénéficiaire ni d'un tiers.
Les administrateurs légaux ou le tuteur en cas de minorité du bénéficiaire ou le bénéficiaire lui-même en cas de majorité décideront, en fonction de la situation patrimoniale et personnelle du bénéficiaire, de l'allocation du capital en fonds euro ou en unités de comptes. En tout état de cause, la proportion d'unités de comptes ne pourra en aucun cas excéder 20 % du capital investi. Le contrat de capitalisation demeurera donc indisponible et ses produits seront eux-mêmes capitalisés. Cependant, l'administrateur, le tuteur ou le bénéficiaire lui-même selon les cas, sera autorisé à prélever les produits du contrat à condition de les affecter à l'entretien du bénéficiaire. À titre exceptionnel, la clause d'inaliénabilité pourra être levée par décision du juge et il pourra être disposé du capital soit pour financer les études du bénéficiaire, soit pour lui permettre d'acquérir un bien immobilier.
Garantie d'exécution – Désignation d'un contrôleur
À l'effet de garantir sa bonne exécution, la clause d'inaliénabilité et d'interdiction de nantissement sera mentionnée par la compagnie d'assurance sur le bulletin de souscription du contrat. La compagnie ne pourra remettre les fonds au bénéficiaire qu'à ses vingt-cinq ans révolus ou sur présentation de l'autorisation judiciaire.
Je désigne M. ... *[identification du contrôleur de gestion : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* en qualité de contrôleur.
Il a pour mission de contresigner le bulletin de souscription et de s'assurer de la bonne exécution de la clause d'inaliénabilité et d'interdiction de nantissement.
En cas de non-respect de cette clause par les administrateurs légaux, le tuteur ou le bénéficiaire, le contrôleur a tous pouvoirs pour saisir le juge compétent afin de faire exécuter cette clause.
En cas de prédécès de cette personne, de refus ou d'incapacité d'exercer cette fonction de contrôleur, je charge M. ... *[identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* de remplir cette fonction.
***
À défaut de descendant, les bénéficiaires du contrat seront mes héritiers *ab intestat*.
À ..., le ... »

Section II La souscription d'un contrat d'assurance-vie par le mineur

1113 L'assurance-vie peut également être utilisée dans le but de constituer une épargne au profit du mineur. Dans ce cas, le souscripteur du contrat est le mineur.

1114 **– La capacité juridique du souscripteur. –** Le mineur est frappé d'une incapacité d'exercice mais non de jouissance. La souscription d'un contrat d'assurance-vie à son nom reste donc possible, mais certaines conditions doivent être respectées. Le décret du 22 décembre

2008 a qualifié la souscription d'un contrat d'assurance-vie d'acte de disposition. Par conséquent, lorsque l'administration légale est exercée en commun, l'accord des deux parents est nécessaire à la validité de la souscription. Lorsque l'administration légale est exercée par un seul parent, il signe seul le bulletin de souscription sans avoir à requérir préalablement l'autorisation du juge des tutelles. Lorsque le mineur est placé sous le régime de la tutelle, la souscription du contrat ne peut être réalisée par le tuteur qu'avec l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille.

1115 **– La prohibition du *votum mortis*. –** L'article L. 132-3 du Code des assurances dispose qu'« il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans ». Ce texte protège le mineur contre la spéculation de tiers sur sa mort (87). Les contrats d'assurance en cas de décès du mineur sont donc interdits. À l'inverse, les contrats en cas de vie sont clairement en dehors du champ d'application du texte. Cependant, lorsque ces contrats sont assortis d'une contre-assurance en cas de décès, la question peut se poser. La rédaction de l'article L. 132-3 semble n'écarter les contrats en cas de vie bénéficiant d'une contre-assurance, que lorsque la garantie est cantonnée au remboursement des seules primes versées, à l'exclusion des produits capitalisés.

1116 **– Le choix de l'allocation des primes sur le fonds euro ou en unités de compte. –** L'assurance-vie est un produit d'épargne à long terme, voire à très long terme surtout lorsque le placement concerne un enfant mineur. Selon les objectifs du souscripteur, le capital investi peut être réparti entre le fonds euro, dont la vocation est d'assurer la protection du placement et des unités de compte dont l'objectif est de diversifier le capital tout en recherchant une meilleure performance sur le long terme. Rappelons que l'administrateur est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur. Le fonds euro paraît de prime abord le support d'investissement le plus protecteur car il sécurise le capital. En réalité, les taux de rendement extrêmement faibles, surtout si on les compare à l'inflation, ne permettent pas de valoriser le capital. Une allocation en unités de compte permet de rechercher la performance, mais avec un risque de perte en capital. L'administrateur devra donc arbitrer, notamment selon l'âge de l'enfant, sa situation patrimoniale et ses besoins, entre ces deux classes d'actifs.

Pour les contrats souscrits pour le compte d'un mineur, les règles prudentielles voudraient que par principe, les capitaux soient investis sur le fonds euro. Cependant, il faut peut-être admettre une certaine souplesse car, compte tenu des taux de rendement actuels, laisser un capital sur un fonds euros sur une longue durée, c'est la garantie d'une perte en capital. C'est pourquoi, selon les circonstances, il peut être envisagé une gestion plus dynamique en respectant certaines précautions. Par exemple, si l'horizon d'investissement est relativement long, il peut être envisagé d'investir une petite fraction du patrimoine du mineur sur un fonds en unités de comptes. Dans ce cas, l'administrateur sera bien avisé de définir un profil de gestion prudent et de confier la gestion du portefeuille à un professionnel.

1117 **– La désignation du bénéficiaire en cas de décès. –** La désignation du bénéficiaire en cas de décès pour un contrat souscrit par un mineur pose quelques interrogations. Le Code des assurances ne règle pas spécifiquement ce point et il convient de se reporter aux règles de l'administration légale, la tutelle et le droit des libéralités. Les articles 903 et 904 du Code civil disposent que « le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer » et que « le mineur, parvenu à l'âge de seize ans et non émancipé, ne pourra disposer que

(87) J. Charlin et J.-Y. Lachuer, *La protection des mineurs et des majeurs incapables par l'assurance-vie* : *JCP* N 28 juin 1996, n° 26, p. 939.

par testament et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer ».

Le choix d'un bénéficiaire pour le compte d'un mineur paraît bien délicat. Il n'est cependant pas envisageable de laisser une clause bénéficiaire vierge. La solution est de stipuler une clause neutre qui ne modifie pas l'ordre successoral légal des héritiers du mineur.

Modèle de clause bénéficiaire pour un souscripteur mineur. Cette clause pourrait tout simplement être : « Les bénéficiaires seront mes héritiers *ab intestat* ».

1118 **– L'alternative du contrat de capitalisation. –** La souscription par le mineur d'un contrat de capitalisation constitue une bonne alternative au contrat d'assurance-vie, car il ne se dénoue pas par le décès du souscripteur (88). Par conséquent, la désignation d'un bénéficiaire n'a pas lieu. Le contrat de capitalisation ne bénéficie cependant pas de la fiscalité dérogatoire des contrats d'assurance-vie. Il constitue un actif successoral soumis aux droits de mutation à titre gratuit.

CHAPITRE II Les libéralités au profit d'un mineur

1119 Dans l'optique de protection d'un mineur et afin de lui garantir une sécurité matérielle, il est également possible de le gratifier de libéralités et de lui transmettre un capital et/ou des revenus (89). Les parents ou les grands-parents peuvent ainsi souhaiter consentir des libéralités au profit d'un enfant mineur. Nous envisagerons les règles de représentation du mineur pour accepter une libéralité et certaines modalités particulières de la libéralité elle-même qui peuvent être utiles lorsqu'elle est consentie à un mineur pour le protéger.

Section I L'acceptation d'une libéralité au profit d'un mineur

1120 **– Capacité de recevoir et représentation du mineur. –** Frappé d'une incapacité d'exercice mais non de jouissance, le mineur peut parfaitement être le bénéficiaire d'une libéralité. Les modalités de sa représentation et l'acceptation pour son compte de cette libéralité varient selon sa nature (90).

1121 **– La donation simple sans charge. –** L'acceptation d'une donation sans charge constitue un acte d'administration. En cas d'administration légale exercée conjointement par les deux parents, la donation simple sans charge peut être acceptée par l'un ou l'autre des administrateurs. En cas d'administration légale exercée par un administrateur unique, la donation est acceptée par cet administrateur seul. Précisons que si l'administrateur est également le donateur, l'acceptation devra être réalisée soit par l'autre administrateur si l'administration est conjointe, soit par un administrateur *ad hoc*, soit par un autre ascendant du mineur (C. civ., art. 935). Si le mineur est sous tutelle, le tuteur peut accepter seul une donation simple sans l'autorisation du conseil de famille.

1122 **– La donation avec charges. –** L'acceptation d'une donation avec charges constitue un acte de disposition, mais qui n'est pas soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles. En cas d'administration légale exercée conjointement par les deux parents, la donation avec

(88) O. Chomono, *Protection patrimoniale du mineur : l'assurance-vie*, préc.
(89) Y. Favier, *La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités* : *AJF* 2002, p. 360.
(90) *Mémento Lefebvre Droit de la famille*, 2018-2019, n° 63102.

charge doit être acceptée par les deux administrateurs conjointement. Si l'un des administrateurs est également donateur, l'autorisation du juge est nécessaire pour autoriser l'autre parent non donateur à représenter seul le mineur pour l'acceptation de la donation avec charge (C. civ., art. 383, al. 2).

En cas d'administration légale exercée par un administrateur unique, cet administrateur peut accepter seul une donation avec charges. Si cet administrateur est également le donateur, l'acceptation devra être réalisée soit par un administrateur *ad hoc*, soit par un autre ascendant du mineur (C. civ., art. 935).

Si le mineur est sous tutelle, le tuteur ne peut accepter une donation avec charges qu'avec l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille (C. civ., art. 505, al. 1 ; D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1).

1123 **– La donation-partage. –** La donation-partage est un acte qui réalise à la fois une libéralité entre vifs et un partage anticipé de succession (91). Les règles et formalités d'acceptation d'une donation et d'un partage devraient donc s'appliquer cumulativement. Depuis l'ordonnance du 15 octobre 2015 pour l'administration légale et la loi du 23 mars 2019 pour la tutelle, le partage n'est plus subordonné à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Le partage fait partie des actes qui peuvent être régularisés librement par les administrateurs ou le tuteur.

Ainsi, pour la donation-partage simple ou conjonctive, les solutions qui ont été exposées précédemment pour l'acceptation d'une donation simple, avec ou sans charge, s'appliquent. La pratique des « acceptations croisées » suivant laquelle le père accepte la donation faite par la mère et inversement même lorsque la donation porte sur un bien commun demeure valable.

La gratification d'un mineur aux termes d'une donation-partage transgénérationnelle obéit aux mêmes règles. Si l'administrateur légal est simultanément l'enfant intermédiaire donataire, cela ne constitue pas par principe une opposition d'intérêts nécessitant automatiquement la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

Cependant, la participation d'un mineur à une donation-partage cumulative nécessite la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour le représenter. Dans cette situation, le parent survivant donateur ne peut représenter son enfant donataire.

1124 **– L'incorporation à une donation-partage par le mineur d'une donation antérieure. –** Une donation antérieurement consentie peut être utilement incorporée à une donation-partage (92). Cette incorporation est assimilée à une opération de partage. Réalisée pour le compte d'un mineur, elle est soumise aux mêmes règles de représentation et de pouvoir que la donation-partage.

On peut cependant s'interroger sur la liberté de l'administrateur ou du tuteur du mineur pour réaliser une telle incorporation lorsque celle-ci constitue une aggravation de la situation du mineur. L'incorporation de donations antérieures présente de multiples avantages pour sécuriser une transmission et un partage anticipé et elle est souvent conseillée par les notaires. Il est cependant des cas où l'avantage individuel de l'incorporant ne va pas de soi. Il en est notamment ainsi lorsque la donation initialement hors part successorale devient en avancement de part successorale. Il en est également ainsi parce que la donation initiale perd un rang privilégié dans l'ordre d'imputation des libéralités. Il en est encore ainsi

(91) D. Boulanger, *Les libéralités adressées aux personnes vulnérables* : *Actes prat. strat. patrimoniale* oct.-nov.-déc. 2010, p. 27.

(92) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, 2019, p. 192, n° 10555.

lorsque l'incorporation génère une réaffectation des lots et se traduit par la réattribution du bien à un autre copartageant et l'attribution d'un autre bien au mineur. En synthèse, lorsque l'incorporation constitue, de fait, une révocation ou une novation de la donation antérieure et donc une aggravation de la situation du mineur, le représentant de ce dernier, administrateur ou tuteur, peut-il agir librement ? Compte tenu des enjeux, la réponse nous semble négative et l'autorisation du juge des tutelles devrait être sollicitée. La balance entre les avantages de l'incorporation (sécurité du partage et fixation de la valeur de réunion fictive) et les inconvénients ci-avant mentionnés n'est pas évidente. Ce n'est qu'au décès du donateur que les liquidations définitives pourraient être réalisées pour les comparer.

1125 – Le legs particulier. – Il convient de distinguer le legs avec charge et sans charge.

Le legs particulier sans charge. L'acceptation d'un legs particulier sans charge constitue un acte d'administration. Par conséquent, dans l'administration légale exercée conjointement, il est accepté par un l'un ou l'autre des administrateurs agissant seul, sauf opposition de l'autre. Dans l'administration légale unique, il est accepté par l'administrateur. En cas de tutelle, le tuteur accepte le legs sans autorisation particulière.

Le legs particulier avec charge. L'acceptation d'un legs particulier avec charges constitue un acte de disposition. Dans l'administration légale conjointe, les deux administrateurs acceptent ensemble le legs (93). Dans l'administration légale unique, l'administrateur accepte seul, sans autorisation particulière. En cas de tutelle, le tuteur doit être préalablement autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille.

1126 – Le legs universel ou à titre universel. – Le régime de l'acceptation varie selon sa nature.

L'acceptation pure et simple. Dans l'administration légale, l'acceptation pure et simple d'un legs universel ou à titre universel doit préalablement être autorisée par le juge des tutelles en application de l'article 387-1, 5° du Code civil. La requête adressée au juge doit contenir en annexe un état liquidatif de la succession et l'inventaire. En cas de tutelle, le tuteur peut, depuis la loi du 23 mars 2019, accepter le legs universel ou à titre universel, sans l'autorisation préalable du conseil de famille. Il n'a plus à être autorisé préalablement (C. civ., art. 507-1).

L'acceptation à concurrence de l'actif net. Dans l'administration légale, l'administrateur unique ou l'un seul des administrateurs légaux conjoints peut accepter à concurrence de l'actif net un legs universel ou à titre universel (C. civ., art. 382-1). En cas de tutelle, le tuteur peut réaliser cette acceptation sans autorisation préalable (C. civ., art. 507-1).

Section II Les modalités d'une libéralité consentie à un mineur

1127 – Libéralités avec charges. – Une charge est une obligation imposée au bénéficiaire de la libéralité par le disposant. Elle peut être stipulée dans l'intérêt du disposant, d'un tiers ou du gratifié lui-même. Pour être valable, la charge imposée au bénéficiaire ne doit pas être impossible, illicite ou immorale. Si tel était le cas, la charge pourrait être annulée sans remettre en cause la validité de la libéralité. Dans le cadre des libéralités consenties à des mineurs, il est fréquent de stipuler certaines charges destinées à préserver les biens transmis et garantir une bonne utilisation dans l'intérêt du mineur. Les charges imposées ont pour objet d'empêcher la dilapidation ou la captation des biens appartenant au mineur.

(93) *Modernisation et simplification du droit régissant la minorité : Cah. Cridon Lyon* XXX.

– Clause d'inaliénabilité. – Cette clause a pour effet d'interdire au donataire ou légataire d'aliéner le bien qui lui a été transmis. Cette interdiction est généralement assortie d'une interdiction d'hypothéquer ou de nantir, selon la nature du bien transmis, afin d'empêcher une disposition passive du bien. **1128**

Conditions de validité. La clause d'inaliénabilité est réglementée par l'article 900-1 du Code civil (94). Pour être valable, elle doit d'abord être justifiée par un intérêt légitime et sérieux. La minorité du donataire et la protection de son patrimoine remplissent cette première condition. Il est fort utile de prévoir cette clause pour protéger le donataire contre lui-même ou son entourage et prévenir une dilapidation ou une captation de ses biens. Il est également admis que cette clause soit justifiée pour garantir l'exécution d'autres clauses de la donation comme le droit de retour.

La clause d'inaliénabilité doit par ailleurs être temporaire (95). Cette limitation peut être fixée au décès du donateur ou à l'âge du donataire. Il convient d'adapter cette clause en fonction des droits transmis (pleine propriété ou nue-propriété), du bien donné (immeuble, titres de société, produits financiers). Généralement des donations de contrats de capitalisation au profit d'un mineur contiennent une clause d'inaliénabilité jusqu'aux vingt-cinq ans du donataire. Les donations portant sur un bien immobilier contiennent une clause plus longue, jusqu'au décès du donateur.

La levée de la clause. Tout gratifié peut demander en justice que soient révisées les conditions et charges grevant les libéralités qu'il a reçues lorsque, « par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ». Nous comprenons que la révision judiciaire est subordonnée à des conditions de fond et de procédure qu'il peut être difficile de remplir.

Pourtant, selon l'évolution de la situation personnelle et patrimoniale du donataire et de ses projets, la levée totale ou partielle de l'interdiction d'aliéner le bien donné peut s'avérer intéressante. Il peut être en effet opportun d'arbitrer le patrimoine du mineur pour lui permettre de financer des études ou d'acquérir un bien immobilier. Cette préoccupation est d'ailleurs souvent exprimée par les parents ou grands-parents souhaitant gratifier leurs enfants ou petits-enfants. La clause d'inaliénabilité peut utilement prévoir la possibilité de lever cette interdiction, soit par le donateur lui-même, soit par un tiers désigné à l'acte, soit par le juge. Cette levée peut être totale ou partielle et se limiter aux produits capitalisés du bien.

L'efficacité de la clause. La clause d'inaliénabilité doit figurer dans l'acte qui établit la libéralité. Pour garantir son efficacité, il est nécessaire d'assurer son opposabilité. Lorsque la libéralité porte sur un bien immobilier, une telle clause constituant une restriction au droit de disposer doit être publiée au service de la publicité foncière. Lorsque la libéralité porte sur des parts sociales (titres sociaux non négociables), il convient d'assurer l'opposabilité de la clause à la société en la lui notifiant ou en faisant intervenir le gérant à l'acte de donation à l'effet de prendre acte de cette clause. Lorsque la libéralité porte sur des actions ou autres valeurs mobilières, l'opposabilité doit être assurée par une inscription sur le compte de l'actionnaire par la société émettrice ou l'établissement teneur de comptes. Enfin, si la libéralité porte sur un contrat de capitalisation ou un autre produit financier, il est nécessaire, lors de la notification de la donation à la compagnie d'assurance ou l'établissement financier, de requérir l'inscription de la clause d'interdiction d'aliéner en marge du compte ouvert au nom du donataire.

(94) R. Marty, *De l'indisponibilité conventionnelle des biens* : *LPA* 21-22 nov. 2000.
(95) Cass. 1re civ., 8 janv. 1975 : *JCP* G 1976, II, 18240, note Thuillier ; *Defrénois* 1975, 524, note Ponsard.

1129 – La donation d'un contrat de capitalisation, une alternative intéressante à la donation de somme d'argent (96)**. –** Il est fréquent que des parents ou des grands-parents souhaitent donner une somme d'argent à leurs descendants tout en conservant un droit de regard sur la bonne utilisation des fonds. La donation de somme d'argent ne permet pas de constituer des réserves de droits ou des interdictions d'aliéner. Pour cette raison, la souscription d'un contrat de capitalisation constitue une alternative intéressante. Ce produit financier réglementé par le Code des assurances permet d'investir les sommes sur le fonds euro ou sur des unités de comptes et d'adapter la gestion financière à court ou long terme selon l'âge et les besoins du donataire. Le donateur peut prévoir une clause d'inaliénabilité en vertu de laquelle le contrat ne pourra faire l'objet de rachats sans son accord avant une date anniversaire. L'inaliénabilité peut être modulée en prévoyant une fraction rachetable sans l'accord du donateur, limitée par exemple à la valorisation du contrat à compter de la majorité du donataire.

1130 – Obligation d'emploi. – Pour contrôler la bonne utilisation des fonds dans l'intérêt du donataire, le disposant peut également imposer une obligation d'emploi. Cette clause s'avère très utile pour les donations de sommes d'argent. Le donateur peut par exemple imposer que les fonds qu'il donne seront investis dans l'acquisition d'un bien immobilier, et si le donataire n'a pas de projet immédiat, le donateur peut imposer la souscription d'un contrat de capitalisation ou d'un contrat d'assurance-vie. Pour que la clause d'emploi ne pénalise pas le donataire lors du règlement de la succession du donateur par le mécanisme du rapport, il convient de réaliser cette libéralité aux termes d'une donation-partage ou de stipuler une clause de rapport à la valeur nominale de la somme donnée.

1131

Modèle de clause d'obligation d'emploi et d'inaliénabilité dans une donation de somme d'argent

« Conditions particulières de la donation de somme d'argent

Obligation d'emploi

Le donataire devra souscrire, ce qu'il accepte, un contrat de capitalisation et y placer l'intégralité des sommes données aux termes des présentes.

Inaliénabilité du capital – Gestion des fonds

Le contrat de capitalisation ainsi souscrit au nom du donataire sera inaliénable jusqu'à son vingt-cinquième anniversaire. À compter de cette date, le donataire pourra librement disposer du capital.

Avant cette date, le contrat ne pourra faire l'objet d'aucun rachat total ou partiel ni d'aucune avance. Il ne pourra pas être affecté en nantissement à la garantie d'une obligation du donataire ni d'un tiers.

Les administrateurs légaux ou le tuteur en cas de minorité du donataire ou le donataire lui-même en cas de majorité décideront, en fonction de la situation patrimoniale et personnelle du donataire, de l'allocation du capital en fonds euro ou en unités de comptes. En tout état de cause, la proportion d'unités de comptes ne pourra en aucun cas excéder 20 % du capital investi.

Le contrat de capitalisation demeurera donc indisponible et ses produits seront eux-mêmes capitalisés. Cependant, les administrateurs, le tuteur ou le donataire lui-même à sa majorité seront autorisés à prélever les produits du contrat à condition de les affecter à l'entretien du donataire. À titre exceptionnel, la clause d'inaliénabilité pourra être levée par le donateur lui-même ou en cas de prédécès de ce dernier, par M. X, père du donataire / M^me^ Y, mère du donataire, ou à défaut par décision du juge, et il pourra être disposé du capital soit pour financer les études du donataire, soit pour lui permettre d'acquérir un bien immobilier.

Garantie d'exécution – Désignation d'un contrôleur

À l'effet de garantir sa bonne exécution, la clause d'inaliénabilité et d'interdiction de nantissement sera mentionnée par la compagnie d'assurance sur le bulletin de souscription du contrat.

(96) *Donner un contrat de capitalisation à un mineur* : *Conseils des notaires* janv. 2018, n° 466.

La compagnie ne pourra remettre les fonds au donataire qu'à ses vingt-cinq ans révolus ou sur présentation de la levée de cette interdiction conformément à l'alinéa précédent.
M. ... *[identification du contrôleur de gestion : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* est désigné en qualité de contrôleur. Ce dernier intervient au présent acte et accepte la mission qui lui est confiée.
Il a pour mission de contresigner le bulletin de souscription et de s'assurer de la bonne exécution de la clause d'inaliénabilité et d'interdiction de nantissement.
En cas de non-respect de cette clause par les administrateurs légaux, le tuteur ou le donataire, le contrôleur a tous pouvoirs pour saisir le juge compétent afin de faire exécuter cette clause.
En cas de prédécès de cette personne, de refus ou d'incapacité d'exercer cette fonction de contrôleur, je charge M. ... *[identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse]* de remplir cette fonction.
À ..., le ... »

– Désignation d'un administrateur. – Les libéralités consenties à un mineur peuvent également contenir une clause d'exclusion de l'administration légale et de désignation d'un administrateur. Cette faculté a déjà été étudiée au sous-titre précédent. **1132**

CHAPITRE III La société civile et le mineur

– La société civile, support de stratégies patrimoniales. – L'utilisation de la société civile s'est largement développée ces dernières décennies, car elle constitue le support de nombreuses stratégies de constitution et de transmission de patrimoine. La souplesse de son régime juridique et fiscal autorise des utilisations très variées. Combinée avec les techniques de l'endettement et du démembrement de propriété, la société civile permet d'organiser la constitution et la transmission d'un patrimoine mobilier ou immobilier. Cette société, dont l'usage s'est banalisé, n'est pas réservée à une clientèle particulière et elle est devenue un mode ordinaire de détention des biens immobiliers. **1133**

– Une rigueur comptable et juridique à respecter. – Couteau suisse de la gestion de patrimoine pour certains (97), gadget à la mode pour d'autres, la société civile a ses adeptes et ses détracteurs. Notre propos n'est pas de présenter de manière exhaustive les stratégies patrimoniales de la société civile et d'en discuter les avantages et les inconvénients. La société civile ne manque pas de partisans et ses mérites sont fréquemment exposés. Ses contraintes sont cependant trop souvent éludées et il est patent de noter que la plupart des sociétés civiles de familles ne respectent pas les règles de base de son fonctionnement. La comptabilité est rarement tenue et le formalisme de son fonctionnement juridique n'est pas respecté. Ceci pose de réelles difficultés dans la pratique notariale, notamment lors d'une opération de transmission portant sur des parts sociales. **1134**

Il est nécessaire de rappeler que le respect des règles sociétaires n'est pas une option. Le droit des sociétés, même souple dans une société civile, s'impose aux associés. L'absence de tenue d'une comptabilité et de suivi juridique peut remettre en cause l'existence même de la société qui peut être considérée comme fictive. Les stratégies patrimoniales, aussi sophistiquées et savantes qu'elles puissent être, ne tiennent pas si les associés n'animent pas cette personne morale qu'ils ont créée. Si les règles patrimoniales et juridiques de cette société lui donnant une consistance et une réalité ne sont pas respectées, la société civile devient un *maelström* juridique où tout se perd : comptes courants d'associés, récompenses, créances...

(97) S. Lacroix-De Sousa, *La société civile immobilière et ses associés vulnérables* : *Rev. sociétés* 2017, p. 395.

La société civile constitue, en raison notamment de la confusion de patrimoine qui peut exister entre la société et ses associés, le support idéal pour transférer de manière occulte un patrimoine et réaliser des donations non ostensibles au profit d'un conjoint, d'un enfant, voire d'un tiers.

1135 **– L'intérêt de la société civile pour transmettre un patrimoine au mineur. –** La société civile peut donc être utilisée afin de constituer et transmettre un patrimoine à un mineur (98). L'observation rigoureuse du formalisme comptable et juridique de la société est d'autant plus nécessaire lorsque l'un des associés est mineur. Dans la mesure où l'usage de la société civile est devenu banal, il importe d'analyser les problèmes spécifiques posés par la minorité d'un de ses membres.

En effet, lorsque la qualité d'associé lui est reconnue, le mineur se trouve titulaire des mêmes droits mais également des mêmes obligations que n'importe quel autre associé, notamment l'obligation illimitée à la dette. Le droit des sociétés s'applique prioritairement et la minorité ne crée pas une catégorie particulière d'associé. Pourtant son état de vulnérabilité, qui justifie son régime de protection, impose des règles particulières. Comment un mineur peut-il acquérir la qualité d'associé **(Section I)** ? De quelle manière sa présence impacte-t-elle le fonctionnement de la société **(Section II)** ?

Section I L'acquisition de la qualité d'associé d'un mineur

1136 **– La qualité d'associé d'un mineur. –** La doctrine considère unanimement qu'un mineur non émancipé peut faire partie d'une société civile. En raison de la responsabilité indéfinie de ses associés, cela pouvait ne pas aller de soi. L'acquisition de la qualité d'associé du mineur n'a jamais été contestée lorsque des parts sociales lui échoient par succession. Dans la mesure où ce mode d'acquisition subie et inorganisée n'était pas contesté, il aurait été contradictoire de la lui refuser lorsque la transmission est anticipée et organisée.

Selon chaque mode d'acquisition des titres sociaux, les conditions particulières doivent être observées.

Sous-section I La souscription au capital et la réalisation d'apports

1137 Le mineur peut entrer au capital d'une société civile, aux termes d'un acte de volonté, soit lors de la constitution de la société, soit lors d'une augmentation de capital ouverte aux tiers. Il n'est pas inutile de rappeler que la société est un contrat et qu'elle suppose par conséquent la capacité juridique de contracter. Cette difficulté n'est pas insurmontable, car l'incapacité du mineur non émancipé est une incapacité d'exercice et non de jouissance (99). Le droit des sociétés et le droit de l'administration légale et de la tutelle doivent se combiner et cette articulation varie selon la nature des apports réalisés par le mineur.

1138 **– L'apport en nature d'un bien immobilier ou de droits immobiliers. –** L'article 387-1 du Code civil dispose que l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles, apporter en société un immeuble appartenant au mineur. L'apport d'un immeuble fait l'objet d'un contrôle systématique du juge. Ce contrôle porte sur la valeur

(98) J. Delgado et J. Piédelièvre, *Réflexions sur les sociétés civiles face au mineur* : *JCP* N 14 avr. 1995, nº 15, p. 601.
(99) F. Magnin, *La société civile immobilière et le mineur* : *LPA* 22 nov. 1999, p. 4.

des biens apportés et sur l'équilibre du contrat de société. Le contrat de société peut s'avérer lésionnaire pour le mineur si son apport est sous-évalué ou celui des autres associés surévalué. Ce contrôle du juge est d'autant plus important qu'il n'existe pas de commissaire aux apports dans les sociétés civiles. Si le contrôle du juge porte essentiellement sur la valeur des biens, son appréciation peut être plus large et le juge peut subordonner son autorisation à l'adaptation des statuts à la présence d'un associé mineur. Ces adaptations peuvent porter sur la limitation de la responsabilité du mineur, l'équilibre des pouvoirs entre la gérance et la collectivité des associés, ou sur des conventions de blocage ou d'encadrement de comptes courants afin de préserver l'équilibre financier de la société (100).

Lorsque l'opération a été autorisée par le juge des tutelles, l'acte d'apport doit être régularisé par le ou les représentants du mineur. Les deux administrateurs doivent intervenir à l'acte en cas d'administration conjointe et l'administrateur unique dans l'autre hypothèse d'administration. Le mineur est représenté par son tuteur en cas de tutelle.

Une difficulté particulière apparaît lorsque l'apport immobilier porte sur des droits indivis. Cette situation se rencontre fréquemment lorsque des indivisaires décident d'apporter des biens indivis en société afin d'y organiser la gestion de leur patrimoine. Si chaque indivisaire se voit attribuer des parts divises, l'opération s'analyse en un partage. Les règles particulières d'un partage amiable réalisé en présence d'un mineur s'appliquent alors.

– L'apport en nature de valeurs mobilières et d'instruments financiers. – L'article 387-1 précité inclut dans la liste des opérations soumises à l'autorisation préalable du juge des tutelles la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur. Cette appréciation est subjective (101). Elle doit notamment tenir compte de l'importance des titres apportés dans le patrimoine du mineur et de l'importance de sa participation dans le capital social. En raison de l'obligation illimitée à la dette, l'apport en société civile entre dans la catégorie des actes qui engagent le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir. L'autorisation préalable du juge nous paraît donc toujours nécessaire. **1139**

Lorsque cette autorisation judiciaire est obtenue, l'acte d'apport est régularisé par l'administrateur unique ou les deux administrateurs conjointement dans l'administration légale ou par le tuteur dans la tutelle.

– L'apport en numéraire. – L'apport en numéraire réalisé par un mineur n'est pas spécialement réglementé par un texte. Son régime juridique varie selon sa qualification. Il convient de rechercher si l'acte constitue un acte d'administration ou de disposition par référence au décret précité du 22 décembre 2008. **1140**

Selon la colonne 2 de l'annexe 2 dudit décret, tout apport en société constitue un acte de disposition. Sa réalisation nécessite l'accord des deux administrateurs légaux en cas d'administration légale commune ou l'accord de l'administrateur légal unique dans l'autre cas.

Par dérogation à ce principe, l'acte d'apport pourrait être qualifié d'acte d'administration en raison de ses faibles conséquences soit sur le contenu ou la valeur du patrimoine, soit sur

(100) P.-A. Soreau, *La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine du mineur* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août 2017, n° 3.

(101) A.-F. Zattara-Gros, *Le mineur en société après l'ordonnance du 15 oct. 2015 : danger patrimonial ou sécurité patrimoniale ?* : *Defrénois* 30 sept. 2016, n° 18, p. 938.

les prérogatives du mineur, soit sur le mode de vie du mineur (102). Dans cette hypothèse, un administrateur, en cas d'administration légale commune, pourrait, sauf opposition de l'autre administrateur, réaliser seul cet apport. Pour la sécurité juridique de l'opération, il ne paraît pas prudent de se fonder sur cette exception au contour mal défini. En raison de l'obligation illimitée au passif social, l'apport en société civile pourrait être qualifié en toute hypothèse d'acte de disposition nécessitant l'accord des deux administrateurs.

L'autorisation du juge des tutelles est-elle obligatoire pour réaliser cette opération ? Dans la mesure où elle n'est pas visée à l'article 387-1 du Code civil, l'accord du juge n'est, en principe, pas requis pour la réalisation d'un apport en numéraire à une société civile. Nous émettons cependant les plus grandes réserves à ce sujet et avec une doctrine majoritaire, nous estimons que l'autorisation préalable du juge des tutelles est nécessaire pour réaliser, au nom du mineur, un apport en numéraire lui conférant la qualité d'associé d'une société à responsabilité illimitée (103).

1141 – Le conflit d'intérêts avec un administrateur. – La plupart des sociétés civiles constituées pour mettre en œuvre des stratégies patrimoniales ont un caractère familial. La constitution d'une société civile associant un mineur et son ou ses administrateurs légaux constitue une hypothèse de conflit d'intérêts. Conformément à l'article 383 du Code civil, la désignation par le juge des tutelles d'un administrateur *ad hoc* s'impose alors pour représenter le mineur lors de la constitution de la société et la réalisation des apports. Le ou les parents devront donc saisir le juge à cet effet.

1142 – L'opposition d'un administrateur. – L'article 387 du Code civil dispose qu'« en cas de désaccord entre les administrateurs légaux, le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte ». Cette opposition peut survenir à l'occasion de l'entrée du mineur dans une société civile, notamment dans les familles recomposées et spécialement lorsque la société est constituée dans le but de contourner les règles de l'administration légale.

Sous-section II La transmission de parts sociales par succession

1143 – La transmission des parts au mineur. – Des parts de société civile peuvent également échoir à un mineur par succession ou legs. L'article 1870 du Code civil dispose que : « La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés ».

Lorsque des parts sociales dépendent d'une succession dévolue à un mineur, il convient dans un premier temps de les évaluer. C'est notamment à cette occasion qu'une comptabilité régulière s'avère nécessaire. Comment établir l'inventaire du patrimoine social sans comptabilité ? Il est toujours possible de retrouver des titres de propriété des biens immobiliers, voire des comptes bancaires de la société. Mais *quid* des versements réalisés au fil des années par les associés ou des résultats sociaux qui n'ont pas été appréhendés ? Ceci fonde des créances d'associés qui impactent directement la composition du passif social et la valeur des parts.

Lorsque la succession s'avère *in boni* et que son acceptation est envisagée, il convient dans un second temps de requérir l'agrément des héritiers s'il est prévu par les statuts.

Enfin, le régime de l'acceptation de la succession varie selon sa nature. L'acceptation à concurrence de l'actif net, constituant un acte d'administration, peut être réalisée par l'un

(102) J. Combret et A. Houis, *Focus sur mineur et droit des sociétés* : *JCP* N 14 déc. 2018, nº 50, p. 48.
(103) M. Clermon, *Le mineur et la société civile* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2008, p. 5.

des administrateurs si l'administration est commune, par l'administrateur unique dans l'autre cas et par le tuteur en cas de tutelle. L'acceptation pure et simple devra être autorisée par le juge des tutelles. Il s'agit d'un contrôle indirect de l'entrée du mineur dans la société civile. L'acceptation d'une succession est indivisible et ne permet pas d'accepter certains biens et d'en refuser d'autres. En pratique, le juge ne peut que consentir à l'acceptation de la succession dès lors que l'actif successoral est manifestement supérieur au passif.

– La combinaison des règles de l'obligation au passif successoral et au passif social. **1144**
– Les héritiers devenus associés sont tenus des dettes sociales dans la double proportion de leur part dans le capital social et de leurs droits respectifs dans la succession (104). En cas d'acceptation pure et simple de la succession, les héritiers répondent indéfiniment des dettes sociales, même si elles sont nées avant qu'ils n'héritent des parts. Cependant, conformément aux dispositions de l'article 786 du Code civil, un héritier peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel. En cas d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net, les héritiers ne répondent des dettes sociales existant au jour du décès qu'à concurrence de la valeur des biens recueillis dans la succession.

Sous-section III La donation de parts sociales

Des parts sociales peuvent également être données à un mineur. L'acceptation d'une donation de parts de société civile est considérée comme un acte d'administration, sauf si elle est consentie avec charge. Une charge est une obligation imposée au bénéficiaire de la libéralité par le disposant. L'obligation au passif social résulte de la nature même des parts sociales et du régime juridique de la société civile. Il ne s'agit pas d'une charge imposée par le donateur. La donation de parts sociales constitue donc un acte d'administration. **1145**

S'agissant d'un acte administration, l'acceptation de la donation de parts sociales pourra être réalisée par le tuteur ou un administrateur seul. Si le donateur est également administrateur du mineur, la donation sera acceptée par l'autre administrateur s'ils sont deux ou par un autre ascendant (C. civ., art. 935). À défaut, il conviendra de nommer un administrateur *ad hoc*.

1146

Conclusion : l'acquisition de la qualité d'associé par un mineur doit-elle être systématiquement autorisée par le juge des tutelles ?

L'entrée d'un associé mineur dans une société civile constitue-t-elle un acte nécessitant, en toutes hypothèses, l'autorisation préalable du juge des tutelles ? Selon le mode d'acquisition de parts sociales, cette autorisation n'est pas systématiquement prévue par la loi. Or, en raison de l'obligation illimitée des associés au règlement du passif social, la question est légitime et l'on pourrait considérer que, pour cette seule raison, l'entrée d'un mineur dans une société à responsabilité illimitée constitue un acte de disposition (105). L'article 2 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 définit les actes de disposition comme « les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ». Certains auteurs estiment que si la société civile n'est pas fermée aux mineurs, la protection de leur patrimoine devrait toutefois conduire à subordonner leur

(104) Cass. 1re civ., 1er juill. 2003, n° 01-00.563 : *RJDA* 11/2003, n° 1086.
(105) J. Delgado et J. Piédelièvre, *Réflexions sur les sociétés civiles face au mineur* : *JCP* N 14 avr. 1995, n° 15, p. 601.

entrée au sein du groupement à une autorisation du juge des tutelles (106). Or nous avons vu que selon le mode d'acquisition des parts sociales, la loi impose ou pas le contrôle préalable du juge. Le droit positif n'impose donc pas de requérir systématiquement cette autorisation judiciaire et cela est dommageable. Il en résulte des applications différentes des règles de droit selon les praticiens et selon les juridictions. La prudence doit cependant être rappelée. En fonction de la stratégie patrimoniale envisagée par les parents et leur conseil et des risques encourus par le mineur, l'autorisation du juge pourrait être utilement demandée avant de le faire entrer dans la société. Certains auteurs (107) et certains Cridon estiment d'ailleurs que l'autorisation préalable du juge des tutelles doit être systématiquement demandée avant de faire entrer un mineur dans une société civile.

Section II Le régime juridique de la société civile avec un associé mineur

1147 Le régime juridique de la société civile est défini aux articles 1845 et suivants du Code civil. Sa réglementation demeure assez sommaire et laisse une grande part à la liberté statutaire pour organiser son fonctionnement. Aucune disposition ne prévoit d'adaptation spécifique à la présence d'un associé mineur. Pourtant deux questions se posent : l'articulation du droit des incapacités et du droit des sociétés et le régime de l'obligation illimitée au passif social.

Sous-section I L'écran de la personnalité morale

1148 La société civile constitue une personne morale distincte de ses associés, titulaire d'un patrimoine qui lui est propre et organisée par des règles de fonctionnement qui lui sont également propres. La présence d'un associé mineur pose la question de l'articulation du droit des sociétés et du droit de l'administration légale et la tutelle.

§ I La représentation de l'associé mineur

1149 **– L'exercice des droits d'associé par l'administrateur ou le tuteur. –** La qualité d'associé d'une société civile donne vocation à exercer les droits attachés aux parts : droits politiques (information, droit de demander une expertise de gestion, participation aux assemblées générales et droit de vote), droits financiers (droit au dividende) et droits patrimoniaux (droit de céder ses parts). L'ensemble de ces droits sont exercés pour le compte du mineur, soit par l'administrateur soit par le tuteur, selon les règles applicables à chaque régime de protection. Deux questions méritent d'être approfondies.

1150 **– Le droit de vote exercé pour le compte de l'associé mineur. –** Avant la réforme mise en œuvre par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, l'exercice du droit de vote en assemblée générale était qualifié d'acte d'administration. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 a modulé cette qualification en fonction de la décision à prendre par l'assemblée générale. Ce décret précise dans son annexe 2, colonne 2, que certaines décisions prises en assemblée

(106) E. Naudin, *La protection de l'associé mineur d'une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société* : *Dr. famille* mai 2006, n° 5, étude 26, n° 4.

(107) M. Laroche, *Le mineur en société civile* : *Defrénois* janv. 2010, n° 3949. – M. Clermon, *Le mineur et la société civile*, préc.

constituent des actes de disposition : reprise des apports, modification des statuts, prorogation et dissolution du groupement, fusion, scission, apport partiel d'actifs, agrément d'un associé, augmentation et réduction du capital, changement d'objet social, emprunt et constitution de sûreté, vente d'un élément d'actif immobilisé, aggravation des engagements des associés. Depuis cette modification, les modalités d'exercice du droit de vote varient selon la nature de la décision soumise à la délibération et au vote de l'assemblée générale. Dorénavant, pour déterminer qui a la qualité pour exercer le droit de vote pour le compte de l'associé mineur, il convient de qualifier préalablement la décision.

Si elle ne relève pas de la liste ci-dessus, elle constitue un acte d'administration et le droit de vote peut être exercé par le tuteur seul ou un administrateur légal seul même si l'administration légale est exercée par les deux parents.

Cependant, si la décision relève de la liste ci-dessus, elle constitue un acte de disposition. Si le mineur est placé sous le régime de la tutelle, son tuteur doit préalablement obtenir l'autorisation du conseil de famille. Si le mineur est sous le régime de l'administration légale, il convient de distinguer deux catégories d'actes de disposition. Si la décision soumise au vote de l'assemblée générale relève de la liste des actes visés à l'article 387-1 du Code civil, le ou les administrateurs doivent préalablement obtenir l'autorisation du juge des tutelles. Il s'agit notamment de la vente d'un immeuble ou de l'apport en société d'un immeuble, de l'emprunt ou de la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers. La liste de l'article 387-1 n'est pas reprise dans sa totalité et il convient de s'y reporter. Nous signalons les cas qui peuvent se produire le plus fréquemment dans les sociétés civiles. Si la décision soumise au vote de l'assemblée générale ne relève pas de la liste des actes visés à l'article 387-1 du Code civil, l'exercice de ce vote constitue un acte de disposition dit « libre » (108) que les administrateurs peuvent réaliser sans l'autorisation préalable du juge des tutelles. Si l'administration légale est exercée par un administrateur unique, il pourra agir seul, et si elle est exercée par les deux administrateurs, ces derniers devront agir conjointement.

L'autorisation préalable du juge des tutelles est-elle obligatoire pour autoriser la vente ou l'emprunt par la SCI lorsque l'un des associés est mineur ?

Comme nous venons de le voir, le décret du 22 décembre 2008 impose la saisine préalable du juge des tutelles pour autoriser le tuteur ou l'administrateur légal à voter lors d'une assemblée générale réunie à l'effet de statuer sur la vente d'un actif de la société ou l'emprunt au nom de la société. Ces règles de procédure qui imposent un contrôle au fond dans l'intérêt du mineur alourdissent le fonctionnement de la société civile. Selon les juridictions, la décision du juge des tutelles peut intervenir plusieurs mois après la requête des administrateurs. Ces délais sont souvent incompatibles avec la vie des affaires et les contraintes du marché. La souplesse de fonctionnement qui est souvent mise en valeur dans la société civile est totalement ruinée par cette disposition. La prise de décision collective en assemblée générale se trouve soumise à l'intervention du juge des tutelles. La société civile perd ici l'un de ses plus beaux atours.

Est-il possible de contourner cet obstacle en attribuant au gérant tous les pouvoirs y compris celui de disposer des biens de la société ou de souscrire tout type d'engagement, notamment des emprunts ? La souplesse du régime juridique de la société civile permet effectivement d'attribuer à la gérance les pouvoirs les plus étendus. Cette attribution à la gérance, au sein des statuts, de tous les pouvoirs y compris tous les actes de disposition, est licite. Nous verrons au paragraphe suivant que la jurisprudence fait prévaloir le droit des sociétés. La minorité ne crée pas une catégorie spéciale d'associé. Le droit des sociétés et les statuts sociaux s'appliquent à tous les

(108) V. *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I, Chapitre II, Section I, § 2.

associés de façon identique, quand bien même ils seraient mineurs. Cette clause d'attribution de pouvoir à la gérance est donc opposable au mineur et à son administrateur.

L'articulation de ces deux règles révèle cependant un paradoxe. Le décret précité impose la saisine du juge pour autoriser l'administrateur à voter en assemblée générale, mais les statuts pourraient librement écarter cette saisine en attribuant tous les pouvoirs à la gérance. Il est en effet paradoxal que la liberté contractuelle exprimée dans des statuts puisse dispenser, aussi simplement et sans aucune autre garantie, de respecter des dispositions d'ordre public destinées à protéger les personnes vulnérables. La responsabilité est le corollaire nécessaire et indispensable de la liberté. Les parents administrateurs et leurs conseils doivent être prudents avant d'engager des enfants mineurs dans des sociétés qui ne leur offrent pas des garanties et des protections suffisantes. Nous recommandons une certaine tempérance et un esprit de responsabilité dans l'utilisation de telles clauses statutaires en présence d'associé mineur.

1151 – Le conflit d'intérêts. – Nous avons déjà évoqué l'hypothèse d'un conflit d'intérêts entre le mineur et son administrateur lors de la souscription au capital d'une société civile familiale. Les hypothèses de conflit d'intérêts pendant la vie de la société sont également multiples. Pour assurer l'équilibre des pouvoirs dans le fonctionnement de la société civile, la loi prévoit que la collectivité des associés contrôle la gérance. Ce contrôle s'exerce de plusieurs manières. Chaque année le gérant doit rendre compte de sa gestion par la production de documents comptables et d'un rapport de gestion, l'ensemble étant soumis au vote de la collectivité. Par ailleurs, les associés peuvent être amenés à autoriser la gérance à réaliser des actes particuliers qui excèdent ses pouvoirs. Enfin, les associés ont la possibilité de consulter les archives de la société, de poser des questions écrites à la gérance, voire de requérir une expertise de gestion.

Dans les sociétés civiles de famille dans lesquelles l'administrateur de l'associé mineur pourrait être désigné gérant, les hypothèses de conflit d'intérêts sont nombreuses. En cas de mauvaise gestion des affaires sociales par la gérance, les droits de l'associé mineur permettant de contrôler cet organe de direction sont alors illusoires. De la même manière, au sein de la collectivité des associés réunissant les parents et les enfants, il peut arriver que leurs intérêts d'associé soient opposés. Dans ce cas l'administrateur légal, qui peut être associé majoritaire, se trouve en conflit d'intérêts avec son enfant mineur, associé minoritaire. Un administrateur *ad hoc* devrait donc être désigné, ce qui complique sensiblement le fonctionnement de la société.

§ II La gouvernance de la société civile

1152 – La liberté d'organiser la gouvernance de la société civile. – La liberté d'organiser la gouvernance de la société est l'une de ses qualités essentielles largement recherchée par les praticiens. Les statuts répartissent librement les pouvoirs et les compétences de la gérance et de la collectivité des associés. Ainsi la combinaison des clauses relatives à l'objet social et aux pouvoirs du gérant permet d'attribuer à ce dernier de larges pouvoirs : acquérir, vendre, emprunter, constituer des garanties. Les pouvoirs du gérant peuvent s'étendre bien au-delà de la simple administration courante et lui permettre d'engager le patrimoine social et indirectement le patrimoine personnel des associés.

Cette utilisation de la société civile permet d'une certaine façon de constituer, de fait, une fiducie en démembrant la propriété d'une manière originale : distinction de la propriété en tant qu'élément de richesse et en tant que droit exercé sur un bien. Le gérant se trouve investi des pouvoirs les plus larges sur le patrimoine social, qu'il administre pour le compte des associés.

– La collision avec l'administration légale et la tutelle. – L'article 387-1 du Code civil dispose que l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles, réaliser un certain nombre d'actes de disposition (notamment disposer d'un immeuble, emprunter, constituer une sûreté pour garantir la dette d'un tiers). Les conséquences de ces actes peuvent être extrêmement graves pour le mineur et le législateur a donc estimé qu'ils ne pouvaient être réalisés sans contrôle judiciaire préalable. **1153**

Sur ce point, la collision entre la liberté du droit de la société civile et l'ordre public de la protection des mineurs est frontale. Selon les statuts, la collectivité des associés, voire le gérant seul, peut vendre ou acquérir des biens immobiliers, emprunter et constituer des garanties réelles ou personnelles engageant le patrimoine social et les associés personnellement.

– La primauté du droit des sociétés sur le droit des incapacités. – La question de l'articulation de ces deux *corpus* juridiques ou de la primauté de l'un se pose. Au nom de la protection du mineur, le juge des tutelles doit-il s'inviter dans le fonctionnement de la société et passer outre l'écran de la personnalité morale ? Au contraire, est-ce que l'être moral annihile cette protection au nom de l'autonomie de ses règles de fonctionnement ? Une doctrine a estimé que si « l'objet de la société civile est (...) d'acquérir un immeuble, il ne serait pas absurde de soutenir que par voie d'analogie, il conviendrait de recueillir l'accord du juge des tutelles, obligation qui s'imposerait d'autant plus lorsqu'il y a lieu de contracter un emprunt pour cette acquisition » (109). En effet, le mineur étant tenu indéfiniment des dettes de la société et donc de l'emprunt contracté, une telle autorisation semblerait requise. Cette analyse, qui se fonde davantage sur l'esprit des textes que sur leur lettre, n'a pas été suivie par la Cour de cassation. **1154**

Par une décision du 14 juin 2000, la cour a tranché. L'accord du juge des tutelles n'est pas nécessaire pour la souscription d'un emprunt par une société civile même si un mineur est associé majoritaire (110). Il s'agit d'une stricte application des textes. En droit, l'emprunteur est la société civile et non le mineur. Il en résulte que l'article 387-1 précité ne s'applique pas et que la société civile peut emprunter librement, sans autorisation judiciaire. Imposer l'autorisation préalable du juge reviendrait à nier la personnalité morale. Si la solution posée par la Cour de cassation est conforme à la lettre de la loi, elle n'est cependant pas à l'abri de critique, car l'écran de la personnalité morale est faiblement opaque en matière de société civile, spécialement en raison de l'obligation illimitée au passif social.

– Équilibre et responsabilité. – La jurisprudence a indiqué que les règles de fonctionnement de la société civile prévalent sur les règles de l'administration légale et de la tutelle. Elle n'a pas validé les opérations faisant prendre des risques inconsidérés à un mineur, source de dommage pour lui. Il convient, à notre sens, de conserver une certaine mesure dans l'utilisation des sociétés civiles avec des mineurs pour deux raisons. Les montages destinés à empêcher l'application d'une protection légale au profit d'une personne vulnérable peuvent être constitutifs d'une fraude. Par ailleurs, la responsabilité illimitée de l'associé mineur pose réellement une difficulté dans le fonctionnement de la société civile. Si un associé mineur subissait un préjudice par l'utilisation mal maîtrisée de cette société, des responsabilités devront être établies. L'administrateur et le tuteur devront rendre des comptes. Il en sera de même de leurs conseils dont la responsabilité pourra être recherchée pour défaut de conseil. **1155**

(109) J. Massip, *Defrénois* 2000, art. 37261, ss Cass. 1re civ., 14 juin 2000.

(110) Cass. 1re civ., 14 juin 2000 : *Bull. civ.* 2000, I, no 187 ; *Defrénois* 2000, art. 37261, note J. Massip ; *Defrénois* 2001, p. 528, note J. Honorat ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1090, note D. Randoux ; *RJ com.* 2001, p. 90, note D. Gibirila.

Sous-section II L'obligation illimitée au passif social

1156 – Le régime de l'obligation illimitée aux dettes sociales. – L'article 1857 du Code civil dispose qu'« à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ». Les associés d'une société civile sont responsables du passif social au-delà de leurs apports et de façon illimitée sur leurs biens personnels. Cette obligation n'est cependant pas solidaire et les associés peuvent opposer aux créanciers les bénéfices de discussion et de division.

D'une part, l'obligation à la dette des associés est subsidiaire. Un créancier social ne peut agir personnellement contre les associés que s'il a « préalablement et vainement poursuivi la personne morale » (C. civ., art. 1858). Cela suppose au minimum une mise en demeure de la société et une tentative d'exécution, notamment une saisie, demeurée infructueuse. La jurisprudence est globalement protectrice des intérêts des associés : un commandement de payer ne suffit pas (111), l'inscription d'une hypothèque (112) ou un procès-verbal de recherches infructueuses non plus (113). Une sauvegarde ou un plan de redressement ne rend pas non plus nécessairement vaine la poursuite. Cependant, « dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser (114) ».

D'autre part, cette obligation à la dette est conjointe, proportionnelle à la part de chaque associé dans le capital social à la date de l'exigibilité de la dette sociale ou au jour de la cessation des paiements. Ainsi un créancier qui doit recouvrer une dette sociale à l'encontre des associés personnellement doit les poursuivre tous individuellement. Les créanciers sociaux ont donc intérêt à doubler la garantie légale d'un cautionnement contractuel.

1157 – Le fondement de l'obligation aux dettes sociales. – L'engagement indéfini des associés d'une société civile demeure attaché à la qualité d'associé. Cet engagement imposé par la loi aux associés est, bien que proche par ses effets d'un cautionnement, d'une nature distincte. Elle résulte de la nature particulière des sociétés de personnes. Cependant, l'étude de la jurisprudence démontre une évolution du fondement et de la nature de cette obligation au passif social. La jurisprudence a admis qu'un associé puisse former tierce opposition au jugement qui avait fixé une créance dans une instance engagée contre une société civile avant l'ouverture de sa liquidation judiciaire mais alors que cette société était précisément représentée par un liquidateur judiciaire (115). Elle a même reconnu la faculté de former tierce opposition à l'associé d'une société civile *in bonis* (116). Selon une doctrine (117), cette jurisprudence accrédite l'idée que c'est la qualité de garant qui fonde la possibilité de mettre en œuvre cette voie de recours, qui devrait lui être refusée si l'on ne prenait en compte que sa qualité d'associé.

(111) Cass. 3e civ., 23 avr. 1992 : *Rev. sociétés* 1992, p. 763, note B. Saintourens.
(112) Cass. com., 20 nov. 2001 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 35, obs. T. Bonneau.
(113) Cass. 3e civ., 26 oct. 2017, no 16-24.134 : *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, p. 73, note E. Casimir.
(114) Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, no 05-10.413 : *RJDA* 2007, p. 766, note A. Besançon ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1174, note F. Pérochon ; *Rev. sociétés* 2007, p. 620, note J.-F. Barbièri ; *JCP* E 2007, 2119, note P. Pétel.
(115) Cass. com., 26 mai 2010, no 09-14.231 : *JCP* E 2010, 1861, note R. Perrot.
(116) Cass. 3e civ., 6 oct. 2010, no 08-20.959 : *Bull. civ.* 2010, III, no 180 ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 120, note F.-X. Lucas.
(117) P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 7e éd. 2018, no 1426, p. 942.

Si cette analyse était validée, on devrait considérer que l'obligation au passif social n'est pas simplement un effet légal de la qualité d'associé. L'acquisition de la qualité d'associé, quel que soit le mode, emporte la souscription d'un engagement de garantie des dettes de la société considérée comme un tiers. Pour un mineur, cela signifierait que l'autorisation préalable du juge des tutelles soit obligatoire en toutes hypothèses d'acquisition de la qualité d'associé.

1158 **– Un risque aggravé pour le mineur. –** Les hypothèses de mise en œuvre de l'obligation au passif des associés en société civile sont multiples. La doctrine envisage habituellement la dette bancaire contractée pour financer un investissement immobilier, mais il en existe bien d'autres. Une société civile immobilière est amenée à construire, louer et vendre des biens immobiliers. Ces activités peuvent être génératrices d'obligations à l'égard d'un locataire (obligation de réaliser des travaux, de verser une indemnité d'éviction), à l'égard d'un acquéreur (obligation de livraison, obligation de garantie et d'éviction, voire une garantie décennale lorsque la société a la qualité de maître d'ouvrage). Ces activités immobilières génèrent par ailleurs quelques impôts et taxes et donc une responsabilité fiscale. Enfin, il peut arriver que le schéma d'organisation patrimoniale du chef d'entreprise ne se déroule pas tout à fait comme prévu. Il est courant de séparer le fonds de commerce, exploité dans une société commerciale, et les locaux professionnels détenus par une société civile immobilière et loués à la société commerciale. La procédure de liquidation judiciaire qui frappe la société commerciale peut être étendue à la société civile, notamment dans l'hypothèse d'une confusion de patrimoine. Ce risque n'est pas théorique et la jurisprudence récente l'a encore démontré (118).

Les activités d'une société civile, souvent présentée comme simplement patrimoniale, peuvent en réalité être source d'obligations à la charge de la société et indirectement de ses associés. L'entrée d'un associé mineur dans une société civile lui fait donc courir un risque aggravé de responsabilité de nature à entraîner sa ruine avant de prendre en main sa vie d'adulte.

1159 **– La limitation jurisprudentielle de la responsabilité du mineur. –** Pour limiter les effets ravageurs de la responsabilité illimitée d'un associé à l'égard d'un mineur, la jurisprudence a posé quelques tempéraments.

Elle a d'abord sanctionné la fraude. La création d'une société civile ne saurait en effet être motivée par une volonté de contourner les règles de protection des mineurs, en particulier lorsqu'un emprunt est contracté. Le procédé révèle la fraude sanctionnée par la nullité de la société (119). Dans ce cas, la responsabilité du prêteur pourra être engagée s'il a participé au montage frauduleux et l'associé mineur pourrait ne pas répondre de la dette ainsi contractée par la société (120).

La jurisprudence a également limité la portée de l'emprunt bancaire contracté par une société civile à l'égard des associés mineurs (121). La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité d'une banque ayant consenti un prêt à une société civile immobilière constituée avec des enfants mineurs sans s'être assurée que ces derniers, encourant un risque élevé de se retrouver personnellement débiteurs, avaient bénéficié de la protection qui leur était due en raison de leur état de minorité. C'est donc sur le terrain du devoir de conseil du banquier qu'est assurée la protection du débiteur.

(118) CA Paris, pôle 5, 8 nov. 2018, n° 17/15587 : *JurisData* n° 2018-019523.
(119) Cass. com., 10 janv. 1970 : *RTD com.* 1970, p. 736, obs. R. Houin.
(120) E. Naudin, *La protection de l'associé mineur d'une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société* : *Dr. famille* mai 2006, n° 5, étude 26, n° 6.
(121) Cass. 3e civ., 28 sept. 2005 : *Banque et droit* janv.-févr. 2006, p. 46, obs. M. Storck.

Cette obligation impose au banquier de vérifier la situation de l'emprunteur, notamment par la consultation des statuts et de l'extrait K*bis* de la société. Il convient de préciser que la responsabilité du banquier n'est engagée qu'en raison des risques d'endettement pesant sur le mineur. Par conséquent, l'appréciation de la faute du banquier dépendra notamment du montant emprunté et de la proportion du capital détenu par le mineur.

1160 – Les aménagements statutaires de la responsabilité de l'associé mineur. – La responsabilité indéfinie aux dettes sociales est attachée légalement à la qualité d'associé, mais les statuts peuvent aménager ses modalités.

Les statuts sociaux peuvent d'abord aménager le régime de l'obligation à la dette, c'est-à-dire les rapports des associés vis-à-vis des créanciers, en limitant ou supprimant la responsabilité d'un associé mineur. Les statuts peuvent contenir une clause stipulant que le gérant ne pourra conclure un acte qu'après avoir obtenu la renonciation du créancier à poursuivre un associé mineur. Cette limitation des pouvoirs du gérant est inopposable aux tiers et sa violation entraînera uniquement la mise en jeu de la responsabilité du gérant.

Les statuts sociaux peuvent également aménager le régime de la contribution à la dette, c'est-à-dire dans les rapports entre associés, en modulant le principe de la répartition des pertes proportionnellement à la participation au capital. La seule limite demeure la prohibition des pactes léonins. Une répartition des pertes non proportionnelle aux apports, voire une responsabilité limitée aux apports au bénéfice d'un associé mineur est donc envisageable. Cette clause a cependant une portée limitée aux relations entre associés et demeure inopposable aux créanciers qui pourront toujours poursuivre un associé mineur.

1161 – La renonciation des créanciers à poursuivre un associé mineur. – Ces clauses statutaires destinées à limiter, voire supprimer la responsabilité de l'associé mineur sont totalement inefficaces car inopposables aux créanciers. On pourrait conclure qu'elles ont tout de même le mérite d'exister. On peut également supposer qu'elles induisent les administrateurs de l'associé mineur en erreur en leur faisant croire que le problème est résolu et leur enfant protégé. Il n'en est rien. La seule protection efficace du mineur consiste en la renonciation des créanciers à le poursuivre individuellement. Cette renonciation résulte de la négociation et dépend des conditions particulières de chaque affaire. Elle reste donc rare en pratique et elle ne peut concerner que les dettes contractuelles et prévisibles.

1162 – Une évolution de la loi ? – La question de la responsabilité illimitée du mineur associé d'une société civile inquiète la doctrine et les praticiens depuis longtemps. Le 80e Congrès des notaires de France avait en son temps dénoncé les lacunes du droit des incapacités devant les dangers pesant sur l'associé d'une société civile (122). Trente-cinq ans plus tard, la question demeure entière. Avec un brin d'audace, un auteur a proposé de solutionner cette épineuse question par un remède drastique : déclarer l'associé mineur irresponsable des dettes sociales sur son patrimoine personnel (123). Cette proposition est intéressante et devrait être approfondie afin de faire évoluer la loi dans le sens de la protection de l'associé mineur.

(122) 80e Congrès des notaires de France, Versailles, 27-30 mai 1984, *Le notariat et les personnes protégées*, p. 260, nos 159 et s.

(123) E. Naudin, *La protection de l'associé mineur d'une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société* : *Dr. famille* mai 2006, no 5, étude 26, no 12.

TITRE II

L'anticipation de la vulnérabilité des majeurs

– Plan. – L'allongement de l'espérance de vie rend quasiment inéluctable un risque accru de dépendance possible, plausible si ce n'est même probable. Il est conseillé à une personne, dont les facultés physiques et intellectuelles ne sont pas altérées, d'anticiper les risques liés à une perte d'autonomie. Cette anticipation peut prendre une double direction, selon qu'elle vise la gestion des biens et de la personne concernée (**Sous-titre I**) ou la transmission de son patrimoine (**Sous-titre II**). **1163**

SOUS-TITRE I

L'anticipation dans la gestion

– La promotion raisonnée de l'autonomie de la volonté. – Sous l'influence des textes européens et des exemples tirés du droit comparé, la législation française moderne se caractérise par une avancée considérable dans la liberté accordée aux individus pour anticiper et gérer l'incapacité qui pourrait les frapper, laquelle était autrefois marquée du seul sceau de l'autorité publique. Les mesures volontaires d'anticipation recueillent ainsi toutes les faveurs de la loi. Sur le terrain des principes, elles s'inscrivent dans le souci de respecter les droits des personnes et d'assurer la meilleure expression possible de leur volonté, dont elles en constituent les émanations concrètes. En pratique, elles présentent une double vertu : celle de la sécurité, d'une part, car elles permettent à l'avance à la personne concernée de déterminer des modalités de protection pour un temps où elle ne pourra plus pourvoir seule à ses intérêts, et celle de la liberté, d'autre part, car elles offrent à chacun la possibilité d'organiser une protection sur-mesure, générale ou parcellaire, délestée de l'emprise du juge. Elles présentent tous les avantages d'une protection voulue plutôt que subie. **1164**

Désireux de favoriser l'autonomie de la volonté, les pouvoirs publics n'ont cependant pas versé dans l'angélisme qui consisterait à encenser le « tout contractuel ». L'espace du consentement est en effet un espace de tensions multiples entre la volonté de la personne vulnérable et les dispositifs familiaux et/ou institutionnels ayant responsabilité et autorité sur sa protection, de droit ou de fait, et qui l'ont en charge. S'il semble évident que la volonté de la personne – même très vulnérable – doit primer, celle-ci ne peut être considérée comme un absolu, dans la mesure où elle s'inscrit dans un contexte familial, social, économique et institutionnel qui ne saurait être négligé.

– L'anticipation dans la gestion de l'être et de l'avoir. – Les mesures d'anticipation dans la gestion ont pour vocation de pourvoir à la protection de la personne et/ou de ses biens. Elle peut être globale ou avoir un champ d'expression plus limité. Avec la gestion de l'être, on touche à la sphère intime extrapatrimoniale, c'est-à-dire au plus profond de l'individu, là où le système de représentation ne peut être qu'imparfait. L'anticipation **1165**

requiert une grande précaution dans l'approche de la personne, dont le consentement, sinon l'avis, doit être recherché chaque fois qu'il est possible. Par nature, le notaire se montrera prudent, si ce n'est réservé, sur ces questions qui ne relèvent pas toujours de son champ de compétence habituel. Tout le contraire en somme de la gestion de l'avoir, qui soulève des questions relatives au patrimoine, bien connues de la profession. Cela étant, si la gestion de l'être et celle de l'avoir doivent être différenciées, il est un fait que la frontière entre l'une et l'autre n'est pas toujours aussi étanche que cela. C'est ainsi que certaines mesures d'anticipation ont une visée globale permettant à la personne concernée de se faire représenter, tant pour la gestion de ses biens que pour la protection de sa personne. Dans cette optique, la mesure phare est sans nul doute la possibilité offerte à une personne, dotée de sa capacité d'agir, d'établir un mandat de protection future (**Chapitre I**), mais il ne s'agit pas là du seul outil d'anticipation aujourd'hui offert aux individus prévoyants, lesquels peuvent opter pour des mesures moins ambitieuses, mais plus simples à mettre en œuvre (**Chapitre II**).

CHAPITRE I Le choix d'un mandat de protection future

1166 **– Introduction. –** Le mandat de protection future est un contrat qui « organise de manière anticipée la représentation par un ou plusieurs mandataires d'une personne pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts personnels ou patrimoniaux du fait d'une altération de ses facultés » (124). Il est régi par les articles 477 à 494 du Code civil.

Réclamé depuis longtemps par la profession notariale (125), vanté par les instances européennes (126) et pratiqué par de nombreux pays étrangers bien avant la France (Angleterre, Autriche, Italie, Pays de Galles, Québec, Suisse), le mandat de protection future fut « l'innovation la plus spectaculaire de la loi du 5 mars 2007 » (127). Jusqu'alors, le monde des personnes vulnérables, tous acteurs confondus, se plaignait d'un manque d'autonomie à la fois dans la désignation du représentant de la personne protégée et dans la détermination de ses pouvoirs. « La souffrance, le mal-être, le regard des autres, la pudeur, la solitude éloignent souvent des instances publiques et des prétoires. Un mode volontaire de protection est un refuge, à l'abri des indiscrétions. » L'introduction du mandat de protection future dans notre législation a ainsi ouvert de nombreux horizons, auxquels le notariat a été étroitement associé.

Et pourtant, une dizaine d'années plus tard, on constate que ce mécanisme novateur, clé de voûte des mesures d'anticipation, ne rencontre pas en France le succès escompté, non seulement – et pour rester à la surface des choses – parce que le mandat de protection future a, auprès du grand public, une mauvaise image, notamment en ce qu'il requiert de projeter sa propre fin de vie, ce qui est « douloureux humainement » (128), mais aussi, il ne faut pas s'en cacher, parce que la pratique notariale en fait une application prudente, mesurée et

(124) J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité. Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, n° 1, dossier 3, spéc. n° 16.

(125) V. not. 94e Congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, *Le contrat, Liberté contractuelle et sécurité juridique*. – 102e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006, *Les personnes vulnérables*.

(126) Le législateur français s'est inspiré de la recommandation n° R. 99 du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 23 février 1999 et de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000 sur la protection internationale des adultes qui prévoit, dans son article 15, le mandat d'inaptitude. La loi n° 2008-737 du 28 juill. 2008 a autorisé la ratification de cette convention.

(127) H. Fulchiron, *Chronique de droit des personnes protégées* : *Dr. et patrimoine* 2009, n° 166, p. 123.

(128) M.-A. Blanc, présidente de l'Unaf, discours prononcé le 19 nov. 2015 à l'occasion d'une journée nationale dédiée au mandat de protection future organisée par l'Unaf en partenariat avec le Conseil supérieur du notariat, cité par C. Bernard-Xemard, *JCl. Ingénierie du patrimoine*, Fasc. 31, V° *Mandat de protection future*, 2016, n° 49.

parcimonieuse. Et puis, ce qui n'arrange rien, il ne fait à ce jour l'objet d'aucune publicité. Si le nombre de mandats de protection future est en constante et régulière hausse, il reste extrêmement faible en proportion du nombre de personnes susceptibles d'être concernées (129).

ÉVOLUTION DU NOMBRE DE MANDATS DE PROTECTION FUTURE									
Année	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Nombre de mandats de protection future	140	284	394	536	680	747	909	1083	1164
Dont acte notarié	114	226	333	465	595	655	822	992	1054
Dont sous seing privé	26	58	61	71	85	92	87	91	110

Les mandats de protection future correspondent à 0,8 % des 730 000 mesures de protection juridique en cours. Bien plus, 83 % des mandants, majoritairement des femmes, ont plus de quatre-vingts ans, ce qui expose naturellement ces mandats aux suspicions de l'entourage du mandant et donc au risque d'une procédure diligentée à leur encontre visant à sa mise à l'écart.

En dépit de ces statistiques décevantes, pour ne pas dire inquiétantes, le mandat de protection future reste un outil très utile et apprécié, puisqu'à l'inverse des mesures judiciaires de protection, il permet au mandant de conserver indirectement le contrôle sur la gestion de son patrimoine et, le cas échéant, sur les actes relatifs à sa personne, par le biais du choix, basé sur la confiance, d'une personne, son mandataire, destinée à le représenter et donc à se substituer à lui pour un temps où il ne pourra plus pourvoir seul à ses intérêts. En ce sens, le mandat est rassurant car il permet d'organiser sa propre vulnérabilité en présence du notaire et sous son contrôle. En sus, il est une alternative juridiquement plus sûre à la procuration générale consentie à un proche par la personne vulnérable (130).

1167 **– Trois phases successives. –** Nous allons suivre un plan chronologique des phases de vie du mandat de protection future, depuis son élaboration (**Section I**), jusqu'à sa fin (**Section III**), en passant par sa mise en œuvre (**Section II**).

Section I La formation du mandat de protection future

1168 **– Plan. –** Nous allons successivement envisager les conditions de formation (**Sous-section I**), l'objet (**Sous-section II**) et la publicité du mandat de protection future (**Sous-section III**).

Sous-section I Les conditions

1169 **– Deux types de conditions. –** Le législateur soumet la formation du mandat de protection future à deux séries de conditions : des conditions de fond (**§ I**) et des conditions de forme (**§ II**).

(129) V. Statistiques du ministère de la Justice, reprises *in* Rapp. AN n° 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 38.
(130) V. *infra*, n° 1248.

§ I Les conditions de fond

1170 – Dualité des conditions de fond. – Les textes posent des conditions tenant, d'une part, au mandant (**A**) et, d'autre part, au mandataire (**B**).

A/ Les conditions relatives au mandant

1171 – Capacité du mandant. – Le mandat de protection future étant un contrat, il ne peut être souscrit que par une personne dotée de la capacité juridique. Partant, et par principe, toute personne majeure dispose de la faculté de souscrire un tel mandat (C. civ., art. 414 et 1123). Qu'en est-il, en revanche, lorsque la personne majeure est placée sous un régime de protection ? Tout dépend alors de l'intensité de cette dernière.

Le placement sous sauvegarde de justice n'empêche pas le recours à un tel mandat, la capacité du majeur étant alors maintenue.

De la même manière, l'accès au mandat de protection future est ouvert au majeur sous curatelle, lequel ne peut toutefois conclure ce contrat qu'en étant assisté de son curateur (C. civ., art. 477, al. 2) (131). En cas de refus de celui-ci, le curatélaire peut solliciter l'autorisation du juge (C. civ., art. 469, al. 3 et CPC, art. 1213) (132). De prime abord, et en dépit du silence des textes, la solution a vocation à s'appliquer à l'habilitation familiale aux fins d'assistance, dont les règles sont calquées, par principe, sur la curatelle (C. civ., art. 494-1, al. 1er) (133).

En revanche, la personne majeure qui fait l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale aux fins de représentation ne peut recourir au mandat de protection future (C. civ., art. 477, al. 1er). S'agissant de l'habilitation familiale, et en dépit de cette pétition de principe, il convient en réalité de distinguer selon que l'habilitation en cause est générale, auquel cas la personne protégée ne peut effectivement conclure un tel mandat (C. civ., art. 494-8, al. 2) ou spéciale, dans la mesure où dans cette hypothèse la personne protégée conserve la faculté de conclure un mandat de protection future, lequel pourra être mis en œuvre après l'accomplissement du ou des actes pour lesquels l'habilitation a été délivrée ou pour l'accomplissement d'autres actes que ceux couverts par l'habilitation spéciale (C. civ., art. 494-8, al. 1er).

1172 – Mandat tardif. – La loi laisse la faculté à la personne sauvegardée et à la personne en curatelle de signer un mandat de protection future. Il en va de même *a fortiori* lorsqu'une procédure en vue de l'ouverture d'une telle mesure est encore pendante devant le juge des tutelles.

En droit, ces préconisations semblent parfaitement justifiées. Le mandat peut intervenir tant que la personne a « la capacité mentale de faire un acte juridique » (134). Or, ni la mise en place d'une mesure de protection judiciaire sans représentation, ni *a fortiori* le seul dépôt d'une requête à cette fin ne remettent en cause la capacité de l'intéressé. La règle consacre à la fois le respect de la volonté de la personne protégée et le principe de subsidiarité des

(131) Nous avons peine à suivre les textes lorsqu'ils prévoient, ce qui paraît inconciliable, que la curatelle en amont ne fait pas obstacle au mandat de protection future, alors que la mise en place d'une curatelle en aval entraîne la cessation de plein droit d'un tel mandat. En ce sens, V. not. I. Maria, *Majeurs protégés. Le mandat de protection future conclu par une personne vulnérable : une douce illusion ?* : *Dr. famille* 2013, comm. 55.

(132) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 411.41.

(133) V. *infra*, no 1521.

(134) J. Hauser, obs. ss Cass., avis, 20 juin 2011, no 11-00.004 : *RTD civ.* 2011, 512.

mesures de protection judiciaire par rapport au mandat de protection future (C. civ., art. 428, al. 1er). Et puis, le juge des tutelles, agissant ainsi comme une soupape de sécurité, est susceptible d'intervenir dans de telles circonstances, lorsque le mandat de protection future ne permet pas de garantir la préservation de la personne du mandant et de son patrimoine (C. civ., art. 483, 4o).

La jurisprudence relative à l'articulation d'une mesure de protection judiciaire avec la conclusion d'un mandat de protection future

La Cour de cassation a rendu deux décisions concernant des mandats tardifs.

Dans la première espèce, la Cour de cassation a approuvé des juges du fond d'avoir écarté, au profit d'une curatelle, un mandat de protection future signé pendant la procédure devant le juge des tutelles par une personne sous sauvegarde de justice, au motif que celle-ci se trouvait sous l'emprise de son fils, désigné en qualité de mandataire de protection future, qui l'isolait du reste de sa famille contre sa volonté, et dont la gestion était entachée d'opacité (135).

Dans la seconde espèce, elle a pareillement approuvé la révocation d'un mandat conclu par un jeune autiste sous sauvegarde de justice désignant son père en qualité de mandataire de protection future, au profit d'une curatelle renforcée confiée à ce dernier (136).

Dans ces deux espèces, faisant manifestement fi du principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire par rapport au mandat de protection future (C. civ., art. 428, al. 1er), les hauts magistrats ont admis (trop) facilement la mise à l'écart du second au profit des premières. Il est toutefois difficile de tirer de véritables enseignements de ces décisions dans la mesure où la question épineuse de l'application ou non du principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire par rapport au mandat de protection future ne lui était pas clairement posée. C'est dire que l'on attend donc toujours avec impatience que la Cour de cassation ait une occasion de devoir se prononcer explicitement sur les conditions de l'application éventuelle ou non d'un mandat de protection future tardif, conclu et ayant pris effet au cours de l'instance aux fins d'ouverture d'une mesure de protection juridique.

La justification en droit de la règle n'empêche pas de s'interroger en fait sur l'opportunité de mettre en place un mandat de protection future dans ces circonstances. En effet, la tardiveté du mandat semble alors de nature à jeter la suspicion sur les circonstances ayant présidé à sa conclusion et, par suite sur son aptitude à pourvoir suffisamment aux intérêts du mandant. Bien plus, si, placé sous curatelle, le mandant bénéficie de l'assistance de son curateur pour signer le mandat, il en va différemment de celui qui, sous simple sauvegarde en justice, est livré à lui-même avec le risque évident d'un mandat extorqué par des mandataires sans scrupules. À dire vrai, le mandat de protection future est une mesure d'anticipation qui semble mal s'accommoder, de prime abord, avec l'instruction ou la préexistence avérée d'une mesure judiciaire de protection. Les doutes sur le discernement du mandant sont, dans un cas, légitimes et, dans l'autre, démontrés. Or, « pour qu'il y ait autonomie de la volonté encore faut-il qu'il y ait volonté saine et libre » (137).

D'une manière générale, le risque de remise en cause du mandat est évident quand on constate une proximité de sa signature et de sa mise à exécution. C'est le cas *a fortiori* en

(135) V. Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, no 09-16.519 : *Bull. civ.* 2011, I, no 11 ; *D.* 2011, 1204, note Noguéro ; *JCP* G 2011, 691, note Peterka ; *AJF* 2011, 110, obs. Verheyde ; *Defrénois* 2011, 690, note Massip ; *Dr. famille* 2011, no 42, note Maria ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2011/80, no 4176, obs. Gallois ; *RTD civ.* 2011, 323, obs. Hauser.

(136) Cass. 1re civ., 29 mai 2013, no 12-19.851 : *D.* 2013, 1815, note D. Noguéro ; *ibid.* 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; *AJF* 2013, 510, obs. T. Verheyde ; *Dr. famille* 2013, no 155, note Maria ; *JCP* G 2013, 908, note Peterka ; *RTD civ.* 2011, 323, obs. Hauser.

(137) J. Hauser, obs. ss Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, no 09-16.519 : *RTD civ.* 2011, 323.

présence d'un mandat purement « défensif » (138), conclu pendant la phase d'instruction d'une requête en vue de la mise en place d'une protection judiciaire ou lorsqu'une telle mesure est déjà en place, vraisemblablement sur la suggestion de son bénéficiaire, et pour faire échec à ladite mesure. Aussi la signature d'un mandat tardif suppose-t-elle pour le notaire rédacteur de respecter un **principe de précaution accru**, afin de s'assurer que le mandant, en dépit du contexte, bénéficiait d'un discernement suffisant pour comprendre le sens et la portée de son acte. Le notaire prendra soin de conserver la preuve de ces diligences, sous peine de voir sa responsabilité engagée. En cas de doute avéré sur le discernement du mandant, il doit bien évidemment refuser d'instrumenter.

1173 **– Annulation du mandat. –** Une altération des facultés mentales du mandant au moment de la conclusion du mandat de protection future n'entraîne pas nécessairement son annulation puisque le texte permet à une personne sauvegardée ou sous curatelle, par hypothèse atteinte d'une telle altération, de conclure un tel mandat. En définitive, l'annulation ne peut être prononcée que s'il est établi que le mandant, en raison de l'importance de l'altération de ses facultés, n'était pas en mesure de s'engager valablement au moment de la conclusion. Aucune disposition ne donnant compétence au juge des tutelles pour statuer sur une telle demande d'annulation, celle-ci relève de la compétence de droit commun du tribunal de grande instance (139). Contrairement à une idée reçue, le juge des tutelles n'est donc pas le juge de la validité du mandat de protection future. Il peut simplement bloquer sa mise en œuvre s'il est démontré que l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant (C. civ., art. 483, 4°) (140).

B/ Les conditions relatives au mandataire

1174 **– Liberté de choix. –** Le mandant procède librement à la désignation de la personne de son choix, sous réserve de certaines restrictions.

Ainsi le mandataire peut être une **personne morale**, laquelle doit cependant être choisie sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles (C. civ., art. 480, al. 1er).

Le mandataire peut également être une **personne physique**, ce qui est du reste généralement le cas dans les faits. Les textes imposent seulement, en pareille occurrence, que la personne choisie jouisse de la capacité civile pendant toute la durée du mandat (C. civ., art. 480, al. 2) et qu'il remplisse, pendant la même durée, les conditions requises pour l'exercice des charges tutélaires (C. civ., art. 395 et 445, al. 2 et 3).

Concrètement, ces conditions excluent la possibilité pour le mandant de désigner comme mandataire de protection future :

- un majeur placé sous un régime de protection juridique ;
- un mineur non émancipé ;
- une personne à qui aurait été retirée l'autorité parentale ou à qui l'exercice des charges tutélaires aurait été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal (C. civ., art. 480, al. 2, qui renvoie à C. civ., art. 395) ;
- les membres des professions médicales ou pharmaceutiques ainsi que les auxiliaires médicaux, lesquels ne peuvent être classiquement désignés mandataires de leurs patients (C. civ., art. 480, al. 2, qui renvoie à C. civ., art. 445) ;
- enfin, le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie (C. civ., art. 445, al. 3).

(138) T. Verheyde, obs. ss Cass. 1re civ., 29 mai 2013, n° 12-19.851 : *AJF* 2013, 510.
(139) V. CA Douai, 31 mars 2016, n° 15/02397 : *Dr. famille* 2016, comm. 164, obs. I. Maria.
(140) V. *infra*, n° 1240.

Outre ces restrictions égales, il va sans dire, au surplus, que le **rédacteur de l'acte**, qu'il s'agisse du notaire ou d'un avocat, ne saurait être concomitamment partie à l'acte et donc être investi de la qualité de mandataire, et ce d'autant plus, pour le notaire, que la loi lui confie au surplus la charge de contrôler *a posteriori* les actes de ce dernier (C. civ., art. 491).

– Pluralité de choix. – L'article 477 du Code civil autorise la nomination de plusieurs mandataires. **1175**

D'une part, la pluralité de mandataires peut être **successive**. Le mandant peut ainsi décider de procéder à la désignation d'un mandataire principal, normalement chargé d'exercer la fonction, et d'un ou plusieurs mandataires subsidiaires, chargés de suppléer le premier si celui-ci ne pouvait exercer sa mission pour un motif quelconque (décès, incapacité, révocation, renonciation, *etc.*). Il est vivement conseillé au mandant de prévoir une telle désignation en cascade, car il se pourrait qu'au moment du décès du mandataire désigné, ou de son incapacité, il ne soit plus en état lui-même de pourvoir à son remplacement. Or, dans ce cas, et parce qu'il ne lui appartient pas de pallier la volonté du mandant, le juge ne viendra pas au secours du mandat. Il ne restera plus qu'à abandonner le mandat pour en revenir aux solutions légales, ce qui serait regrettable (141).

Conseil pratique

La double désignation d'un mandataire prioritaire et d'un mandataire subsidiaire constitue une précaution rédactionnelle élémentaire, car elle présente l'intérêt de sécuriser au maximum le contrat conclu par le mandant et de faire en sorte qu'il trouve exécution malgré les aléas qui pourraient survenir (142).

D'autre part, la pluralité de mandataires peut être **simultanée**, ce qui appelle davantage de réserves. Le mandant peut ainsi confier la mission à plusieurs mandataires qui exerceront leur mission avec des pouvoirs alternatifs ou concurrents, en fonction des actes à accomplir. Le procédé peut être particulièrement utile lorsque des compétences spécifiques sont requises pour la gestion d'un bien déterminé ou en présence d'un patrimoine complexe. Une autre option consiste à désigner un mandataire attaché à la personne, tandis qu'un autre lui sera préféré pour la gestion du patrimoine. Le mandant peut aussi opter pour la désignation distributive d'un mandataire chargé de la gestion du patrimoine professionnel et d'un autre appelé à gérer le patrimoine personnel.

À vrai dire, toutes les formules sont envisageables. Le risque est toutefois évident en présence d'un collège de mandataires de voir naître des conflits entre eux, *a fortiori* lorsqu'ils se sont vu confier des pouvoirs concurrents sur les biens. C'est pourquoi, à notre sens, mieux vaut éviter la désignation simultanée de plusieurs mandataires. Si, toutefois, le mandant privilégie cette formule, il s'agit de l'encadrer strictement. Bien évidemment, et *a minima*, le mandant doit être attentif aux affinités de chacun et à leurs domaines d'intervention respectifs. Au-delà, le mandat doit contenir de clauses destinées à prévenir d'éventuelles situations de blocage, par exemple en donnant une prévalence à l'un des mandataires en cas de tiraillements. À défaut, et ce serait fâcheux, il appartiendra au juge des tutelles d'intervenir (C. civ., art. 484), qui n'aura d'autre choix vraisemblablement que d'ouvrir une mesure de protection judiciaire.

(141) En ce sens, V. P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.
(142) En ce sens, V. not. G. Calvet et H. Fabre, *Protection de la personne vulnérable : le recours aux mandats pour soi et pour autrui* : *JCP* N 27 avr. 2012, n° 17, 1194.

1176 – Opportunité du choix. – Bien que les textes ne l'exigent pas expressément, le choix du mandataire doit être guidé par l'aptitude particulière dont il dispose pour gérer efficacement le patrimoine du mandant. « Cette aptitude pourra être appréciée au regard de différents critères parmi lesquels la complicité qu'il entretient avec le mandant, sa qualification particulière, sa proximité géographique avec les biens objet du mandat, le fait qu'il ait été associé par le mandant à la gestion de ces biens » (143). Bien évidemment, les qualités requises pouvant être puisées chez divers intervenants, et en dépit des inconvénients de la formule, le choix d'une pluralité de mandataires peut parfois s'imposer au mandant.

En pratique, bien que la solution ne soit nullement imposée par les textes, et pour des raisons évidentes, c'est très souvent un proche, issu de l'environnement familial qui est choisi (144). On songe ici principalement aux enfants, même si l'on sait que la désignation de l'un d'entre eux peut créer des tensions et des suspicions au sein de la fratrie. Une répartition des rôles entre les uns et les autres, en fonction de leurs compétences respectives, tout en ayant conscience des risques de conflits qui en résultent, peut alors constituer une solution idoine.

La question du choix du mandataire présente une réelle particularité si le mandant est **marié**. Qui choisir en pareille occurrence ? De prime abord, de nombreux avantages postulent pour que le mandat de protection future soit confié au conjoint, lequel est naturellement « la personne la plus proche, la plus disponible, la plus attentive et la plus au fait, dans l'intimité du foyer, de la connaissance du mandant, de son patrimoine, de sa personne » (145). Au-delà, ne pas choisir le conjoint est risqué, car les pouvoirs du mandataire de protection future viendront alors en concurrence avec ceux que le conjoint tire des règles issues du régime primaire et des régimes matrimoniaux (146) et pourront susciter autant de discordes entre les protagonistes. C'est dire que le principe de réalisme milite en faveur de la désignation du conjoint en qualité de mandataire. Les inconvénients liés à un tel choix ne doivent cependant pas être occultés. Que l'on songe principalement aux conflits d'intérêts qui peuvent surgir, d'une part, entre le mandant et son conjoint en cas de séparation et, d'autre part, entre le conjoint et les enfants du mandant, notamment, mais pas seulement, si ces derniers sont issus d'une autre union. Face à un tel risque, la désignation complémentaire d'un mandataire *ad hoc* peut s'avérer judicieuse. En tout état de cause, et sauf à prévoir un mandataire de substitution, le choix du conjoint est évidemment à proscrire si ce dernier a approximativement le même âge que le mandant, car le risque est alors évident que le mandataire ne voie sa santé physique et intellectuelle décliner concomitamment à celle du mandant et ne soit donc pas en mesure d'accomplir sa mission.

Dans l'hypothèse où le mandant privilégie un tiers au conjoint, et pour éviter les tensions éventuelles inhérentes à une mise à l'écart totale de ce dernier, il peut être opportun de combiner les dispositions concurrentes, en associant par exemple le conjoint dans les décisions à prendre, ou du moins certaines d'entre elles. Au rebours, dans l'hypothèse où le conjoint a été choisi comme mandataire, il est loisible de prévoir des clauses, certes contraignantes pour le conjoint, mais destinées à sécuriser et protéger les enfants, par exemple en subordonnant à leur accord tous actes de disposition à définir.

(143) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.
(144) Comp. D. Fenouillet, *Le mandat de protection future ou la double illusion* : *Defrénois* 2009, p. 142, qui estime, et regrette, que la liberté octroyée au mandant dans le choix du mandataire a pour effet d'écarter le principe de priorité familiale qui encadre les mesures judiciaires.
(145) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.
(146) V. *infra*, n° 1473.

Bien évidemment, l'intérêt de toutes ces précautions rédactionnelles doit être apprécié à l'aune du contexte familial. Si ce dernier est déjà particulièrement tendu, le choix d'une personne totalement étrangère à ce contexte, tel un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, doit être privilégié.

La situation est globalement identique si le mandant entend choisir son **partenaire** ou son **concubin** en qualité de mandataire de protection future.

Une armée mexicaine... parfois indispensable !

Tout doit être prévu, c'est là toute la difficulté, afin que le mandat fonctionne harmonieusement, sans risques potentiels de conflits. Dans cette optique, et dans l'idéal, le mandat ne peut pas se contenter, dans la plupart des cas, de prévoir la seule désignation d'un mandataire, à qui l'on donnerait carte blanche.

Ainsi, outre la pluralité de mandataires, qui présente certains inconvénients, et avec des réserves globalement similaires, il peut être utilement envisagé la désignation d'un ou plusieurs **tiers de confiance**. Cette faculté n'est pas prévue par la loi, mais elle résulte des réflexions des praticiens qui y voient plusieurs intérêts, notamment celui d'associer, par ce biais, d'autres personnes de la famille ou d'autres proches – par exemple, les enfants – aux décisions concernant la personne protégée, pour qu'ils ne se sentent pas exclus par le mandataire (147).

Au-delà, parce qu'il s'agit de trouver dans le cadre du mandat de protection future des solutions qui permettent d'évacuer, autant que possible, le recours au juge, le mandant peut désigner un **subrogé mandataire**, qu'il s'agisse d'un autre enfant en présence d'une fratrie ou d'une tierce personne en l'absence d'enfants. Ce subrogé mandataire peut être investi, à l'instar de tout tiers de confiance, d'un pouvoir de surveillance du mandataire de protection future mais, à nos yeux, son rôle de contrepoids à l'action de ce dernier est davantage marqué. Dans la rédaction du contrat, le mandant peut évidemment s'inspirer de l'article 454 du Code civil qui prévoit le rôle alloué classiquement au subrogé curateur et au subrogé tuteur. Il peut aussi aller plus loin et prévoir que les actes de disposition soient soumis au consentement du subrogé mandataire, quitte même, on peut le suggérer, à se passer dans certains cas de l'autorisation du juge, pourtant requise par les textes (148).

Enfin, il peut être judicieux de désigner un **mandataire *ad hoc*** pour couvrir l'hypothèse de la survenance d'un conflit d'intérêts au cours de l'exécution entre le mandataire et le mandant, et ce d'autant plus que les textes n'offrent aujourd'hui au juge, dans le silence du mandat, qu'une faculté étroite de procéder à une telle désignation (C. civ., art. 485, 2°) (149).

§ II Les conditions de forme

1177 **– Dérogation au droit commun. –** Contrairement au droit commun du mandat, qui n'exige aucune forme particulière pour la conclusion d'un tel contrat, le mandat de protection future est soumis par la loi à un formalisme minutieux. Il s'agit, par ce biais, d'attirer l'attention du mandant sur la gravité de ce qu'il entreprend. Cependant, si elle n'est pas libre, la conclusion du mandat peut toutefois prendre deux formes, dont le choix est laissé aux parties : l'acte notarié ou la signature privée (C. civ., art. 489).

(147) Sur lesquels, V. G. Calvet et H. Fabre, *Protection de la personne vulnérable : le recours aux mandats pour soi et pour autrui* : *JCP* N 27 avr. 2012, n° 17, 1194, n°s 28 et s. À défaut, il peut être judicieux d'imposer, à tout le moins, une obligation élémentaire d'information du mandataire auprès des proches ou de la famille sur l'évolution de l'état de santé ou de la consistance du patrimoine du mandant, ce qui peut permettre, si ce n'est d'éviter, tout au moins d'atténuer, les tensions, les soupçons et les ressentiments, à l'égard du mandataire choisi.

(148) Ainsi, pour la vente du logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, V. *infra*, n° 1211.

(149) Sur laquelle, V. *infra*, n° 1242.

1178 – Mandat notarié. – Les parties peuvent opter pour la forme authentique. Le mandat est alors reçu par le notaire choisi par le mandant et accepté par le mandataire dans les mêmes formes (C. civ., art. 489, al. 1er).

Une sous-section complète du code est consacrée au mandat notarié (C. civ., art. 489 à 491).

Les textes prévoient ainsi que le mandant a la faculté de modifier ou de révoquer le mandat donné, tant que celui-ci n'a pas pris effet. La **modification** du mandat doit respecter la règle du parallélisme des formes. Ainsi, par exemple, une modification des pouvoirs du mandataire nécessitera un nouvel acte notarié. En revanche, la **révocation** du mandat par le mandant ne nécessite pas un acte notarié, une simple lettre recommandée avec demande d'avis de réception au notaire et au mandataire suffit (C. civ., art. 489, al. 2). Quant au changement de mandataire, il nécessitera une notification de la révocation au premier mandataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et l'établissement d'un nouvel acte notarié qui devra être accepté par le nouveau mandataire.

De son côté, et là encore tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandataire peut également y renoncer. Il doit alors simplement notifier sa renonciation au mandat et au notaire (C. civ., art. 489, al. 2).

Un mandat n'est jamais écrit une bonne fois pour toutes !

Une fois signé, et tant qu'il n'a pas été mis à exécution, le mandat de protection future n'est jamais figé dans le marbre ; il est susceptible d'être réécrit, complété et amendé. Aussi, durant cette période de latence du mandat, le notaire rédacteur doit-il être, dans la mesure du possible, en relation régulière avec son client, pour assurer un suivi personnalisé. De son côté, le mandant ne doit pas hésiter à venir le consulter pour vérifier l'adaptation constante du contrat à sa situation personnelle, familiale, patrimoniale, financière et géographique. Cette souplesse de révision du mandat tant qu'il n'est pas activé est caractéristique du mandat, qui est le produit d'une volonté, laquelle peut changer ou devoir s'adapter aux circonstances (150). Ainsi le choix du mandataire ou encore les pouvoirs qui lui ont été conférés peuvent, au fil du temps, ne plus correspondre aux besoins et aux intérêts du mandant. Au rebours, c'est parfois le mandataire, eu égard à l'évolution de sa propre situation, notamment de son état de santé, qui peut désirer rompre un contrat dont il ne se sent plus d'assumer la charge. Cette liberté de mouvement des parties est d'autant plus indispensable ici qu'un laps de temps très long peut s'écouler entre la conclusion du mandat et sa prise d'effet.

1179 – Mandat sous seing privé. – Les parties peuvent également conclure leur mandat sous seing privé. En pareille occurrence, le mandat peut être soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État (modèle Cerfa 13592-02) (151).

Quelle que soit la forme choisie, le mandat est alors « daté et signé de la main du mandant » (C. civ., art. 492, al. 1er). En revanche, il n'a pas à être écrit de la main du mandant si bien qu'il peut être dactylographié.

Le mandataire accepte le mandat en y apposant sa signature (C. civ., art. 492, al. 2).

Tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant (C. civ., art. 492, al. 3).

(150) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.
(151) D. nº 2007-1702, 30 nov. 2007, mod. par D. nº 2009-1628, 23 déc. 2009, art. 18.

– Prévalence du mandat notarié. – Le grand principe qui domine l'écriture du mandat est celui de la liberté de rédaction. C'est la volonté du mandant qui fait le mandat. Mais, s'agissant d'un contrat aussi complexe, cette volonté doit être entourée et guidée. Utiliser un modèle type, tel que ceux publiés par la Chancellerie, ne permet en aucune manière de remplir l'objectif poursuivi. En présence d'un acte dont le contenu s'avère aussi étendu que celui du mandat de protection future, qui peut aller de la gestion de l'ensemble du patrimoine à la protection de la personne, il paraît « utopique » (152) de penser qu'un cadre tout prêt, aussi précis et détaillé soit-il, peut apporter les informations nécessaires à un consentement de qualité. En réalité, le mandat de protection future est « l'exemple parfait du contrat cousu main » (153), c'est-à-dire élaboré très attentivement et particulièrement individualisé, pour coller au plus près à la volonté du mandant et à la configuration de son patrimoine. Le recours à un professionnel, qui fournit une information précise et adaptée aux besoins de son client, apparaît dès lors indispensable. Cette intervention remplit ici un rôle de protection, en constituant la meilleure garantie possible d'un consentement libre et éclairé. **1180**

Reste à choisir entre l'acte authentique et l'acte contresigné de l'avocat, dans la mesure où le choix entre les deux formes de mandat n'est pas neutre. À l'analyse, on constate que le mandat notarié présente *a minima* deux avantages par rapport au mandat sous seing privé (154). D'une part, et contrairement au mandat notarié, le mandat sous seing privé n'acquiert date certaine que dans les conditions prévues à l'article 1328 du Code civil (C. civ., art. 492-1), ce qui implique concrètement qu'il doive être enregistré à la recette des impôts à cette fin (155). D'autre part et surtout, le mandat sous seing privé confère au mandataire des pouvoirs bien inférieurs à ceux résultant du mandat notarié (156), ce qui limite *de facto* la portée du mandat de protection future et peut donc aboutir à nuire à son efficacité, au détriment des intérêts du mandant. C'est là le signe tangible de la faveur du législateur pour la forme notariée, qui se traduit du reste dans les faits, la plupart des mandats étant rédigés par acte authentique (157).

Sous-section II L'objet

– Mesure de représentation. – La loi ne définit pas le mandat de protection future. On peut considérer qu'il s'agit d'un « mandat de représentation d'une personne physique, lorsque celle-ci, hors d'état de manifester sa volonté, ne peut plus pourvoir seule à ses intérêts, dans les actes de la vie civile, personnelle et patrimoniale » (158). **1181**

(152) V. Depadt, *Quelques réflexions sur le mandat de protection future* : *Études en l'honneur du Professeur J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 115.
(153) J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité. Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, n° 1, dossier 3, spéc. n° 37.
(154) Sur les garanties apportées par la forme authentique, V° *La sécurité juridique : un défi authentique*, 111e Congrès des notaires de France, 2015, 1re commission, n° 1342 et s.
(155) Peu importe à cet égard qu'il ait été ou non contresigné par un avocat.
(156) V. *infra*, n° 1213.
(157) V. Statistiques du ministère de la Justice, reprises *in* Rapp. AN n° 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 38 : pour l'année 2017, sur 1 164 mandats de protection future, 1 054 ont pris la forme d'un acte notarié, soit 90,55 %.
(158) P. Potentier, *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, V° *Mandat de protection future*, 2017, n° 1.

Élargir l'objet du mandat à l'assistance pour couvrir la zone grise ?

Une piste de réflexion sérieuse concernant le mandat de protection future conduirait, sous l'influence du rapport Caron-Déglise, à « prévoir la possibilité d'une assistance dans le mandat de protection future, à l'image de l'assistance proposée dans l'habilitation familiale » (159).

Aujourd'hui, on peut constater et regretter que la « zone grise » de vulnérabilité ne soit pas couverte par le mandat de protection future qui, après sa signature, n'est destiné à prendre effet, sans phase de transition, qu'une fois le mandant hors d'état de manifester sa volonté. La période qui s'écoule entre la lucidité et l'inaptitude fait l'objet aujourd'hui d'une organisation parcellaire, au mieux par la signature d'un mandat ordinaire général ou, à défaut, par le recours à des procurations ponctuelles. Pendant ce temps, le mandat de protection future signé est en sommeil, au point où, si le majeur éprouve le besoin d'être conseillé et contrôlé dans les actes de la vie civile, il devra alors être placé sous le régime de la curatelle. L'idée serait donc de permettre une protection graduée progressive et adaptée dans le cadre du seul mandat de protection future, en conférant un double visage à ce dernier : un mandat-assistance, dont les règles de la curatelle constitueraient le modèle, et un mandat-représentation, qui constitue aujourd'hui le droit positif, dont les règles sont influencées par celles de la tutelle. Ce mandat-assistance permettrait de couvrir des situations où le mandant commence à constater que ses facultés déclinent sans pour autant être dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, ou encore celles où le mandant, doté de ses pleines facultés intellectuelles, éprouve la nécessité, au regard de handicaps physiques lourds, d'être assisté. On songe notamment, mais pas seulement, au plurihandicap, caractérisé par l'association d'atteintes motrices et/ou sensorielles de même degré (sourds-aveugles, infirmes moteurs cérébraux sourds, *etc.*) qui rend particulièrement délicate l'expression de la volonté.

Dans cette optique, sans s'attarder sur la faculté de prévoir une application cumulative de ces deux types de mesures, source de difficultés inextricables à nos yeux, nous pourrions songer à une graduation chronologique, qui serait fonction de l'évolution de la perte d'autonomie du mandant. Le déclenchement à double détente du mandat se ferait sur la foi d'un certificat médical témoignant, dans un premier temps, du besoin d'assistance du mandant puis, dans un second temps, de la nécessité de sa représentation. Cette procédure de déclenchement, en deux temps serait confiée au notaire, qui rédigerait un acte valant prise d'effet du mandat-assistance de protection future puis, plus tard, lorsque les facultés du mandant sont davantage altérées, un acte valant prise d'effet du mandat-représentation de protection future. Bien évidemment, la mise en œuvre d'une mesure de publicité adaptée et efficace, témoignant de l'activation du mandat-assistance puis de son glissement vers le mandat-représentation, serait indispensable.

Serait-il envisageable, à l'instar de certains modèles étrangers, de prévoir une prise d'effet immédiate du mandat ? Parce que le mandat de protection future présente l'originalité d'être une œuvre d'anticipation établie à une époque sereine, en prévision de temps qui le seront moins, nous serions enclins à privilégier une prise d'effet différée. Il nous semble toutefois difficile d'exclure la faculté d'une signature tardive du mandat par un majeur dont les facultés physiques et cognitives commencent à être altérées au point d'éprouver le besoin d'être assisté sans délai. En effet, cette faculté serait en tout point conforme à la possibilité actuellement allouée au majeur en curatelle de pouvoir conclure un mandat de protection future avec l'assistance de son curateur.

L'élargissement du mandat de protection future à l'assistance est séduisant, mais le rapport Caron-Déglise, qui a insinué l'idée, ne détaille pas les implications liées à l'introduction de cette technique, à l'instar du législateur qui n'a pas tout réglementé pour l'assistance en habilitation familiale. S'agissant d'une mesure de protection conventionnelle, l'obstacle n'est pas insurmontable : il trouvera sa solution dans le contrat, lequel devra prévoir dans quels cas et pour quels actes le mandataire sera amené à assister le mandant. Plus compliqué, et sur le terrain de la théorie juridique, l'élargissement de l'objet du mandat de protection future supposera « de faire évoluer la conception française du mandat » (160), celui-ci étant traditionnellement considéré comme un acte de représentation uniquement.

(159) A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, n° 39, act. 771, spéc. p. 45.

(160) *Ibid*.

– La coexistence de pouvoirs concurrents. – Bien qu'étant une mesure de représentation, il est très généralement admis que le mandat de protection future, de manière assez troublante, ne fait pas perdre sa capacité juridique au mandant (**§ I**). En revanche, parce qu'il s'agit précisément d'une mesure de représentation, ce mandat peut susciter, une fois déclenché, des situations de conflits avec d'autres mesures de protection (**§ II**). **1182**

§1 L'objet et la capacité du mandant

– Une mesure qui n'est pas incapacitante. – Le mandat de protection future, une fois mis en œuvre, fait-il perdre au mandant sa capacité juridique ? Si la question a soulevé – et soulève encore – de nombreux débats doctrinaux, on peut cependant affirmer, sans guère de risque de se tromper, qu'en prévoyant la sanction des actes que le mandant est susceptible de passer une fois le mandat activé, l'article 488 du Code civil a ainsi formellement exprimé le maintien de sa capacité juridique. **1183**

À vrai dire, la solution procède de la volonté claire du législateur (161), guidée par les engagements internationaux pris par la France (162), lesquels se caractérisent par le refus d'assimiler la vulnérabilité et la perte de capacité. Elle peut s'appuyer, au surplus, sur de solides arguments juridiques. On peut notamment rappeler, à son soutien, d'une part, qu'il paraît difficile d'admettre qu'une protection conventionnellement organisée puisse, à elle seule, créer une véritable incapacité (163) et, d'autre part, que la loi a délibérément choisi d'utiliser, s'agissant d'une mesure d'anticipation extrajudiciaire de la vulnérabilité, la technique d'un mandat conventionnel, destiné à assurer la représentation du mandant, dont on sait, en vertu du droit commun, qu'il « laisse au représenté l'exercice de ses droits » (C. civ., art. 1159, al. 2).

Évacuant la thèse d'une capacité limitée au seul domaine où le mandat n'a pas donné au mandataire un pouvoir de représentation – la sphère d'intervention accordée au mandataire par le mandat (164) –, le législateur, si l'on en croit la lecture littérale de l'article 488, permet une libre action du mandant, à l'exception de la révocation du mandat qu'il ne peut faire lui-même (165).

– Une mesure qui devrait être incapacitante. – La préservation de la capacité du mandant, en dépit de la mesure de représentation dont il fait l'objet, laisse dubitatif si l'on songe que le mandat de protection future ne prend effet précisément qu'en cas de survenance d'une « altération des facultés de nature à empêcher l'expression de la volonté » du mandant (C. civ., art. 425, al. 1er), ce qui devrait pleinement justifier un statut dérogatoire **1184**

(161) Les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007 témoignent clairement de ce que la volonté du législateur a été, en la matière, que « l'intéressé conserve sa pleine capacité et [puisse] toujours passer des actes entrant dans le champ du mandat » (Rapp. Sénat nº 212, 2006-2007, p. 192, par H. de Richemont). Cette analyse a été confirmée, si besoin en était, par la circulaire du 9 février 2009 : selon laquelle « Le mandat de protection future ne constitue pas un régime d'incapacité : même après la mise en œuvre du mandat, le mandant ne perd pas sa capacité (sauf pour révoquer le mandat, ce qu'il ne peut faire lui-même). Il peut continuer à agir dans tous les actes de la vie civile, et notamment continuer à passer des actes graves sur son patrimoine. Le mandat de protection, comme toute procuration, met en présence deux personnes en mesure et en capacité d'agir sur le même périmètre patrimonial » (Circ. DACS nº CIV/01/09/C1, 9 févr. 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs : *BO Justice* 28 févr. 2009, p. 40).

(162) Cons. UE, Recomm. R(99)4, 23 févr. 1999 ; CIDPH, 13 déc. 2006.

(163) J. Massip, *Les incapacités, étude théorique et pratique* : *Defrénois* 2002, nº 520.

(164) En ce sens, V. D. Fenouillet, *Le mandat de protection future ou la double illusion* : *Defrénois* 2009, p. 155, nº 31.

(165) V. *infra*, nº 1231.

par rapport au droit commun des mandats (166). Faut-il souligner à cet égard que les conditions de mise en œuvre du mandat sont similaires à celles requises pour l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, par nature incapacitante ? À vrai dire, on perçoit difficilement comment une personne dont les facultés sont altérées au point de devoir activer le mandat de protection future peut continuer à agir dans tous les actes de la vie civile, et notamment continuer à passer des actes graves sur son patrimoine. Tout ceci n'est guère raisonnable, ni guère rassurant.

Dans les faits, le mandant disposant d'un pouvoir rigoureusement concurrent de celui du mandataire, l'hypothèse d'un conflit de pouvoirs devient alors inévitable. Les deux cocontractants peuvent se retrouver à agir de la même manière, peut-être au même moment, sur les mêmes biens. Quel charivari ! Et quelle sécurité pour les tiers à l'acte comme pour ses rédacteurs ? Et quelle protection pour la personne vulnérable, dont on peut légitimement craindre, puisque ses facultés personnelles sont par définition altérées, qu'elle ne conclue des actes inconsidérés ? En définitive, et sous couvert de respecter les droits fondamentaux de la personne vulnérable, le législateur a consacré une règle qui se révèle concrètement bien moins protectrice pour lui qu'une incapacité pure et simple. L'abrogation de l'article 488 du Code civil, associée à la mise en place d'une mesure de publicité de la mise en œuvre du mandat de protection future, à l'instar de toute mesure de protection incapacitante, permettrait « de sortir de la contradiction dans laquelle se trouve le mandat de protection future, tout à la fois dispositif de représentation de la personne vulnérable et mesure non attentatoire à sa capacité juridique » (167).

1185 – Sanctions des actes accomplis par le mandant. – Puisqu'il conserve sa capacité juridique une fois le mandat activé, le mandant peut donc continuer à accomplir des actes juridiques. Néanmoins, ces actes demeurent fragiles dans la mesure où ils peuvent être, d'une part, rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès et, d'autre part, annulés sur le fondement de l'article 414-1 du Code civil, c'est-à-dire lorsque le mandant a été frappé d'un trouble mental au moment de la passation de l'acte (C. civ., art. 488, al. 1). Pour mettre en œuvre la sanction, les tribunaux prennent « notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté ». Si le texte prévoit que l'action n'appartient « qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers » (C. civ., art. 488, al. 2), le pouvoir de représentation générale dont il est doté, en même temps que l'intérêt du mandant militent en faveur d'une extension de l'action en critique au bénéfice du mandataire (168). Enfin, l'action est soumise à la prescription quinquennale, prévue à l'article 2224 du Code civil (C. civ., art. 488, al. 2).

L'étrange absence de période suspecte préalablement au déclenchement du mandat

Parce que les conditions de déclenchement du mandat de protection future sont analogues à celles susceptibles de justifier l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, on perçoit difficilement les raisons qui justifient aujourd'hui que les secondes soient précédées d'une période

(166) On peut souligner, au surplus, que le législateur lui-même n'a pas hésité à prendre quelques distances avec le droit commun du mandat, qui ne requiert pour sa validité aucune forme, en concevant le mandat de protection future comme un acte solennel, précisément encadré quant à sa forme.

(167) A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, n° 39, act. 771, spéc. p. 45.

(168) En ce sens, V. L. Taudin, *Mandat de protection future. Itinéraire sinueux d'une représentation* : *JCP* N 2009, n° 52, 1357, n° 27.

suspecte, au cours de laquelle les actes faits par le majeur ultérieurement protégé peuvent être remis en cause (C. civ., art. 464) (169), cependant que les premières y échappent. Tout comme l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, la mise à exécution d'un mandat de protection future laisse à penser que tout acte accompli quelque temps avant peut être suspecté, en ce qu'il comporte le risque d'exploitation par un tiers de la faiblesse de la personne ultérieurement protégée. Aussi conviendrait-il, *de lege ferenda*, d'étendre le domaine de l'action fondée sur la période suspecte au mandat de protection future (170), ce qui contribuerait, aux fins de cohérence, à conforter l'existence d'un socle de droit commun des mesures de protection, quelle que soit leur nature, judiciaire ou conventionnelle.

À cette fin, il faudrait bien évidemment admettre corrélativement, dans un souci de cohérence, et contrairement aux textes actuels, que le mandant perd sa capacité juridique une fois le mandat activé (171), car sinon pourquoi remettre en cause les actes signés antérieurement à cette activation si l'on considère qu'il peut théoriquement continuer lui-même à signer des actes ?

§ II L'objet et la coexistence de pouvoirs concurrents

1186 **– Principe de subsidiarité. –** Outre les interférences entre les parties, rendues possibles par le maintien de la capacité à agir dont bénéficie le mandant, le mandat de protection future peut susciter, une fois déclenché, des situations de concurrence avec des tiers, dont le risque est aujourd'hui accru par l'absence de publicité dont il fait l'objet.

La loi du 23 mars 2019 (172) a redéfini la hiérarchie des mesures qui peuvent être prises lorsqu'une personne ne peut plus subvenir seule à ses besoins en raison d'une altération de ses facultés personnelles. Renforçant le principe de subsidiarité, l'article 428 du Code civil prévoit que le mandat de protection future devient la première mesure envisagée ; suivent ensuite les règles de droit commun de la représentation, telles que la procuration, les règles tirées du droit des régimes matrimoniaux et « une autre mesure de protection moins contraignante », à savoir l'habilitation familiale ; enfin, en ultime recours, viennent les mesures de protection judiciaire traditionnelles que sont la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle (173).

C'est à l'aune de cette hiérarchie que doivent être appréciées les situations de concurrences possibles.

1187 **– Conflits entre mandats. –** Le mandat de protection future n'est pas consenti pour aujourd'hui mais pour demain, lorsque le mandant sera hors d'état de manifester sa volonté. Aussi, nous le redirons (174), ce mandat de protection future peut-il être précédé utilement d'un mandat général, ce chaînage organisé permettant d'accompagner astucieusement « l'accomplissement d'une réalité progressive » (175). Le mandant peut également, avant la signature du mandat de protection future, avoir constitué des mandataires spéciaux. Bien sûr, si le mandataire de protection future était le mandataire de l'opération antérieure, aucune difficulté n'apparaît. Dans le cas contraire, cette pluralité de mandats peut alors naturellement susciter une concurrence de pouvoirs entre les différents mandataires.

(169) V. *infra*, n° 1552.
(170) En ce sens, V. P. Murat, *Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil* : *Defrénois* 2017, p. 879.
(171) V. *supra*, n° 1184.
(172) L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : *JO* 24 mars 2019 ; *JCP* N 2019, n° 13, act. 335.
(173) V. *supra*, n° 1470.
(174) V. *supra*, n° 1254.
(175) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.

Doit-on considérer que le mandat de protection future révoque implicitement les mandats antérieurs ? Il n'existe pas, dans le droit du mandat, de forme obligée de révocation, laquelle peut être seulement implicite. Les dispositions de l'article 428 du Code civil invitent à privilégier le mandat de protection future et donc à considérer que sa mise en œuvre constitue chez le mandant une volonté de résilier tacitement les précédents mandats souscrits dans le même champ.

Conseil de rédaction

Afin d'éviter les incohérences qui pourraient survenir par la superposition de plusieurs mandats, une précaution rédactionnelle de base consiste à stipuler dans le contrat que la prise d'effet du mandat de protection future emportera révocation de tous les mandats en cours (176).

1188 – Conflits avec les mesures du droit matrimonial. – Lorsque le mandant est marié, et en dépit de l'activation du mandat de protection future, son conjoint demeure son représentant légal, tant en vertu des pouvoirs qu'il tire du régime primaire impératif (C. civ., art. 217 et 219) que des règles applicables aux différents régimes matrimoniaux (C. civ., art. 1426, 1429 et 1432 en régime de communauté ; C. civ., art. 1540 en régime séparatiste). La mission qu'il reçoit l'habilite à agir, après décision du juge, lorsque l'autre époux est hors d'état de manifester sa volonté. La question se pose alors de savoir, lorsque le conjoint du mandant n'a pas été désigné comme mandataire de protection future, si les pouvoirs accordés par la loi au premier s'imposent au second, institué par contrat. Une réponse négative s'impose : elle résulte des dispositions de l'article 428 du Code civil, dans leur version née de la loi du 23 mars 2019, qui laissent clairement entendre que les dispositions du mandat de protection future prennent le pas sur les règles légales résultant du régime matrimonial. Sachant que les règles de la représentation entre époux supposent l'intervention du juge, la solution présente précisément l'utilité de dispenser le conjoint, dès lors qu'il est investi en qualité de mandataire, de devoir solliciter des autorisations judiciaires pour agir et préserver ainsi les intérêts du mandant. En revanche, lorsque le mandant aura fait le choix d'un tiers, le conjoint et le mandataire vont être contraints de cohabiter, avec les risques de discorde qui en résultent indubitablement. En cas de mésentente concernant la gestion des biens propres ou personnels du mandant, priorité doit être donnée au mandataire. En revanche, s'agissant des questions relatives aux biens communs ou indivis, les deux acteurs sont condamnés à s'entendre car ils disposent alors de pouvoirs concurrents. Si le conjoint veut passer outre un refus du mandataire qui lui paraît injustifié, il lui reste à exciper de l'intérêt de la famille pour être autorisé par le juge aux affaires familiales « à passer seul un acte » (C. civ., art. 217) ou, de manière plus drastique, à solliciter du juge des tutelles la révocation judiciaire du mandataire (C. civ., art. 483, 4°) (177).

1189 – Conflits positifs de mesures de protection. – Le principe de subsidiarité s'oppose par principe à la mise en place d'une mesure de protection judiciaire en présence d'un mandat de protection future. À l'analyse, on constate toutefois que ce n'est pas tout à fait le cas.

Ce principe de subsidiarité des mesures judiciaires de protection par rapport au mandat de protection future n'est pas absolu puisqu'il ne joue désormais, depuis la loi du 23 mars 2019, qu'à l'égard des mandats mis en œuvre. Certes, en présence d'un mandat de protec-

(176) V., en ce sens, le modèle Cerfa 13592-02 de mandat sous seing privé, préc., qui prévoit que : « Le présent mandat annule tout mandat de protection future fait antérieurement ; une fois mis en œuvre, il mettra fin à toute procuration consentie à autrui, portant sur les événements du patrimoine du mandant visés dans le présent mandat ».

(177) V. *infra*, n° 1240.

tion future signé mais non encore mis à exécution, le juge, requis pour organiser une curatelle ou une tutelle, peut rechercher si la protection juridique préalablement organisée par le mandant permet de protéger suffisamment ses intérêts personnels et patrimoniaux, auquel cas il peut renvoyer le mandataire désigné à mettre à exécution le mandat (178). Mais, le principe de subsidiarité ne déployant pas encore ses ailes, rien ne l'empêche de privilégier l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle, en contradiction manifeste avec la volonté du mandant. À notre sens, ce dernier risque doit être relativisé. En effet, les conditions de mise en œuvre de ces différentes mesures étant similaires, tout laisse à penser que, sauf en cas de carence du mandataire (179), le mandat aura été activé et que le juge n'aura donc pas besoin d'ouvrir une curatelle ou une tutelle (180).

Cela étant, on touche là une autre incohérence du système. En prévoyant que la curatelle et la tutelle constituent une cause de révocation du mandat mis à exécution (C. civ., art. 483, 2°), le législateur laisse clairement entendre qu'une mesure de protection judiciaire peut être ouverte, en dépit de l'activation du mandat. L'atteinte au principe de subsidiarité est ici palpable et d'autant plus incompréhensible que la mise à l'écart du mandat s'exerce, en pareil cas, de plein droit. En réalité, le juge ne devrait pas pouvoir ouvrir une mesure de protection, sauf à avoir révoqué préalablement le mandat par une décision spécialement motivée (C. civ., art. 483, 4°) (181).

On sait que la loi permet au juge, confronté aux lacunes du mandat, de maintenir ce dernier tout en prononçant l'ouverture complémentaire d'une curatelle ou d'une tutelle (C. civ., art. 485, al. 2) (182). Si tel est le cas, même si certaines tensions ne sont pas à exclure, le cumul n'est pas censé générer de sérieuses difficultés dans la mesure où il est organisé par le juge : la protection du majeur se trouve répartie entre le mandataire, pour les actes prévus dans le mandat, et le curateur ou le tuteur, pour le reste.

Enfin, et dans une logique inversée, on sait que la loi permet à la personne en curatelle de conclure un mandat de protection future avec l'assistance du curateur (C. civ., art. 477, al. 2). Dans ce cas, il n'y a pas à proprement parler de cumul, dans la mesure où le mandat, une fois mis à exécution, est destiné à prendre naturellement le relais de la curatelle, au bénéfice peut-être de la même personne qui, ayant la confiance de la personne protégée, abandonnera la casquette de curateur pour coiffer celle de mandataire.

Sous-section III La publicité

1190 **– Une publicité nécessaire. –** Indispensable au moment de son activation (183), la publicité du mandat de protection future s'avère également nécessaire dès sa rédaction.

Il s'agit notamment d'éviter qu'un notaire puisse être sollicité par un mandant qui a déjà signé un premier mandat dans un autre office notarial. Il est vrai que le risque d'un double

(178) CA Paris, 14 janv. 2013, n° 12/03648 : *AJF* 2013, 509, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2013, comm. 61, I. Maria ; *D.* 2013, 2207, obs. J.-M. Plazy.

(179) On peut aussi imaginer que le juge ouvre une curatelle ou une tutelle dans l'ignorance de la mise en œuvre du mandat, auquel cas il appartiendra au mandataire de solliciter la mainlevée de la mesure sur le fondement de l'article 428 du Code civil.

(180) En réalité, c'est vrai pour la tutelle qui, comme le mandat, constitue une mesure de représentation. En revanche, le juge pourrait parfaitement ouvrir une curatelle pour pallier le besoin d'assistance de la personne protégée, lequel, n'étant pas couvert par le mandat, ne déclenche donc pas sa mise en œuvre.

(181) V. *infra*, n° 1240.

(182) V. *infra*, n° 1224.

(183) V. *infra*, n° 1201.

mandat peut être aisément évacué si le notaire rédacteur prend soin dans le second, par le biais d'une clause de style, de révoquer le premier.

Il s'agit surtout, au travers la mesure de publicité, d'assurer l'effectivité du principe de subsidiarité des mesures judiciaires. La publicité des mandats signés est destinée à permettre au juge des tutelles saisi d'une requête afin d'ouvrir une mesure de protection de s'assurer de l'existence d'un tel mandat. À défaut, le risque est évident que le juge ignore l'existence du mandat conclu et prononce l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, en contrariété avec le choix pourtant exprimé par la personne à protéger (184).

1191 – Une publicité prévue. – À l'origine, et alors que le notariat avait pourtant insisté sur la nécessité d'une telle publicité et proposé d'utiliser à cet effet le Fichier central des dispositions de dernières volontés, la loi n'avait mis en place aucune publicité permettant de connaître l'existence des mandats conclus. Au soutien de sa position, la Chancellerie a longtemps considéré qu'une « publicité automatique [apparaissait] incompatible avec la nature même du mandat de protection future qui présupposerait que l'on traite ce mandat comme un régime privant la personne concernée de sa capacité juridique. La mise en place de cette publicité serait par ailleurs vécue comme stigmatisante par les intéressés et pourrait ainsi constituer un frein au développement de cet instrument » (185). À vrai dire, l'argumentation factuelle apparaissait surprenante lorsque l'on sait que c'est précisément ce défaut de publicité, parmi d'autres raisons, qui a freiné et freine toujours le développement du mandat (186). Quant au motif de droit, sans doute le temps est-il venu pour les pouvoirs publics de sortir de la contradiction dans laquelle se trouve le mandat de protection future, tout à la fois dispositif de représentation de la personne vulnérable et mesure non attentatoire à sa capacité juridique.

Toujours est-il que cette lacune a été comblée par la loi du 28 décembre 2015 (187), qui a créé un nouvel article 477-1 du Code civil, aux termes duquel ce mandat « est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'État ». À ce jour, on peut toutefois constater – et déplorer – que le décret annoncé n'ait jamais été publié et l'on ne peut, à l'instar du rapport Caron-Déglise, qu'espérer la mise en place prochaine d'un « répertoire civil unique, national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaire et des dispositions anticipées, accessibles aux juridictions, aux notaires et aux avocats » (188).

1192 – Une publicité confiée au notariat ? – Il convient, une nouvelle fois, de souligner que la profession notariale propose, depuis de nombreuses années, d'assurer la publicité du mandat de protection future par l'instauration de registres dédiés. C'est une option qui a déjà été choisie par certains pays en Europe, comme l'Allemagne, la Belgique ou encore l'Autriche. Il est vrai que les notaires ont l'expérience depuis longtemps des fichiers et disposent des outils nécessaires pour assurer une publicité dématérialisée et généralisée des mandats de protection future. Ce sont des officiers publics qui pourraient sans difficulté assurer une telle mission, ce qui éviterait de faire reposer sur la collectivité publique une

(184) Pour une illustration, V. not. Cass. 1re civ., 4 janv. 2017, nº 15-28.669 : *JCP* G 2017, 200, note N. Peterka ; *D.* 2017, p. 191, note D. Noguéro ; *Defrénois* 28 févr. 2017, nº 125u1, p. 245, note A. Batteur ; *AJF* 2017, p. 144, obs. G. Raoul-Cormeil ; *Dr. famille* 2017, comm. 49, note I. Maria ; *RTD civ.* 2017, p. 100, obs. J. Hauser.

(185) Rép. min. nº 414, 18 févr. 2014 : *JO* 18 févr. 2014, p. 1625.

(186) V. en sens, Rép. min. nº 85698, 6 sept. 2016 : *JO* 18 févr. 2014, p. 7998.

(187) L. nº 2015-1776, 28 déc. 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

(188) A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, nº 39, act. 771, spéc. p. 44.

charge susceptible d'alourdir le travail des greffes, si la tenue du registre leur était confiée, et de répondre aux objectifs des récentes réformes visant à recentrer les juridictions et leurs services sur leurs domaines propres de compétence, à savoir les activités juridictionnelles.

Proposition du Conseil supérieur du notariat relative à la création, la tenue et le fonctionnement par la profession notariale d'un registre des mandats de protection future

La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a inséré après l'article 477 du Code civil relatif au mandat de protection future un nouvel article 477-1 qui prévoit que : « 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 ».

La profession notariale propose d'apporter son expertise dans la création, la tenue et le fonctionnement de ce registre.

I. L'enregistrement

A. Quel mandat ?

Pour assurer la pleine efficacité du registre, il devrait enregistrer tous les mandats de protection future conclus, quelle que soit leur forme.

B. La notion d'enregistrement

L'enregistrement est une mesure de publicité (et non de validité ou de prise d'effet de l'acte) et consiste en l'inscription d'un mandat de protection future conclu (et non ayant pris effet) sur le registre central et automatisé.

C. La mesure d'enregistrement du mandat

Le registre devrait permettre l'inscription :

- de la convention initiale ;
- des modifications apportées à la convention ;
- de la révocation du mandat par le mandant ;
- de la renonciation du mandataire.

NB : Il s'agit de l'inscription de l'existence de l'acte (et des événements ultérieurs qui le modifient ou y mettent fin) et non de son contenu.

D. L'enregistrement du mandat par le notaire

Le mandat serait enregistré par :

- le notaire instrumentaire du mandat de protection future. L'enregistrement pourrait alors avoir lieu sans délai après la conclusion de l'acte notarié.
  En cas de modification du mandat : si le notaire qui reçoit l'acte modificatif n'est pas celui qui a rédigé le mandat initial, la modification devrait être notifiée à ce dernier afin qu'il procède à l'enregistrement de l'acte modifié ;
- un notaire quel qu'il soit, en cas de mandat sous seing privé, sur demande du mandant uniquement. La forme de cette requête doit être fixée et les mentions qui y sont incluses doivent être déterminées.

À ce sujet, trois propositions alternatives peuvent être faites :

- la première est d'exiger, pour accomplir la formalité de l'enregistrement, que le mandat sous seing privé (et les modifications, révocation et renonciation) soit déposé au rang des minutes d'un notaire (dépôt simple).
  L'avantage est que le notaire assurera la conservation du mandat (ce qui évitera les risques de perte ou de destruction) ainsi que son enregistrement. Cette formalité de dépôt ne serait pas une condition de validité de l'acte ou de prise d'effet, mais seulement une modalité de conservation,
- la deuxième est que le mandant requière du notaire de son choix d'enregistrer le mandat conclu (et les modifications, révocation et renonciation), sans procéder à une formalité de dépôt.
  Pour ce faire, le mandant adresserait au notaire un formulaire comprenant les mentions suivantes :
  - la date de conclusion de l'acte ;

- l'identité du mandant (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour soi-même ;
- l'identité du mandant et du bénéficiaire du mandat (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour autrui ;
- s'il s'agit de l'enregistrement de la convention initiale, d'une convention modificative ou d'une révocation (la date de ces événements devra à chaque fois être mentionnée). Il joindrait au formulaire la convention (pour preuve de son existence), qui ne serait pas déposée au rang des minutes, mais conservée au dossier,

- la troisième est que le mandant adresse directement le seul formulaire susvisé à l'Association pour le développement du service notarial (ADSN) aux fins d'enregistrer directement le mandat conclu (et les modifications, révocation et renonciation).

C'est notamment le cas en Allemagne où le registre central et automatisé peut être saisi en ligne de la demande du mandant aux fins d'enregistrement.

E. Les mentions au registre

Le registre devrait comporter au minimum les mentions suivantes :

- l'identification du notaire procédant à l'enregistrement (informations obtenues par le biais de sa clé Real) ou au moins de l'étude notariale (par le numéro CRPCEN) ;
- la date de conclusion de l'acte ;
- le numéro d'enregistrement attribué à l'acte (et cela pour permettre un meilleur suivi du mandat notamment en cas de modifications ou de révocation/renonciation) ;
- la date de l'enregistrement de l'acte sur le registre ;
- l'identité du mandant (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour soi-même ;
- l'identité du mandant et du bénéficiaire du mandat (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour autrui ;
- l'identité du mandataire (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) et du ou des mandataires subsidiaires en cas de désignation ;
- s'il s'agit de l'enregistrement de la convention initiale, d'une convention modificative ou d'une révocation/renonciation (la date de ces événements devra à chaque fois être mentionnée).

NB : Pour des raisons liées au respect de la vie privée et à la confidentialité des informations, seule l'existence du mandat (et des événements ultérieurs qui le modifient ou y mettent fin) est enregistrée, et non son contenu.

Il est ainsi évident que le registre ne doit enregistrer aucune information sur les dispositions prises par le mandant, qu'elles soient patrimoniales ou extrapatrimoniales (comme les actes à caractère personnel, la nature des soins à apporter ou d'éventuelles dispositions liées à la fin de vie, *etc.*).

F. Le coût de l'inscription

À l'instar des registres mis en place à l'étranger, il conviendrait que le coût de l'inscription soit minime, entre 10 € et 15 €.

G. Un registre centralisé et automatisé

Le registre devrait être centralisé et automatisé.

H. Un registre à caractère confidentiel

Il est nécessaire de prévoir que les notaires sont seuls habilités à enregistrer, conserver, modifier ou traiter les informations relatives aux mandats conclus, et ce afin de préserver l'intimité de la vie privée des parties à l'acte.

En ce sens, il faudrait que toute interconnexion du registre avec d'autres fichiers soit interdite.

Enfin, il faut prévoir que le droit d'accès et de rectification prévu aux articles 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978 pourra s'exercer auprès de l'office notarial ayant enregistré le mandat.

I. Preuve de l'enregistrement

Il serait opportun de prévoir que le notaire procédant à l'enregistrement remette au mandant un récépissé d'enregistrement.

Ce récépissé serait remis ou adressé à l'occasion de l'enregistrement de la convention initiale, de la convention modificative, de la révocation et de la renonciation du mandataire.

Reste à déterminer si cette formalité doit se faire sans délai ou avec un délai.

II. L'interrogation du registre

A. Les personnes habilitées à interroger le registre

Le registre ne devrait être consulté que par les personnes suivantes :

- le juge des tutelles et le greffe du tribunal d'instance compétent ;
- le procureur de la République ;
- un notaire.

S'agissant du notaire, l'interrogation du registre lui permettra de savoir si un mandat a déjà été rédigé dans le passé, et s'il s'agit uniquement pour lui d'y apporter une modification. L'interrogation lui permettra également de savoir si un mandat a été révoqué dans l'hypothèse où il n'a pas instrumenté la convention initiale.

En définitive, il faut prendre ici en considération le fait que le notaire consulté pour modifier ou établir, après révocation, un nouveau mandat, n'est pas le même que le notaire instrumentaire de la convention initiale.

Pour information, en Belgique, le registre peut être consulté par le juge, le procureur et le notaire, mais aussi par le mandant.

B. Le coût de l'interrogation

L'interrogation du registre serait gratuite.

C. La forme de l'interrogation

Reste à déterminer sous quelle forme l'interrogation sera faite lorsqu'elle émanera d'un magistrat (courrier simple, télécopie, voie électronique...).

Le mieux serait que l'interrogation par les magistrats se fasse par le biais :

- soit d'une interconnexion entre le réseau Real et le réseau Justice, sous condition que la Commission nationale de l'informatique et des libertés l'autorise ;
- soit d'un portail de consultation internet avec une liste de personnes ayant un accès réservé (accès aux greffiers, par *login*/mot de passe). Ce serait le mode d'interrogation le moins sécurisé quant à l'échange des données.

La demande d'interrogation devra comporter au moins les informations suivantes :

- le nom et la fonction du demandeur ;
- la date de la demande d'interrogation ;
- l'identité du mandant (nom, prénoms, date et lieu de naissance et domicile).

Section II La mise en œuvre du mandat de protection future

– Plan. – Le mandat de protection future connaît deux époques successives : après celle de la conception, le temps de l'écriture, vient celle ensuite de l'exécution, le temps de l'application (**Sous-section II**). Entre ces deux périodes, un instant décisif va se produire, celui de son déclenchement (**Sous-section I**). **1193**

Sous-section I Le déclenchement du mandat de protection future

– Plan. – Nous allons successivement envisager les conditions (**§ I**), la procédure (**§ II**) et la publicité (**§ III**) liées au déclenchement du mandat de protection future. **1194**

§ I Les conditions de déclenchement du mandat

– Altération des facultés personnelles du mandant. – Selon l'article 481 du Code civil, « le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts ». Pour s'assurer que cette condition est bien remplie, la loi exige la production au **1195**

greffe du tribunal d'instance du **mandat** et d'un **certificat médical** « établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 ». C'est dire que le déclenchement du mandat de protection future est subordonné, à l'instar des mesures de protection juridique des majeurs, à ce que le mandant soit « dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté ».

1196 – Certificat médical. – L'altération des facultés personnelles du mandant doit faire l'objet, en vue du déclenchement du mandat, d'un constat médical, qui doit être effectué par un médecin agréé par le procureur de la République (C. civ., art. 425 et 431, sur renvoi de C. civ., art. 481, al. 2), lequel, pour aiguiser son « diagnostic », peut toujours solliciter l'avis du médecin traitant. Ce certificat doit dater de moins de deux mois lorsqu'il est présenté au greffe (C. civ., art. 1258, al. 2).

En revanche, la question subsiste sur le point de savoir si le certificat médical doit être ou non circonstancié. Les textes ne semblent pas l'exiger, ce qui s'explique aisément, selon certains auteurs, s'agissant d'une mesure conventionnelle « qui conduit à émousser les principes de nécessité et de proportionnalité des mesures de protection » (189). Nous aurions pourtant tendance à penser, au rebours, qu'en dépit, ou plutôt en raison de sa nature conventionnelle, le mandat de protection future doive être soumis à des conditions de déclenchement en tous points – et pas seulement pour partie – similaires à toute mesure de protection (190). Et effet, un certificat « circonstancié » contraint le médecin à mesurer précisément l'altération des facultés personnelles du patient et à vérifier concrètement quelles en sont les conséquences dans les actes de la vie civile, ce qui se justifie d'autant plus s'agissant du mandat de protection future que la mesure va prendre effet sans contrôle judiciaire.

§ II La procédure de déclenchement du mandat

1197 – Formalités au greffe. – La loi a organisé un véritable cérémonial concernant le déclenchement du mandat.

Le mandataire doit se présenter en personne au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel réside le mandant, accompagné de ce dernier, sauf si le certificat médical indique que ce déplacement est incompatible avec son état de santé (CPC, art. 1258, al. 1er) (191).

Le mandataire doit alors produire plusieurs pièces justificatives prévues à l'article 1258 du Code de procédure civile : l'original du contrat ou sa copie authentique, le certificat médical, une pièce d'identité du mandant et du mandataire ainsi qu'un justificatif de résidence du mandant. Le mandant qui n'a pas comparu devant le greffier est informé par le mandataire de la prise d'effet du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. civ., art. 481 et CPC, art. 1258-4).

1198 – Contrôle formel. – Le greffier doit vérifier que les conditions suivantes sont remplies : capacité des parties au contrat, stipulation expresse des modalités de contrôle de l'activité du mandataire, contreseing de l'avocat lorsque ce dernier a établi le mandat, contreseing du

(189) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 412.12.

(190) En ce sens, V. not. D. Fenouillet, *Le mandat de protection future ou la double illusion* : *Defrénois* 2009, 142, spéc. no 15.

(191) En pareil cas, le mandant qui n'a pas comparu devant le greffier du tribunal est informé par le mandataire de la prise d'effet du mandat de protection future par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (CPC, art. 1258-4).

curateur quand le mandant est sous curatelle, justification du mandataire, personne morale, sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (CPC, art. 1258-2).

Cette énumération des éléments devant être vérifiés révèle qu'il ne s'agit que d'un contrôle formel ; le greffier n'est pas habilité à examiner les conditions de fond. Ainsi par exemple, s'il estime que le mandat n'est pas suffisamment explicite, il ne pourra pas pour autant le refuser ; il pourra seulement éventuellement le signaler au juge des tutelles ou au procureur de la République. Il n'a pas davantage à vérifier la validité du mandat, notamment quant à la capacité du mandant et du mandataire lors de la formation du contrat ainsi qu'à l'aptitude du mandataire à l'exercice des charges tutélaires.

Si toutes les conditions sont remplies, le greffier paraphe chaque page, appose son **visa** sur le mandat et le restitue au mandataire avec les pièces produites (C. civ., art. 481, al. 2, et CPC, art. 1258-3, al. 1er).

Si le greffier estime, au contraire, que toutes les conditions ne sont pas remplies, il n'appose pas son visa et le mandataire peut saisir le juge qui doit se prononcer sans délai. La décision rendue est insusceptible d'appel (CPC, art. 1258-3). Si le juge estime que les conditions sont remplies, le greffier doit alors mettre en œuvre le mandat, en apposant son **visa** sur celui-ci.

Enfin, cette mise en œuvre du mandat de protection future peut être contestée par tout intéressé (C. civ., art. 484).

1199 **– Conservation et enregistrement. –** Aucune copie du mandat de protection future n'est conservée par le greffe, pas plus qu'un enregistrement de l'acte n'est effectué par ce dernier, ce qui, à l'évidence, est de nature « à fragiliser considérablement le fonctionnement du mandat » (192).

En l'état, afin d'assurer une parfaite conservation des pièces et de préserver la preuve de toute cette procédure, il peut être conseillé au mandataire de déposer au rang des minutes d'un notaire le certificat médical et la copie authentique visée par le greffier. Le notaire peut alors délivrer une copie authentique de cet acte de dépôt, laquelle pourra être remise au mandataire, afin qu'il en justifie à qui de droit.

1200 **– La procédure de déclenchement confiée au notaire. –** Au regard de l'importance de la procédure de déclenchement du mandat de protection future, pour les parties comme pour les tiers, on pourrait songer à aller plus loin. La solution consisterait alors à confier au notaire le contrôle formel, aujourd'hui dévolu au greffier, ce qui permettrait de soulager ces derniers d'une charge dont ils se passeraient bien volontiers, en même temps que ce choix donnerait une réelle cohérence à un processus qui se veut déjudiciarisé.

Le notaire recevrait le mandataire et rédigerait un acte valant prise d'effet du mandat de protection future, constatant le dépôt des pièces qui lui seraient remises, et assurant tout à la fois l'enregistrement du déclenchement du mandat et la conservation de l'acte. Le plus souvent, et ce serait la solution à favoriser, le notaire dépositaire sera celui qui a reçu le mandat d'origine. De nombreux avantages militent en ce sens. Le notaire rédacteur du mandat de protection future a une parfaite connaissance à la fois des parties – notamment de la personne à protéger, dont il aura pris de soin de connaître les aspirations et de déceler les appréhensions – et du contrat, qu'il a largement contribué à rédiger, et qu'il a parfois complété et amendé au gré du temps, pour assurer son adaptation constante à la situation du mandant. La présence du même notaire, tant au moment de la signature du mandat que de son déclenchement, permettrait ainsi d'assurer un suivi personnalisé du contrat, particulièrement rassurant pour le mandant.

(192) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *op. cit.*, no 412.22.

Rien n'exclut toutefois, bien évidemment, que le dépôt se fasse dans un autre office notarial, car il ne s'agit ici que d'assurer la preuve de la mise en œuvre du mandat et sa conservation. Du reste, en l'état, la perspective avantageuse de retrouver le notaire rédacteur du mandat au moment de son activation est exclue, quoi qu'il en soit, si ce dernier a été rédigé sous seing privé.

§ III La publicité du déclenchement du mandat

1201 **– Une publicité indispensable. –** La mise en œuvre du mandat constitue une étape décisive. Au moment de sa rédaction, le mandat n'est rien d'autre qu'une œuvre créatrice, prévoyante mais peut-être inutile : le mandat peut ne jamais s'exécuter. Lorsque les facultés intellectuelles du mandant viennent à être altérées, il s'agit d'engager le mandat, qui va alors déployer tous ses effets. L'œuvre purement intellectuelle laisse la place à une organisation de vie extrêmement concrète. C'est pourquoi, si la publicité des mandats signés est nécessaire, celle des mandats mis en œuvre est fondamentale. À défaut de publicité, comment le juge des tutelles et le procureur de la République peuvent-ils concrètement exercer leur mission de surveillance générale des mesures de protection mises en place dans leur ressort (C. civ., art. 416) ? Comment, une nouvelle fois, faire respecter le principe de subsidiarité de l'article 428 du Code civil et empêcher le juge d'ouvrir à l'aveugle une mesure de protection judiciaire qui déjouerait les prévisions, pourtant à privilégier, du mandant. Il en va également de la sécurité des tiers, qui peuvent être conduits à traiter avec un mandant qui a continué à agir, au mépris du mandat dont la prise d'effet a été enregistrée et au mépris du mandataire lui-même qui ne peut le canaliser, ce qui est concevable dans un contexte d'inaptitude. Eu égard à la fragilité des actes conclus par le mandant lorsqu'il contrevient ainsi aux obligations qu'il avait prises, on perçoit combien l'absence d'information au profit des tiers ne peut être que préjudiciable.

La mise en place concrète d'un registre spécial destiné à assurer la publicité du mandat de protection future, tant au moment de sa signature que de son déclenchement, est prévue (C. civ., art. 477-1), mais demeure attendue (193). Et, au besoin, qu'il nous soit permis de rappeler ici que l'on pourrait songer à ce que cette publicité soit confiée au notariat qui a toute l'expertise et le savoir-faire nécessaires en ce domaine.

Sous-section II L'exécution du mandat de protection future

1202 **– Obligations du mandant. –** Jusqu'alors en sommeil, le mandat, une fois déclenché, développe tous ses effets. S'agissant du mandant, en dépit du contrat signé, il peut continuer à accomplir des actes juridiques dont la fragilité naturelle peut se révéler une source de préjudice évidente pour les tiers (194). Quant à ses obligations, les articles 477 à 494 du Code civil ne contenant pas de dispositions spécifiques pour le mandat de protection future, ce sont donc les règles du droit commun du mandat contenues dans les articles 1998 à 2002 du Code civil qui s'appliquent. En toute logique, c'est désormais au mandataire d'agir et de prendre les rênes de la gestion du patrimoine du mandant et, le cas échéant, de pourvoir à la protection de sa personne. À cette fin, il est à la fois doté de pouvoirs (**§ I**) et soumis à des obligations (**§ II**).

(193) V. *supra*, n° 1191.
(194) V. *supra*, n° 1185.

§ 1 Les pouvoirs du mandataire

– Liberté contractuelle encadrée. – Il appartient au contrat de définir l'étendue des pouvoirs confiée au mandataire. Cela étant, s'il est imprégné de liberté contractuelle, le mandat de protection future n'en demeure pas moins une mesure de protection juridique. C'est pourquoi, en droit, la volonté des parties se trouve atténuée par un certain nombre de dispositions impératives. En pratique, l'objet du mandat postule, par ailleurs, que le rédacteur de l'acte soit particulièrement vigilant quant aux clauses susceptibles d'y être insérées. En vue d'une parfaite exécution du mandat, celui-ci doit envisager les nombreuses questions qui se posent autour des pouvoirs du mandataire, mais si le mandat de protection future est trop précis, il risque d'être source de blocage ; à l'inverse, s'il est trop imprécis, il pourra s'avérer inutile et finalement être écarté au profit d'une mesure judiciaire de protection. L'exercice est rendu d'autant plus délicat qu'il s'agit ici d'anticiper sur des difficultés certes prévisibles dans leur survenance, mais souvent floues quant à leurs contours. **1203**

– Plan. – Pour déterminer les pouvoirs du mandataire, il est nécessaire de distinguer selon que la mission du mandataire vise la protection des biens du mandant (**A**) ou la protection de sa personne (**B**). **1204**

A/ Les pouvoirs relatifs à la gestion des biens

– Distinction selon la forme du mandat. – La délimitation des pouvoirs du mandataire est subordonnée à une question de forme du mandat, qui domine tout le sujet : alors que l'objet d'un mandat notarié peut être très large (**I**), celui du mandat rédigé sous seing privé est nécessairement limité (**II**). **1205**

I/ Le mandat notarié

– Plan. – Les pouvoirs du mandataire de protection future sont définis, de prime abord, extrêmement clairement à l'article 490 du Code civil ***(a)***. À l'analyse, on constate toutefois que le texte soulève de nombreuses difficultés d'interprétation, de sorte que l'étendue exacte des pouvoirs du mandataire demeure discutée, s'agissant de certaines catégories d'actes ***(b)***. **1206**

a) Les pouvoirs définis

– Pouvoirs définis légalement. – Lorsque le mandat est notarié, le mandataire peut accomplir, par principe, tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir de faire, y compris ceux qui, dans le cadre d'une tutelle, requerraient une autorisation du juge (C. civ., art. 490, al. 1er) (195). En d'autres termes, et même si le mandat est « conçu en termes généraux », le mandataire a la faculté d'effectuer non seulement les actes conservatoires et d'administration, mais aussi les actes de disposition, sans avoir à solliciter au préalable l'aval du juge des tutelles. Il pourra notamment vendre les immeubles du mandant ou les hypothéquer, emprunter pour le compte du mandant ou conclure une transaction. Les pouvoirs du mandataire sont donc considérables et, à l'analyse, plus étendus que ceux dont dispose le tuteur. La pétition de principe s'explique aisément au regard de la nature contractuelle du procédé, lequel repose sur la confiance du mandant envers son mandataire et poursuit le vœu d'une mise à l'écart, aussi prononcée que possible, du juge. **1207**

(195) La règle est dérogatoire au droit commun du mandat, lequel soumet les actes de disposition à l'existence d'un mandat exprès (C. civ., art. 1988).

Ces pouvoirs connaissent toutefois une limite s'agissant des actes de disposition à titre gratuit, lesquels restent soumis à autorisation judiciaire (C. civ., art. 490, al. 2). Ce tempérament est également compréhensible. Parce qu'il s'agit prioritairement, au travers du mandat de protection future, d'assurer la protection du majeur vulnérable, il ne saurait être question pour le mandataire d'agir en totale liberté, fût-elle commandée dans un acte de volonté rédigé en des termes très larges par le mandant. Le mandataire doit donc solliciter l'autorisation du juge des tutelles s'il envisage de représenter son mandant pour consentir une donation, quelle que soit sa forme : donation notariée, don manuel, donation indirecte ou déguisée. Partant, et si l'on retient une définition large des « actes de disposition à titre gratuit », le mandataire doit également solliciter l'autorisation du juge des tutelles s'il entend renoncer à une succession, ou encore s'il envisage de consentir une renonciation anticipée à l'action en réduction (196).

En revanche, s'agissant d'un acte éminemment personnel, la rédaction d'un testament échappe au mandataire. Tout au plus, le mandant peut-il faire lui-même un testament avec l'autorisation du juge, comme une personne sous tutelle, ainsi que l'article 476, alinéa 2, du Code civil l'y autorise.

L'acte de disposition à titre gratuit suppose nécessairement le recours au juge

Le mandataire ne peut accomplir aucun acte traduisant, sous quelque forme que ce soit, une aliénation gratuite des biens du mandant. Il ne saurait davantage être question de lui conférer cette faculté sous le contrôle d'un subrogé mandataire, comme cela pourrait être envisagé pour la vente du logement ou l'ouverture d'un compte. Ici seul le juge peut autoriser. Cette rigueur s'explique par la nature de l'acte, sa gravité et l'appauvrissement qu'il entraîne sans contrepartie.

1208 – Pouvoirs définis conventionnellement. – Au regard de la nature conventionnelle attachée au mandat de protection future, on pourrait songer que le périmètre légal des pouvoirs du mandataire peut être aménagé à sa guise par le mandant. En réalité, nul doute que le mandat de protection future, en tant que mesure de protection juridique des majeurs, demeure imprégné d'un fort degré d'ordre public. Il en résulte que le périmètre des pouvoirs du mandataire ne saurait être **étendu conventionnellement** au-delà des frontières fixées par la loi.

Ainsi le mandant ne saurait autoriser le mandataire à accomplir sans l'autorisation du juge des tutelles un acte de disposition à titre gratuit. Si une telle clause devait être insérée dans le mandat, elle serait frappée de nullité, comme contraire à l'ordre public. Reste à déterminer si la nullité, qui ne découle ici d'aucune disposition légale, affecterait seulement la clause illicite ou, plus largement, l'intégralité du mandat. À notre sens, et conformément au droit commun (C. civ., art. 1184), seule la clause illicite devrait être réputée non écrite dès lors qu'elle n'a pas constitué l'élément déterminant du mandat (197).

S'il ne peut recevoir aucun élargissement par l'effet de la volonté des parties, le périmètre des pouvoirs du mandataire peut être, en revanche, **conventionnellement réduit**. Qui peut le plus, peut le moins ! Le mandant pourrait ainsi songer, par exemple, à réduire les

(196) Il convient ici, en effet, de rappeler que selon l'art. 930-1, alinéa 1er du Code civil, la capacité requise du renonçant est précisément « celle exigée pour consentir une donation entre vifs », et ce même si l'alinéa 2 du même texte précise, non sans une certaine contradiction, que « la renonciation, quelles que soient ses modalités, ne constitue pas une libéralité ».

(197) En ce sens, V. not. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 412.85.

pouvoirs du mandataire à l'accomplissement des actes d'administration. Un tel choix, guidé par le souhait – parfois compréhensible – de ne pas vouloir donner carte blanche au mandataire, apparaît toutefois discutable, en opportunité. Brider d'emblée le mandataire en lui réservant un domaine d'action moins étendu aboutit inéluctablement à revenir au contrôle par le juge des tutelles pour tous les actes qui excéderaient la sphère de compétence du mandataire. Or, ce n'est certainement pas en retrouvant le pouvoir du juge que l'on épouse parfaitement l'idée du mandat de protection future. Pour des raisons identiques, il nous semble malvenu, même si la solution n'est pas exclue par les textes, de permettre au mandant de soumettre les actes de disposition à titre onéreux, ou certains d'entre eux, à l'autorisation préalable du juge des tutelles. D'autant que l'on ne peut donner au juge des missions qui ne ressortissent pas de la loi. De fait, il est alors à craindre que le magistrat considère le mandat comme inadapté et ouvre alors une mesure de tutelle ou de curatelle.

En réalité, le mandat doit se suffire à lui-même et l'intervention judiciaire, que le mandat a précisément pour objectif d'éradiquer, doit être limitée aux seules difficultés soulevées par l'exécution du contrat ; elle n'a pas à entrer dans le champ contractuel. Désireux de ne pas délivrer un blanc-seing au mandataire, le mandant peut ainsi, plus opportunément, prévoir, par exemple :

- que certains actes déterminés, tels que les actes de disposition, soient soumis au consentement d'un subrogé mandataire ;
- la désignation de deux mandataires avec pouvoirs d'administration concurrente s'il s'agit d'actes administration, et pouvoirs de cogestion s'il s'agit d'actes de disposition ;
- la désignation d'un tiers de confiance dont la compétence d'attribution peut précisément être celle, outre une mission de contrôle des comptes, de donner un consentement spécial pour certains actes.

b) Les pouvoirs discutés

1209 **– Les actes interdits au tuteur. –** Contrairement au tuteur, qui ne peut « accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée » (C. civ., art. 509, 1°), le mandataire dispose de la faculté d'accomplir de tels actes, sous couvert d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire. Faut-il aller plus loin et considérer que les autres actes interdits au tuteur (C. civ., art. 509, 2° à 5°) (198) sont soumis à un régime identique et sont donc ouverts au mandataire, pourvu qu'il soit muni de l'aval du juge des tutelles ? L'exégèse des textes conduit à répondre par l'affirmative, dans la mesure où l'article 490 du Code civil, conçu en termes généraux, ne fixe expressément qu'une seule limite, liée aux actes de disposition à titre gratuit, aux pouvoirs extrêmement étendus du mandataire. Et pourtant, il ne semble pas raisonnable, pour une identité de motifs, de donner au mandataire la faculté d'accomplir des actes qui sont interdits au tuteur. Il s'agit en effet, par ces interdictions, de protéger le majeur vulnérable contre des actes dangereux ou d'éventuels conflits d'intérêts avec le protecteur, et peu importe à cet égard que ce dernier soit un tuteur imposé par le juge ou un mandataire choisi par ses soins. Les travaux parlementaires semblent, du reste, favoriser une transposition au mandataire des interdictions de l'article 509 du Code civil (199). Une précision textuelle en ce sens serait cependant la bienvenue.

1210 **– Assurance-vie. –** Une autre difficulté est de déterminer si, en matière d'assurance-vie, le mandataire peut prendre des initiatives isolément ou si, pour ce faire, il doit solliciter

(198) V. *infra*, n° 1489.

(199) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, n° 412.82.

l'autorisation du juge (200). Concrètement, il s'agit de savoir s'il peut seul souscrire, racheter, arbitrer un contrat d'assurance-vie, désigner ou substituer un bénéficiaire, demander une avance sur contrat ou encore verser de nouvelles primes sur un contrat existant.

Le décret du 22 décembre 2008 pris en application de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, destiné à compléter l'article L. 132-4-1 du Code des assurances pour les actes relatifs à la gestion du contrat d'assurance (201), classe l'avance sur contrat d'assurance, la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance-vie et la désignation ou la substitution du bénéficiaire dans la liste des actes toujours considérés comme des actes de disposition. En revanche, le versement de nouvelles primes et l'acceptation d'un contrat d'assurance avec charges sont regardés comme des actes de disposition, sauf circonstances d'espèce. À l'inverse, l'acceptation d'un contrat d'assurance sans charge est placée dans la catégorie des actes d'administration, sauf circonstances d'espèce. Cette nomenclature, qui est incomplète, soulève en pratique deux difficultés majeures.

La première difficulté tient au fait que de nombreux actes relatifs aux contrats d'assurance-vie et dont l'intérêt et la nécessité surgissent en cours de contrat ne sont pas mentionnés par la loi ni classés par le décret. C'est le cas du rachat partiel, de l'arbitrage, de la transformation d'un contrat en euros en contrat en unités de compte, mais aussi de l'ajout d'une garantie de fidélité, du versement de nouvelles primes dans un contrat à prime unique ou encore de l'affectation en garantie d'un contrat d'assurance.

En dépit du silence des textes, nul doute que certaines de ces opérations doivent être considérées comme relevant de la gestion courante (202). Que l'on songe ici aux versements effectués en exécution d'une souscription à primes périodiques prévues depuis la conclusion du contrat et *a priori* à l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sans charge (203). De même, à l'instar des actes de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières (204), les opérations d'arbitrage dans les contrats en unités de compte peuvent-elles, très certainement, être qualifiées d'actes d'administration, sous la condition de « circonstance d'espèce ». De telles circonstances pourraient bien être constituées par le choix de supports plus risqués que les supports initiaux ou lorsque l'arbitrage est décidé en raison de pertes importantes.

Au rebours, l'affectation en garantie du contrat d'assurance, le versement de nouvelles primes sur un contrat à primes uniques ou la souscription en cours de contrat d'une garantie de fidélité adjointe à un contrat antérieur qui en était dépourvu entrent dans la catégorie des actes de disposition (205). C'est également la même qualification qui doit être retenue pour la transformation des contrats en euros en contrats multisupports.

La question est plus délicate pour le rachat partiel. À notre sens, si le mandataire rachète dans la limite de la rentabilité du contrat pour subvenir aux besoins de la personne protégée, il s'agit d'un acte de gestion. En revanche, si l'initiative en est prise pour procéder à

(200) Sur cette question, V. not. S. Hovasse, *Assurance-vie et régimes de protection juridique* : *JCP* N 2009, n° 21, 1182.
(201) D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.
(202) En ce sens, V. S. Hovasse, *Assurance-vie et régimes de protection juridique* : *JCP* N 2009, n° 21, 1182.
(203) Le classement de l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie, dans la catégorie des actes de disposition ou d'administration en fonction des charges qui y sont adjointes, peut être infléchi en considération du montant du capital reçu et de l'importance des charges transmises.
(204) D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, ann. 2.
(205) En ce sens, S. Hovasse, *Assurance-vie et régimes de protection juridique* : *JCP* N 2009, n° 21, 1182.

une autre forme d'investissement, la qualification « d'actes de disposition » doit être retenue, par analogie à celle donnée par le décret aux opérations d'emploi et de remploi des capitaux.

Une fois déterminé le rattachement des diverses opérations relatives à un contrat d'assurance-vie à une catégorie d'actes juridiques, actes de gestion ou actes de disposition, la **seconde difficulté** tient au fait que la loi n'indique pas si ces derniers, *a fortiori* quand ils ne sont pas visés expressément dans les textes, sont à titre onéreux, auquel cas le mandataire peut les accomplir seul en dépit d'un mandat conçu en termes généraux, ou des actes à titre gratuit, une autorisation du juge étant alors requise. La question est depuis longtemps débattue en doctrine.

Parce qu'il s'agit manifestement d'actes à titre onéreux, il nous semble que les actes de rachat ou les demandes d'avance doivent pouvoir être effectués par le mandataire seul et sans autorisation. Il en va de même pour la souscription d'un contrat d'assurance-vie à des fins de garantie ou de financement d'un contrat d'obsèques, laquelle peut également s'analyser comme un acte de disposition à titre onéreux. Enfin, la solution est similaire en présence d'une assurance en cas de décès, conclue sans désignation d'un bénéficiaire, puisque le capital ou la rente garantis réintègrent alors purement et simplement la succession du contractant (C. assur., art. L. 132-11) (206).

La question est plus épineuse s'agissant des actes de souscription ou de changement de clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie. Certes, l'assurance-vie ne correspond pas en principe à une libéralité, mais on sait qu'elle véhicule le plus souvent, dans les relations du souscripteur et du bénéficiaire, une transmission sans contrepartie. Compte tenu de l'ambiguïté relative à la nature juridique de ces actes, et pour éviter ainsi de placer la sphère d'autonomie du mandataire sous la dépendance d'une éventuelle requalification du contrat en « donation indirecte », il semble en conséquence plus prudent de considérer que le mandataire de protection future doit toujours solliciter l'autorisation du juge pour effectuer ou modifier une désignation bénéficiaire au nom du mandant. Selon nous, la solution s'impose également lorsqu'il s'agit d'effectuer un versement supplémentaire dans un contrat d'assurance-vie déjà existant dans la mesure où un tel abondement, non prévu lors de la conclusion du contrat, peut sans nul doute être révélateur d'une intention libérale (207).

Dans le cas où le mandataire de protection future est en situation de bénéficiaire éventuel, un mandataire *ad hoc* doit être nommé pour procéder à la désignation (C. civ., art. 485, al. 2). Par la suite, ce dernier doit être informé et consulté par le mandataire de protection future pour tous les actes graves relatifs au contrat d'assurance. En pratique presque tous, mais ce sont les versements libres sur le contrat d'assurance qui seront ici à surveiller particulièrement. Lorsqu'un conflit d'intérêts de cette nature se pose dans le cadre d'un mandat de protection future, c'est au mandataire lui-même qu'il appartient de saisir le juge, mais les termes de l'article 491, alinéa 2 du Code civil sont suffisamment généraux pour reconnaître au notaire la possibilité d'une telle initiative.

Une anticipation souhaitable lors de la rédaction du mandat

Pour éviter, dans la mesure du possible, tout problème d'interprétation, la prudence commande de préciser clairement dans le mandat les pouvoirs du mandataire en évitant la rédaction de clauses trop générales. Il est recommandé de préciser, pour chaque opération relative au contrat

(206) V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 412.83.

(207) En ce sens, V. P. Potentier, *Le domaine du mandat de protection future* : *JCP* N 2007, no 42, 1262.

d'assurance-vie, quels sont exactement les pouvoirs du mandataire, au besoin en identifiant précisément chaque contrat d'assurance-vie avec son numéro et la référence à la compagnie d'assurances. Il est également possible de désigner un tiers qui aura une mission de contrôle pour une opération donnée, par exemple pour un rachat au-delà d'un certain montant. En revanche, il paraît malvenu, en dépit d'une pratique en ce sens, de prévoir *ab initio* la nécessité pour le mandataire d'obtenir une autorisation judiciaire pour pourvoir accomplir tel acte déterminé, dans la mesure où il n'appartient pas aux parties de fixer, dans le contrat, la compétence *ratione materiae* du juge (208). Seule la loi peut le faire.

1211 – Le logement. – « Dans la mesure où la stabilité du cadre de vie revêt une importance considérable dans le traitement de la maladie » (209) et parce qu'il apparaît primordial, dans cette optique, « d'assurer un maintien des repères du majeur protégé et d'éviter toute décision hâtive » (210), on sait que l'article 426, alinéa 3 du Code civil prévoit que l'accord du juge des tutelles est toujours nécessaire pour qu'il puisse être disposé des droits relatifs à son logement et aux meubles qui le garnissent, « qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire ».

La question, controversée, est de savoir si ce texte a vocation à s'appliquer dans le cadre du mandat de protection future et à prévaloir sur l'article 490 du Code civil. Une réponse positive semble s'imposer dans la mesure où la règle est située dans les dispositions générales applicables à l'ensemble des mesures juridiques de protection, ce compris en conséquence au mandat de protection future (211). Si l'on considère donc que l'obligation d'obtenir une ordonnance d'autorisation aux fins de pouvoir disposer du logement de la personne vulnérable et de son mobilier doit être respectée par le mandataire, venant ainsi tempérer les larges pouvoirs dont il dispose par principe, il reste ensuite à savoir si le texte est d'ordre public ou s'il est possible de le contourner en insérant une clause contraire dans le mandat. Au regard de l'objectif poursuivi, on peut penser que les dispositions protectrices du logement de la personne protégée doivent s'imposer impérativement aux parties et qu'il ne saurait y être dérogé. Il s'agit de protéger la personne vulnérable contre les initiatives malheureuses d'un mandataire, qui pourrait être avide de brader son logement pour la placer dans un établissement d'accueil ou pour réaliser une opération financière plus ou moins lucrative. Du reste, dans les faits, et par mesure de précaution, les notaires ne s'autorisent guère de largesses avec ces dispositions, s'interdisant de conseiller à leurs clients la rédaction de clauses dérogatoires à l'article 426 du Code civil. Et pourtant, parallèlement, la pratique notariale n'ignore nullement que l'ordonnance d'autorisation de vente préalable est un frein, si ce n'est (trop) souvent un obstacle à la vente du bien, qui exige une réactivité et une célérité incompatibles avec le dispositif judiciaire mis en place. À l'évidence, eu égard aux délais et aux incertitudes inhérents au recours au juge des tutelles, le risque est grand de dissuader le potentiel acquéreur. En réalité, on touche ici à une faiblesse viscérale du mandat de protection future. Nul doute, en effet, que « l'application de l'article 426 au mandat de protection future est l'une des causes de son faible succès ; pour celui qui

(208) En ce sens, V. not. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 412.85. – P. Potentier, *Le domaine du mandat de protection future* : *JCP* N 2007, no 42, 1262.

(209) J.-M. Plazy et F. Gémignani, *Le logement de la personne vulnérable* : *JCP* N 2012, no 17, 1193.

(210) *Ibid*.

(211) V. not., en ce sens, F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, no 2700.

possède comme seul bien immobilier sa résidence principale, ce symbole de déjudiciarisation a perdu de son charme » (212).

À notre sens, il convient de donner de la fluidité à l'opération, dans l'intérêt bien compris du majeur protégé, dont la vente du logement peut être indispensable pour lui permettre de financer son intégration dans un établissement spécialisé. Il s'agit également de s'assurer tout à la fois de la justesse du prix de vente et de la réaffectation des fonds dans l'intérêt de la personne vulnérable. Dans le cadre des mesures judiciaires de protection des personnes, ce rôle est nécessairement dévolu au juge. Mais pourquoi ne pas imaginer qu'il en aille différemment dans le cadre d'une mesure par essence conventionnelle ? Que l'on comprenne le sens de notre propos : partant du postulat que « le libre mouvement du mandat est l'essence du mandat, le recours au juge est l'accident » (213), il ne saurait être question de supprimer la règle de protection mais de modifier ses modalités de mise en œuvre, en substituant au recours au juge une protection organisée par le majeur protégé lui-même. Dans cette optique, et à condition que le mandat le prévoie expressément, les actes de disposition relatifs au « logement de la personne protégée et [des] meubles dont il est garni » pourraient être passés par le mandataire, sous réserve qu'il obtienne, au préalable, l'accord d'un subrogé mandataire. D'une manière générale, il appartiendra alors à ce dernier, en dépit des pressions éventuellement exercées par les divers intervenants, de vérifier si l'opération projetée par le mandataire est conforme aux intérêts de la personne protégée. Plus précisément il devra, pour ce faire, et à l'instar du juge, apprécier la pertinence personnelle et la vraisemblance économique de l'opération, mais aussi s'assurer des conditions de relogement du mandant. En la forme, le subrogé mandataire interviendra à l'acte, tant au stade de l'avant-contrat qu'à celui de la vente définitive.

La solution n'entre pas en totale contradiction avec l'article 426 du Code civil dans la mesure où le texte prévoit déjà une hypothèse, en cas de constitution d'un conseil de famille, où l'intervention du juge en la matière revêt un caractère supplétif. Elle permettrait d'allier le souci de simplification de l'opération de vente et l'impératif de protection de la personne vulnérable, *a fortiori* si l'on songe que, comme dans toute opération, mais avec ici une vigilance davantage encore renforcée, le notaire instrumentaire prendra nécessairement le soin, en cas de vente, de vérifier la pertinence du prix. Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article 426, alinéa 3 du Code civil, « si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement, l'avis préalable d'un médecin, n'exerçant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement » devra nécessairement être produit au notaire.

Bien évidemment, en cas de doute, le subrogé mandataire refusera de donner son aval. Il restera alors au mandataire, s'il estime indispensable l'acte de disposition envisagé et considère donc comme injustifié le refus du subrogé mandataire, de se retourner vers le juge, sur le fondement de l'article 484 du Code civil.

Il va sans dire toutefois qu'en l'état du droit positif, et même si cette faculté recueille notre adhésion, il serait hardi pour le rédacteur du mandat d'insérer une clause qui écarterait les dispositions de l'article 426 du Code civil, en dispensant le mandataire de solliciter l'accord préalable du juge pour qu'il puisse être disposé des droits relatifs au logement du mandant.

(212) P. Dauptain, *Vers une simplification de la vente par une personne protégée* : *JCP* N *2013, nº 43, 1247*.
(213) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.

Pratique

En l'état du droit positif, et pour contourner le hiatus lié au fait que les délais qui président à l'accord sur la chose et le prix en matière de vente sont difficilement compatibles avec les délais d'obtention d'une décision du juge, de surcroît purgée de délais de recours, la pratique a trouvé une parade avec le développement des compromis sous seing privé régularisés par l'intermédiaire des agents immobiliers et consentis sous la condition suspensive de l'obtention d'une ordonnance d'autorisation du juge des tutelles. Si le contrôle judiciaire s'insère alors plus aisément dans la chronologie inhérente au processus d'une vente (214), il ne faut pas oublier que le procédé est « d'une orthodoxie toute relative » (215) en ce qu'il encourt, selon une jurisprudence constante, la nullité (216). La solution s'explique aisément dans la mesure où l'autorisation du juge des tutelles – ou du conseil de famille en cas de tutelle – constitue une condition de la validité même de l'acte de disposition ; elle s'impose donc indubitablement en amont de la conclusion dudit acte et ne peut être érigée en condition suspensive. La refonte des textes semble la seule solution de nature à tordre définitivement le cou à ces pratiques douteuses.

1212 – Gestion des comptes bancaires. – S'agissant des comptes bancaires, l'article 427 du Code civil prévoit que : « La personne chargée de la mesure de protection ne peut procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public ». Inclus dans les « dispositions générales » applicables à toutes les mesures de protection juridique, le texte a donc tout naturellement vocation à s'appliquer au mandat de protection future. Il en résulte que le mandataire, quelles que soient les stipulations du mandat, ne peut pas librement modifier les comptes bancaires du mandant. Ce n'est que si ce dernier n'est titulaire d'aucun compte ou livret que le mandataire peut lui en ouvrir un, sous certaines conditions, comme un tuteur.

On peut cependant comprendre que le mandataire, dont il s'agit de simplifier la tâche, préfère parfois, pour des raisons de commodité, transférer les comptes habituels du mandant auprès des établissements qui abritent ses propres comptes. Il peut aussi s'agir de rationaliser la situation bancaire du mandant, lorsque celui-ci détient une multitude de comptes, dispersés entre plusieurs établissements, ce qui peut être source de coûts (frais de virement, frais de gestion, *etc.*), de perte de temps et d'efficacité qui peuvent nuire économiquement à ses intérêts.

C'est pourquoi, à l'instar des actes de disposition concernant le logement, et dans un souci de cohérence, on pourrait imaginer que le mandat confère expressément un tel pouvoir au mandataire, sous réserve qu'il obtienne, au préalable, l'accord d'un subrogé mandataire. Ce dernier veillerait ainsi à la préservation des intérêts du mandant. En effet, les habitudes prises par ce dernier constituent, très généralement, des repères importants qu'il ne faut envisager de modifier qu'avec précaution et pour de justes motifs (217). En cas de conflit entre les mandataires, principal et subrogé, ou, en l'absence de subrogé mandataire, seul le juge pourrait autoriser le mandataire à déroger à ces principes, comme le prévoit déjà l'article 427 du Code civil.

(214) Le délai d'obtention d'une ordonnance autorisant une vente est souvent de plusieurs mois, mais il s'inscrit alors dans le délai classique de deux ou trois mois qui court entre la signature de l'avant-contrat et celui de la vente définitive.

(215) P. Dauptain, *Vers une simplification de la vente par une personne protégée* : *JCP* N *2013, nº 43, 1247*.

(216) V. Cass. ch. réunies, 21 mai 1897 : *DP* 1897, 1, 277, concl. Manaud. Pour une application plus récente, V. Cass. 1re civ., 7 nov. 2006, nº 04-15.799 ; *AJF* 2006, p. 466, obs. L. Pécaut-Rivolier.

(217) Il s'agit de ne pas perturber les personnes, notamment âgées ou souffrant d'un handicap, en les obligeant à changer d'interlocuteur ou de guichet bancaire.

II/ Le mandat sous seing privé

1213 **– Pouvoirs limités. –** Lorsque le mandat est sous seing privé, son objet est plus restreint dans la mesure où le mandataire ne peut effectuer que des actes conservatoires et d'administration sur les biens désignés dans l'acte (C. civ., art. 493, al. 1er, qui renvoie aux actes que le tuteur peut faire sans autorisation). Si un acte de disposition s'avère nécessaire, le mandataire devra saisir le juge. Il en sera par ailleurs de même si le mandataire souhaite accomplir un acte d'administration non prévu par le mandat.

Les **pouvoirs** du mandataire de protection future sont donc bien **moindres lorsque le mandat n'est pas authentique**, ce qui semble pour le moins cohérent dans la mesure où le contrôle de l'exécution du mandat est moins poussé dans ce cas. En limitant ainsi les pouvoirs du mandataire sous seing privé, la loi tente également d'éviter que le mandant ne se lie de manière imprudente. Au-delà, il s'agit clairement pour le législateur d'inciter les personnes intéressées à s'orienter vers le mandat notarié, afin qu'elles profitent, s'agissant d'un acte particulièrement important dans ses conséquences et délicat dans sa rédaction, de l'information délivrée par un notaire.

B/ Les pouvoirs relatifs à la protection de la personne

1214 **– Le mandant reste maître de sa personne. –** Aucune distinction selon la forme du mandat n'est à opérer ici. Le constat est le même, que le mandat soit notarié ou sous seing privé : la liberté pour fixer les pouvoirs du mandant est moindre en matière de protection de la personne vulnérable qu'en ce qui concerne la gestion de son patrimoine. L'article 479, alinéa 1er du Code civil prévoit que « les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2 » relatifs aux effets de la curatelle et de la tutelle. Il en résulte, sur le plan personnel et en dépit de la prise d'effet du mandat de protection future, que la personne vulnérable est présumée capable et « prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet » (C. civ., art. 459).

1215 **– Les pouvoirs encadrés du mandataire. –** Le mandant dispose de la faculté d'anticiper le moment où son état ne lui permettra plus de prendre seul une décision personnelle éclairée, en donnant pouvoir au mandataire de le représenter dans la protection de sa personne. La loi est cependant très prégnante sur ce sujet et bride le pouvoir de la volonté. En effet, l'étendue des pouvoirs du mandataire est définie, de manière impérative, par les articles 457-1 à 459-2 du Code civil, toute stipulation contraire étant réputée non écrite. Cela signifie que la protection de la personne est entendue comme un ensemble d'obligations imposées au mandataire par la loi. Ces obligations ne peuvent pas faire l'objet d'aménagements contractuels entre le mandant et le mandataire. En définitive, lorsque le mandat de protection future prévoit une protection de la personne du mandant, le mandataire se trouve dans une situation identique, en termes de pouvoirs, à celle du curateur ou du tuteur.

Ainsi le mandataire de protection future a-t-il une obligation d'information à l'égard de son mandant « sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part » (C. civ., art. 457-1). Et le texte de préciser que cette information doit être délivrée « selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi ».

Par ailleurs, il ne peut, sans l'autorisation du juge des tutelles, et « sauf urgence », prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du mandant ou à l'intimité de sa vie privée (C. civ., art. 459, al. 3). En revanche, il peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé, mais il doit alors en informer sans délai le juge (C. civ., art. 459, al. 4).

1216 – Exclusion des actes strictement personnels. – Certains actes qualifiés par la loi de « strictement personnels » demeurent réservés au mandant. En d'autres termes, ce dernier ne peut en aucun cas, dans le mandat de protection future, donner au mandataire pouvoir pour les accomplir. Il en est ainsi pour « la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant » (C. civ., art. 458, al. 2). Le législateur, par ces limites, a souhaité que la mesure de protection – judiciaire ou non – reste respectueuse de la dignité de la personne protégée.

À notre sens, la liste dressée par le législateur n'est pas limitative. On peut ainsi s'accorder à penser que le mandataire ne peut ni consentir au mariage, ni conclure un pacte civil de solidarité, ni introduire une action en divorce au nom du mandant. Du reste, on sait que la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a consacré une mesure emblématique au bénéfice du majeur protégé, en lui conférant le droit de vote, qu'il « exerce personnellement » et « pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de la mesure de protection le concernant » (C. élect., art. L. 72-1). Ce faisant, le législateur a intégré le droit de vote de la personne vulnérable à la catégorie des actes « strictement personnels ». Il en résulte, sans surprise, que la mise en place d'une représentation en matière personnelle dans le cadre du mandat de protection future ne saurait emporter pouvoir pour le mandataire de voter en lieu et place du mandant. Sauf à contrevenir à la pétition de principe, et même si le texte ne vise que le « seul (...) mandataire judiciaire à sa protection », il nous semble que le mandant ne peut pas donner procuration au mandataire (C. élect., art. L. 72-1).

Pouvoirs du mandataire en droit de la famille

Si le mandataire ne peut ni consentir au mariage, ni conclure un pacte civil de solidarité, ni introduire une action en divorce au nom du mandant, cela ne l'empêche pas, le moment venu, de devoir assurer la protection de ce dernier dans les mêmes conditions que le ferait un curateur ou un tuteur, sous réserve de clauses dérogatoires insérées dans le mandat.

Ainsi, en matière de mariage, le mandant ne pourra déposer son dossier de mariage en mairie qu'après avoir informé son mandataire de son projet, donc avant la publication des bans afin de permettre à celui-ci d'apprécier les intérêts de la personne protégée à cette union (C. civ., art. 460). Lorsqu'elle considérera que le projet n'est pas conforme aux intérêts de la personne protégée, le mandataire pourra faire usage de son droit d'opposition, qui a été élargi pour être aligné sur celui des parents (C. civ., art. 175). Si le mandant souhaite passer des conventions matrimoniales, il doit être assisté, dans le contrat, par le mandataire. Plus encore, lorsque le mandataire estimera que le mariage risque de porter atteinte aux seuls intérêts financiers du mandant, il pourra saisir le juge aux fins d'être autorisé à conclure seul, au nom du majeur protégé, une convention matrimoniale en vue de préserver ses intérêts qui peuvent exiger un régime différent du régime légal de communauté de biens réduite aux acquêts (C. civ., art. 1399).

En matière de pacte civil de solidarité, le mandataire devra assister le mandant lors de la signature du contrat (C. civ., art. 462, al. 1er). En cas de rupture, si celle-ci émane du mandant, la formalité de signification est opérée à la diligence du mandataire et lorsque l'initiative émane de l'autre partenaire, cette signification est faite au mandataire (C. civ., art. 461, al. 3).

En matière de divorce, le mandant est représenté par le mandataire ou, si son degré d'autonomie le permet, il exerce l'action lui-même avec l'assistance de ce dernier (C. civ., art. 249).

Qu'il s'agisse d'un divorce, de la rupture d'un Pacs ou d'un concubinage, si le mandataire est concerné et se trouve ainsi en opposition d'intérêts avec le mandant, le juge peut désigner un mandataire *ad hoc* (C. civ., art. 485, al. 2). Bien évidemment, il peut être judicieux *ab initio* de viser cette hypothèse et de désigner un mandataire *ad hoc* dans le contrat.

1217 **– Missions possibles. –** À l'inverse, 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 (C. civ., art. 479, al. 2).

Le mandat peut ainsi constituer une « occasion idéale » (218) pour le mandant afin d'exprimer certaines directives personnelles à ses proches. On songe, notamment, aux directives anticipées de fin de vie, visées à l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique, lesquelles « expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux » (219). Intellectuellement, un tel acte de prévoyance se conçoit, mais, à la réflexion, il semble se heurter à de sérieux obstacles. En droit, d'une part, car on pourrait considérer que ces directives sont « strictement personnelles » au mandant et donc insusceptibles de délégation au mandataire (220). En opportunité, d'autre part, tant on peut légitimement craindre que le mandant peut peiner dans la rédaction de ces directives : « trop générales, elles seront peu utiles, trop particulières, elles seront inapplicables parce que la situation vécue sera souvent éloignée de la situation prévue » (221). En tous les cas, pour être précises, elles supposeront des connaissances médicales pointues qui, généralement, font défaut au mandant. En outre, elles ne doivent pas avoir pour effet de contrevenir aux devoirs du médecin. Aussi peut-on en conclure, à l'instar de Me Potentier, « que le mandat de protection future n'est pas le siège idéal et approprié pour de telles dispositions » (222). Si la réflexion du mandant est suffisamment avancée sur cette question et dûment éclairée par un professionnel de santé, on peut toutefois imaginer que ces directives soient simplement annexées au mandat, sans être soumises au régime juridique de ce dernier, dans l'optique de favoriser leur diffusion, ne serait-ce qu'auprès du mandataire de protection future, et leur conservation, et par-delà leur mise en œuvre. Des raisons de simplicité militent en faveur de cette faculté qui permettrait au mandant de regrouper, au sein d'un document unique, les différentes mesures anticipatives qu'il entend organiser.

De la même manière, si le mandat peut contenir des dispositions particulières quant aux soins qui devront être prodigués au mandant (mode de traitement, établissement devant être fréquenté, médecin devant être sollicité, *etc.*), nul doute que cette faculté se heurte à nouveau *de facto* à la difficulté de vouloir mettre en place des solutions de manière anticipée là où l'urgence risque fort de commander, le moment venu, d'autres voies plus adaptées et non envisagées. Au mieux, le mandat s'avérera alors inutile, et, au pire, il pourrait constituer un frein à des solutions idoines au regard de la situation. L'insertion de telles directives n'est pas à exclure, mais elle doit donc être appréciée avec la plus grande prudence.

En revanche, et de manière plus réaliste, le mandant peut désigner le mandataire en qualité de « personne de confiance », afin que ce dernier puisse décider des soins appropriés à lui donner

(218) V. G. Calvet et H. Fabre, *Protection de la personne vulnérable : le recours aux mandats pour soi et pour autrui* : *JCP* N 27 avr. 2012, no 17, 1194, spéc. no 19.

(219) V. *infra*, nos 1268 et s.

(220) En ce sens, V. S. Mazeaud-Leveneur, *JCl. Civil Code*, Art. 477 à 494, Vo *Mandat de protection future*, 2019, no 49.

(221) P. Potentier, *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, Vo *Mandat de protection future*, 2017, no 58.

(222) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22, qui invoque deux raisons en ce sens. Selon lui, les dispositions anticipées de fin de vie « sont susceptibles de changer plus souvent : le document doit donc être établi d'une façon plus simple et moins solennelle que celle d'un acte notarié, là où l'urgence commande souvent la situation. En second lieu, le corps médical a souvent raison de dire que le notaire n'est pas le meilleur conseil pour prendre de telles dispositions requérant une compétence particulière, qu'il faut mieux réserver aux médecins eux-mêmes qui connaissent ou sondent beaucoup mieux leurs patients ».

lorsqu'il ne sera plus en état d'exprimer sa volonté (C. santé publ., art. L. 1111-6) (223). Encore faut-il alors, comme l'impose le texte, que le mandataire soit un parent ou un proche.

1218 **– Lieu de vie. –** Le mandat de protection future pourra également contenir des dispositions afférentes à un lieu de vie. Si l'article 459-2 du Code civil précise que « la personne protégée choisit le lieu de sa résidence », cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le mandat envisage les conditions de logement du mandant, si son état ne lui permet plus de faire ce choix. Il pourra ainsi marquer sa volonté absolue de ne pas quitter son domicile, ou au contraire envisager un placement dans un établissement spécialisé, et éventuellement désigner cet établissement. Le mandat pourra enfin prévoir d'une manière générale tout choix de vie sur lequel le mandant souhaitera qu'une attention particulière soit portée, et ayant trait, sans que cette énumération soit limitative à la vie quotidienne, à la vie sociale ou encore à l'entourage du mandant (224).

Témoignage d'un praticien (225)

Me Combret fait référence, de manière très éclairante, à une situation maintes fois rencontrée par les notaires dans leur pratique quotidienne, celle où « le client a souffert antérieurement d'avoir été un jour obligé de placer son père ou sa mère dans un établissement spécialisé, son maintien à domicile devenant source de trop de problèmes. Il y a alors un sentiment fort de culpabilité comme si l'on abandonnait un être cher. Avec le mandat de protection future, le mandant pourra prévoir qu'en cas de difficulté d'être maintenu à domicile, son mandataire devra le placer en établissement. Dans un cadre familial, on dédouane en quelque sorte ses enfants et on leur enlève le sentiment de culpabilité exprimé précédemment. Ils ne font qu'exécuter la volonté de leur père ou leur mère exprimée dans le mandat ».

§ II Les obligations du mandataire

1219 **– Mandat de droit commun. –** Le mandat de protection future est d'abord un mandat. La loi le rappelle clairement, en précisant qu'il est régi par les dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil qui ne sont pas incompatibles avec ses règles spécifiques. Ces dernières s'inspirent largement du droit commun du mandat pour déterminer les obligations du mandataire de protection future, qu'il soit originaire, subsidiaire, subrogé ou substitué. Après avoir exposé les obligations qui pèsent sur le mandataire (**A**), nous envisagerons les questions statutaires qui en constituent le corollaire (**B**).

A/ L'exposé des obligations

1220 **– Exécution personnelle. –** Le mandataire a été choisi en raison de la confiance qu'a placée en lui le mandant. Dès lors, c'est personnellement qu'il doit exécuter sa mission. Il ne peut se substituer un tiers pour des actes relatifs à la personne protégée, mais cette règle ne peut recevoir exception qu'à titre spécial et seulement pour des actes de gestion du

(223) V. *infra*, no 1262.
(224) V. G. Calvet et H. Fabre, *Protection de la personne vulnérable : le recours aux mandats pour soi et pour autrui* : *JCP* N 27 avr. 2012, no 17, 1194, spéc. no 21.
(225) J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité. Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, no 1, dossier 3, spéc. no 33.

patrimoine (C. civ., art. 482) (226). Cette obligation fondamentale étant rappelée à titre liminaire, on peut constater que différentes obligations se succèdent dans le temps, lors de la mise en œuvre du mandat (**I**), puis pendant son exécution (**II**).

I/ Au début du mandat

1221 **– Formalités en vue de la prise d'effet. –** En vue de la prise d'effet du mandat, c'est au mandataire qu'il appartient, tout d'abord, de solliciter du médecin choisi, conformément aux dispositions de l'article 431 du Code civil, un certificat médical relatif au discernement de la personne protégée, circonstancié et répondant aux critères de l'article 425 du Code civil. Ce certificat établira que la personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, en raison d'une altération soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté.

Ensuite, le mandataire doit produire ce certificat médical, avec une copie authentique du mandat, au greffe du tribunal d'instance de la résidence de la personne protégée. Il sera accompagné de la personne protégée, sauf s'il est établi par le même certificat médical que l'état de cette dernière ne lui permet pas de se déplacer.

Enfin, le mandataire doit notifier la prise d'effet du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou contre récépissé au mandant, à tous tiers cocontractants de la personne protégée pour tout contrat en cours d'exécution, à tous tiers dépositaires de biens appartenant à ladite personne mais aussi au subrogé mandataire, à tous tiers de confiance ou contrôleurs de gestion désignés le cas échéant dans le mandat. À nos yeux, il doit également, suivant des formes identiques, en informer le notaire rédacteur de l'acte.

Conseil pratique

Si la mise en œuvre du mandat incombe au mandataire, aucun texte ne l'oblige formellement à **surveiller l'état de santé du mandant**. Pour autant, le mandat pourrait utilement imposer une telle obligation au mandataire, dans le respect du secret médical dû au mandant (227). La stipulation d'une telle clause permettrait de pallier les risques inhérents à la mise en œuvre tardive, laquelle pourrait naturellement être reprochée au mandataire. À tout le moins, le notaire doit-il attirer l'attention du mandataire sur ce risque.

1222 **– Inventaire. –** Lors de l'ouverture de la mesure, le mandataire doit faire procéder à un inventaire estimatif des biens de la personne protégée. Cette obligation pèse sur tout représentant légal d'un majeur protégé (228), à l'exception notoire de l'habilité familial. Il est donc normal de la retrouver à l'adresse d'un mandataire de protection future. On en comprend la raison : en même temps qu'il fixe précisément le périmètre du domaine d'action du mandataire, cet inventaire permettra une parfaite et fidèle reddition des comptes. Partant, on comprend également que cet inventaire ne soit pas figé dans le marbre et que le mandataire doive assurer son actualisation aussi souvent que nécessaire, afin de

(226) Sur ce point, V. D. Fenouillet, *Le mandat de protection future ou la double illusion* : *Defrénois* 2009, n° 142, n° 45, qui s'interroge, à juste titre, à propos de cette faculté de substitution : « L'*intuitu personae* renforcé qui caractérise le mandat de protection future, au moins lorsqu'il est conféré à une personne physique, ne devrait-il pas conduire à interdire au mandataire désigné par le majeur de se substituer un tiers, sauf autorisation expresse dans le mandat ? ».

(227) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, n° 413.33.

(228) V. *infra*, nos 1499 et s.

maintenir à jour l'état du patrimoine (C. civ., art. 486). Il appartient au notaire qui a établi le mandat d'assurer la conservation de chaque inventaire (C. civ., art. 491, al. 1er).

II/ Au cours du mandat

1223 – Reddition des comptes. Dispositions générales. – Comme le mandataire de droit commun, le mandataire de protection future doit rendre compte de sa gestion (C. civ., art. 1993). Le mandat de protection future ayant vocation à durer, et à l'image d'une mesure légale de protection, l'article 486, alinéa 2 du Code civil oblige à établir ce compte chaque année. Cette obligation est compréhensible : elle représente le plus sûr moyen de vérifier que la mission du mandataire a été non seulement exécutée, mais encore bien exécutée. Il reste à savoir à qui le mandataire est tenu de rendre des comptes. Ce ne peut être au mandant, inapte par hypothèse à les comprendre et à les analyser. Sur cette question, à nouveau, les obligations du mandataire sont en définitive commandées par la forme du mandat, suivant qu'il a été rédigé devant notaire ***(a)*** ou sous seing privé ***(b)***.

a) Le mandat notarié

1224 – Compétence *ratione materiae* du notaire rédacteur. – Lorsqu'il a été désigné par acte authentique, le mandataire doit adresser annuellement ses comptes ainsi que les pièces justificatives au notaire qui a établi le mandat (229). Le rôle du notaire est dual. En la forme, il doit assurer la conservation des comptes et des pièces qui lui ont été remis (C. civ., art. 491, al. 1er). C'est un contrôle matériel, du même type que celui que fait le notaire lorsqu'il établit un compte de gestion, par exemple pour une indivision successorale. Quant au fond, il doit contrôler et apercevoir les éventuelles anomalies de gestion. En pareil cas, il lui appartient de saisir le juge des tutelles « de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conforme aux stipulations du mandat » (C. civ., art. 491, al. 2). Il en va de même, *a fortiori*, si le mandataire ne défère pas à son obligation annuelle (230). Dans cette mouvance, l'article 512 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2019, prévoit que le juge, uniquement en cas de difficultés, statue « sur la conformité des comptes à la requête de l'une des personnes chargées de la mesure de protection » (231).

Le notaire a donc un rôle de lanceur d'alerte, qui est essentiel. C'est une charge à l'évidence pour lui, tant le travail peut apparaître fastidieux et chronophage, mais une sécurité pour la personne protégée, son entourage et ses futurs successibles. Et si le fardeau est trop difficile à porter, au regard de l'ampleur et/ou de la composition du patrimoine du mandant, rien ne s'oppose à ce que le notaire rédacteur du mandat se fasse assister, dans le cadre de sa mission de vérification des actes du mandataire, par un ou plusieurs tiers, intervenant en

(229) À cette fin, le mandataire fera état des opérations qu'il exécutera pour le mandant au fur et à mesure de leur accomplissement et établira le compte des recettes et dépenses (trimestrielles, semestrielles ou annuelles), l'état des capitaux détenus et des revenus perçus, les sommes restant à recouvrer ou à acquitter, les dépenses engagées et non acquittées. Le mandat prévoit la forme (par ex., par courrier recommandé avec demande d'avis de réception) et la date (par ex., au plus tard le 31 janv. de chaque année) de remise des documents au notaire.

(230) Le notaire doit exiger du mandataire la remise ponctuelle des documents. S'il ne les reçoit pas, ou s'il manque des justificatifs, il doit mettre en demeure ce dernier de les fournir sans délai avant, si la situation persiste, de saisir le juge des tutelles.

(231) Avant la loi du 23 mars 2019, le notaire pouvait à tout instant faire vérifier les comptes au greffier en chef du tribunal d'instance (C. civ., art. 511 ancien), suivant des modalités bien connues, ou peut-être même trop connues, pour une mesure de tutelle. De l'aveu même des greffiers, ce contrôle ne s'avérait pas réellement effectif et suffisant. Désormais, et c'est heureux, le juge ne statuera qu'en ultime recours, au besoin en faisant appel à un professionnel qualifié.

qualité de sachant, dont il sollicitera l'avis : experts-comptables, conseil en gestion de patrimoine, *etc.* La solution idoine consiste alors à prévoir ce dispositif complémentaire de vérification dans le mandat (232), en spécifiant nommément le professionnel appelé à intervenir, en définissant les contours de son intervention et en fixant le coût de ses diligences (233). La fidélité aux habitudes du mandant dans le choix des professionnels chargés de contrôler les comptes du mandataire participe des éléments d'appréciation de la conformité du mandat aux intérêts du mandant.

Le notaire « lanceur d'alerte »

Quel est le rôle du notaire rédacteur dans le cadre de sa mission de contrôle de la gestion du patrimoine du mandant ? Compte tenu de la formule sibylline retenue à l'article 491 du Code civil, la question agite la pratique notariale depuis plusieurs années. Les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007 avaient précisé, en leur temps, que le notaire était chargé d'une mission d'information auprès du juge « en cas d'actes injustifiés ou anormaux » (234). On sait que cette mission d'information ne se déclenche qu'en présence d'un excès de pouvoir du mandataire, assez aisé à déceler car apprécié à l'aune des termes du mandat, mais aussi, ce qui soulève davantage d'interrogations, d'un mouvement de fonds et d'un acte « injustifiés ». À cet égard, deux lectures sont possibles selon que l'on considère que la notion peut se réduire à une simple question probatoire ou qu'elle implique, aussi, l'appréciation de l'opportunité (235). Dans la première acception, le mouvement de fonds ou l'acte est considéré comme injustifié car aucune justification ne permet d'en démontrer la réalité. Le mandataire ne fournit aucune pièce justificative. Dans la seconde, le mouvement de fonds où l'acte est considéré comme non justifié lorsque aucune explication ne permet de fonder sa légitimité. Le mandataire ne fournit aucune justification.

Dans un souci compréhensible de limiter l'étendue de leur responsabilité, les notaires ont une tendance naturelle à privilégier la première interprétation, dite « probatoire ». Mais, en toute conscience, comment le notaire pourrait-il s'apercevoir d'éventuelles anomalies de gestion en se contentant d'un contrôle purement formel ? Le rôle confié au notaire est d'apprécier la conformité ou non de l'exécution de la mission avec les termes du mandat, et d'assurer dans cette optique, plus généralement, la protection du mandant, qui peut être confronté à un mandataire négligent, incompétent ou peu scrupuleux. Partant, si l'on ne saurait contraindre le notaire à s'immiscer dans la gestion du mandataire, son obligation d'alerte lui enjoint de vérifier, à la lumière de la volonté exprimée par le mandant, que le mandataire agit de manière raisonnable, soucieux des biens et intérêts qui lui ont été confiés. Et ce n'est que si le notaire a un doute manifeste sur cette gestion, c'est-à-dire sur l'opportunité de telle ou telle opération, qu'il peut saisir le juge des tutelles.

Dans un mécanisme par essence contractuel, et dans un système toujours plus déjudiciarisé, le notaire ne peut faire l'économie d'un précontrôle d'opportunité, ce qui doit lui imposer de ne recourir au juge qu'en cas de crainte sérieuse et avérée. Dans les faits, ce contrôle est parfois facilité parce que l'acte en question relève de son champ d'intervention habituel. Par exemple, s'il s'agit d'apprécier le bien-fondé de la vente d'un bien immobilier, le notaire doit s'assurer que le bien en question a été vendu à son juste prix. Dans d'autres hypothèses, ce contrôle sera rendu plus délicat car ne relevant pas de ses domaines de prédilection. Il peut en être ainsi, par exemple,

(232) Encore faut-il que le notaire ait anticipé ses probables difficultés pour contrôler les comptes. À défaut, si le notaire ne s'aperçoit qu'en cours d'exécution du mandat de la lourdeur de sa tâche, l'adjonction d'un professionnel supposera l'accord du mandataire.

(233) Il va sans dire, dans un souci de réalisme, que ce type d'intervention ne se justifie que si, d'une part, le patrimoine du mandant atteint une certaine taille, ou qu'il est composé d'actifs complexes tels que titres de société, biens immobiliers de rapport, portefeuilles de valeurs mobilières, et, d'autre part, ses facultés financières sont suffisamment importantes pour y faire face.

(234) Rapp. Sénat n° 212, 2006-2007, p. 195, par H. de Richemont.

(235) Sur cette question, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, n° 412.102.

s'il s'agit de vérifier la cohérence d'un arbitrage de portefeuille de valeurs mobilières. En ce cas, l'intervention à ses côtés d'un professionnel du chiffre sera la bienvenue. De la même façon, son rôle par essence restreint, lorsque le mandataire est un professionnel ou lorsque certains actes auront reçu l'approbation d'un subrogé mandataire ou d'un tiers de confiance, peut s'avérer bien plus lourd dans le cas inverse, et impliquer une appréciation à la fois économique et personnelle du mouvement de fonds ou de l'acte, tenant compte de l'état de la personne protégée ou de ses besoins financiers.

1225 – Compétence *ratione personae* du notaire rédacteur. – Eu égard au caractère *intuitu personae* qui y est attaché, le notaire ne saurait déléguer sa mission de vérification à un tiers (236), ce compris à l'un de ses confrères, et quand bien même il aurait obtenu l'accord du mandataire pour ce faire. À notre sens, seul le juge des tutelles, alerté par tout intéressé, en vertu de l'article 484 du Code civil peut, en cas de carence avérée du notaire qui a tenu la plume, lui substituer l'un de ses confrères. Certes, on sait que « ce n'est pas le juge qui fait le mandat, mais le mandant » ! Il s'agit là d'une interprétation extensive du texte, justifiée à nos yeux par un souci de protection du mandant face au danger que lui ferait courir la carence du notaire, en présence d'un mandataire négligent, incompétent ou nuisible. Cette faculté constituerait une soupape de sécurité quand ce danger est si prégnant qu'il aura conduit un tiers à saisir le juge.

Une autre difficulté peut surgir dans le cas où le notaire « qui a établi le mandat » n'exerce plus lorsque le mandat vient à exécution. À qui le mandataire doit-il alors rendre des comptes (237) ? Pour éviter toute difficulté le moment venu, il est opportun de prévoir dans le mandat notarié que les comptes seront rendus au notaire qui a tenu la plume, et à défaut si ce notaire n'exerce plus, pour quelque raison que ce soit, et avec l'accord du mandant, au notaire qui exercera dans l'office notarial où résidait le notaire qui avait établi le mandat. À défaut d'une telle précaution rédactionnelle, on engage indéniablement des risques d'exécution et l'on se trouve réduit à espérer que le juge, éventuellement saisi de cette difficulté au visa de l'article 484 du Code civil, accepte de se déclarer compétent pour désigner un notaire de substitution.

Le notaire qui a établi le mandat, à qui le mandataire doit rendre des comptes, peut-il recevoir les actes concernant directement ou indirectement le mandant (238) **?**

On aperçoit ici les termes du débat bien connus de toute activité notariale : s'agissant d'un acte où le mandant est partie à l'acte, et où le notaire est lui-même intéressé par la rémunération qu'il en retirera, le potentiel conflit d'intérêts ne le condamne-t-il pas à s'abstenir et à confier la réception de l'acte à un autre notaire ? D'emblée, et sans aucune autre réflexion plus approfondie, la sagesse commande l'abstention. Mais ne peut-on pas avoir une lecture plus compréhensive de l'attribution qui est confiée au notaire sur ce sujet ? Le mandat de protection future s'appuie à la fois sur une volonté et une confiance du mandant dans la désignation du mandataire et sur le choix du notaire qui orchestre cette mesure originale et volontaire de protection. La responsabilité du notaire est totale dans les actes et les missions qui lui sont confiés. Le notaire doit en retirer une autonomie plus grande. Comment peut-on imaginer qu'une personne en pleine possession de ses moyens vienne confier ses intérêts à un notaire, officier public, pour décider d'un mandat de protection future, choisir son mandataire, choisir son notaire qui en

(236) V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 412.102.

(237) À ce propos, V. P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.

(238) Sur cette question, V. les propos éclairants, ici reproduits, de P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique : Defrénois* 2018, p. 22.

contrôlera le moment venu son exécution, sans convenir en même temps et implicitement que ce même notaire recevra les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine ? Un tel clivage des activités notariales relèverait d'une grande incohérence.
Le seul constat qu'il est permis de faire à la suite des développements qui précèdent est la responsabilité du notaire qui en est décuplée. Le notaire s'engage avec le mandataire sur l'utilité de l'acte entrepris, son opportunité, ses modalités financières et ses conséquences.

b) Le mandat sous seing privé

1226 **– Reddition des comptes moins contraignante. –** Lorsque le mandat est établi par acte sous seing privé, le contrôle de la gestion du mandataire fait l'objet de dispositions moins contraignantes, ce qui s'explique par l'étendue plus réduite de sa mission. En pareille occurrence, le mandataire doit seulement conserver « l'inventaire des biens et ses actualisations, les cinq derniers comptes de gestion, les pièces justificatives ainsi que celles nécessaires à la continuation de celle-ci » (C. civ., art. 494). Consciente du déficit de protection qui en résulte, la Chancellerie invite toutefois le mandant, dans le modèle Cerfa 13592-02 de mandat sous seing privé qu'elle a mis en ligne, à désigner une personne physique ou morale chargée de contrôler le mandataire dans sa mission de protection de la personne et/ou du patrimoine du mandant. Il peut s'agir d'un proche, d'une personne de confiance, de plusieurs de ces personnes, professionnelles ou non, *etc.* Dans les faits, il paraît d'ailleurs difficile de faire l'économie de cette précision dans la mesure où le greffier, lors de la mise en œuvre du mandat, doit vérifier que « les modalités de contrôle de l'activité du mandataire sont formellement prévues » (CPC, art. 1258-2). La personne ainsi désignée pourra, en cas de difficulté, demander au juge de statuer sur la conformité des comptes (C. civ., art. 512, al. 1er).

À la différence du mandat notarié, le contrôle de la mission du mandataire demeure ici presque exclusivement tributaire de la seule volonté des parties, ce qui laisse quelque peu dubitatif tant il est à craindre que le système contractuellement prévu puisse alors relever « du plus parfait amateurisme » (239). Si rien n'est prévu dans le mandat, aucun système d'alerte spécifique et systématique du juge n'est prévu. Certes, en pareil cas, la gestion du mandataire demeure soumise au pouvoir de surveillance générale du juge des tutelles et du procureur de la République prévu à l'article 416 du Code civil (C. civ., art. 494, al. 2), mais encore faut-il, pour que ce contrôle soit effectif, que ces magistrats aient le moyen de prendre connaissance des mandats mis à exécution dans leur ressort. Certes, cela n'empêche pas que « tout intéressé » puisse « saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution » (C. civ., art. 484), mais encore faut-il alors que la « personne intéressée » ait pu détecter l'existence d'éventuelles anomalies de gestion. Il ressort de tout ceci une impression de flottement et d'insécurité qui, pour tout dire, ne milite pas en faveur du mandat sous seing privé.

B/ Le corollaire des obligations

1227 **– Rémunération du mandataire. –** S'agissant de la rémunération du mandataire, c'est le droit commun qui s'applique dans la mesure où aucune disposition spécifique n'est consacrée à cette question. En conséquence, le mandat de protection future est en principe exercé

(239) P. Potentier, *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, V° *Mandat de protection future*, 2017, n° 149.

à titre gratuit, sauf convention contraire (C. civ., art. 1986). Le principe se trouve cependant exclu lorsque le mandataire exerce cette fonction dans le cadre de sa profession habituelle, la mission ne pouvant alors être que rémunérée (240). Cela étant, en cas de gratuité, le mandant doit rembourser au mandataire les avances et les frais que celui-ci a faits pour l'exécution de son mandat (C. civ., art. 1999). En cas de rémunération, celle-ci doit être explicitement indiquée à la fois dans son principe et dans son montant. Le modèle Cerfa 13592-02 de mandat sous seing privé, prévoit trois options : une rémunération forfaitaire annuelle, une rémunération forfaitaire mensuelle, ou une rémunération fixée selon des modalités particulières. On pourrait songer, dans ce dernier cas, à une rémunération proportionnelle à l'actif à gérer ou qui est fonction de l'ampleur des diligences à accomplir. En tout état de cause, les modalités de la rémunération doivent, pour éviter toute contestation ultérieure, être précisées dans le mandat.

1228 **– Responsabilité du mandataire. –** La responsabilité du mandataire, à raison de l'exécution de la mesure de protection, se détermine également par référence au droit commun du mandat (C. civ., art. 424). C'est dire que le mandataire répond de toutes ses fautes, qu'elles soient ou non dolosives (C. civ., art. 1992, al. 1er), étant ici précisé que « la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire » (C. civ., art. 1992, al. 2). La solution est frappée du coin du bon sens, celui qui rend service devant être traité moins sévèrement que celui qui reçoit une contrepartie financière. Pour le reste, s'appliquent les règles classiques du droit de la responsabilité. Le mandataire sera donc tenu d'indemniser la victime pour l'intégralité du préjudice subi et dans le cas où le mandataire se substitue à un tiers dans l'exercice de sa mission, il devra répondre de la personne à qui il se sera substitué (C. civ., art. 1994). Les fautes à même de lui être reprochées peuvent être énumérées, à titre indicatif, à l'aune des différents manquements éventuels de tout mandataire : le dépassement de mandat, la faute de gestion et l'atteinte aux intérêts du mandant sont les principaux. Enfin, notons que l'action en responsabilité civile diligentée à l'encontre du mandataire se prescrit par un délai de cinq ans à compter de la fin du mandat, alors même que la gestion aurait continué au-delà (C. civ., art. 423).

Section III La fin du mandat de protection future

1229 **– Plan. –** Le mandat de protection future mis en œuvre ne prend fin que pour des causes limitativement énumérées par la loi. Ces causes de cessation peuvent être distinguées suivant qu'elles font cesser le mandat de plein droit ou de manière facultative : dans le premier cas, elles sont imposées par la loi (**Sous-section I**) alors que dans le second cas, elles dépendent du juge (**Sous-section II**).

Sous-section I La fin du mandat imposée par la loi

1230 **– Plan. –** Les événements qui entraînent de plein droit la cessation du mandat de protection future sont énumérés **à l'article 483 du Code civil**. Certains sont liés au mandant (**§ I**), d'autres au mandataire (**§ II**).

(240) V., par ex., Cass. 1re civ., 16 juin 1998, no 96-10.718.

§ 1 Les causes relatives au mandant

1231 **– Impossibilité d'une révocation *ad nutum* par le mandant. –** Une fois conclu, le mandat de protection future reste en quelque sorte en sommeil tant qu'il n'est pas activé. Parce qu'il ne développe pas encore ses effets, le mandat peut être révoqué assez facilement, notamment par son bénéficiaire. En revanche, une fois qu'il a été activé, et contrairement au droit commun du mandat (C. civ., art. 2004), le mandat de protection future ne peut plus être révoqué *ad nutum* par le mandant. Cette solution paraît contradictoire avec l'idée que le mandant conserve sa capacité juridique et qu'il peut, à ce titre, faire des actes concurrents au mandataire qui pourraient s'analyser en révocation partielle. Au rebours, si l'on considérait que le mandant est dessaisi de ses droits, elle serait parée de tous les atours d'une saine logique juridique : le mandant n'étant plus en capacité de contracter, il ne peut plus révoquer son mandat établi alors qu'il bénéficiait de toutes ses facultés mentales. Quoi qu'il en soit, on peut constater, s'agissant du mandant, que la révocation du mandat mis à exécution ne peut donc être prononcée que judiciairement, et à la condition d'être en présence de l'une des trois causes de révocation prévues par la loi (241).

1232 **– Le rétablissement des facultés personnelles du mandant. –** La raison d'être du mandat de protection future réside dans la protection d'une personne qui n'est plus apte à pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles. Une telle situation, souvent hélas durable, peut parfois n'être que temporaire et la personne recouvrer la santé. Partant, si son état de santé s'est rétabli, le mandat perd sa justification et son bénéficiaire doit retrouver son autonomie (C. civ., art. 483, 1°). En la forme, ce rétablissement est constaté, à la demande du mandant ou du mandataire, au moyen d'un certificat médical dressé par un médecin inscrit sur la liste du parquet et daté de moins de deux mois, et selon des modalités très précises définies à l'article 1259 du Code de procédure civile.

Remarque

Lorsque c'est le mandant qui en prend l'initiative, il est nécessaire que le mandataire soit personnellement informé de la fin du mandat. La loi ne prévoyant rien à ce sujet, nous pensons que la démarche effectuée doit être notifiée au(x) mandataire(s), tiers de confiance et au notaire qui a tenu la plume, si le mandat a été rédigé en la forme authentique.

1233 **– Le décès du mandant ou son placement sous curatelle ou sous tutelle. –** Le décès du mandant ôte tout intérêt au mandat de protection future puisque c'est pour elle qu'il avait été conclu. Ce décès emporte donc nécessairement son extinction (C. civ., art. 483, 2°).

1234 **– Le placement sous curatelle ou sous tutelle du mandant. –** Le mandat prend fin par l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle à l'égard du mandant « sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure » (C. civ., art. 483, 2°). Cette cessation s'applique, en principe, de plein droit, sans que le juge ait à statuer, en pareil cas, sur la fin de la mesure conventionnelle, à la condition toutefois que celle-ci ait été mise en œuvre (242).

(241) V. P. Potentier, *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, V° *Mandat de protection future*, 2017, n° 128, qui souligne, à juste titre, qu'en définitive et « en dehors de maladresses rédactionnelles ou d'exécution défectueuse du mandat, il y a peu de salut pour un mandant soudainement pris de remords, sous le regard désabusé et impuissant de son entourage proche. Le mandat s'exécutera vaille que vaille. Cette position est légitime, mais sera parfois, à n'en pas douter, un peu douloureuse ».

(242) Cass. 1re civ., 4 janv. 2017, n° 15-28.669 : *JCP* G 2017, 200, note N. Peterka ; *D.* 2017, p. 191, note D. Noguéro ; *Defrénois* 28 févr. 2017, n° 125u1, p. 245, note A. Batteur ; *AJF* 2017, p. 144, obs. G. Raoul-Cormeil ; *Dr. famille* 2017, comm. 49, note I. Maria ; *RTD civ.* 2017, p. 100, obs. J. Hauser.

On sait, et l'on comprend qu'une mesure judiciaire puisse être nécessaire, en dépit de l'existence d'un mandat de protection future, dont les termes trop restrictifs ne permettent pas de préserver les intérêts du mandant (C. civ., art. 485, al. 2), on perçoit plus difficilement pourquoi elle devrait entraîner de plein droit la disparition de ce dernier. Cet effet révocatoire est d'autant moins compréhensible que la loi permet à la personne en curatelle de conclure un mandat de protection future avec l'assistance du curateur (C. civ., art. 477, al. 2). Pourquoi la coexistence entre la curatelle et le mandat de protection future devrait-elle être permise dans un cas (lorsque la curatelle précède la signature du mandat) et pas dans l'autre (lorsque la mise en œuvre du mandat précède la curatelle) ?

À vrai dire, et même si une soupape de sécurité est prévue, cette disposition paraît clairement en discordance avec le principe de subsidiarité des mesures judiciaires par rapport au mandat de protection future (C. civ., art. 428), récemment renforcé par la loi du 23 mars 2019. En réalité, dans cette logique, le maintien du mandat devrait être la règle, et sa mise à l'écart l'exception. Concrètement, il serait donc incontestablement plus cohérent de subordonner la révocation du mandat de protection future à la décision expresse du juge qui prononce la mesure judiciaire, et non l'inverse (243). Il s'agit là d'une préconisation de bon sens si l'on souhaite respecter la volonté du majeur protégé qui avait été bien formalisé, et de manière anticipée, au temps où il était lucide.

De manière plus énergique encore, le juge ne devrait pas pouvoir ouvrir une mesure de protection sans avoir révoqué préalablement le mandat par une décision spécialement motivée, sur le fondement de l'article 483, 4° du Code civil. Dans cette perspective, la cause de cessation de plein droit du mandat de l'article 483, 2° du Code civil devrait être supprimée.

§ II Les causes relatives au mandataire

1235 **– Le décès du mandataire. –** Parce que c'est le mandataire qui était chargé, *intuitu personae*, de mettre en œuvre le mandat de protection future, son décès rend l'exécution dudit mandat impossible. Il entraîne donc son extinction, sauf si le mandant avait pris soin de désigner, dans son mandat, un mandataire appelé à se substituer au premier nommé en cas de décès (244). Il s'agit là d'une sage précaution dans la mesure où le champ d'intervention du juge des tutelles, circonscrit selon les termes choisis de l'article 484 du Code civil, ne lui permet certainement pas de modifier cet élément central du contrat et donc de remplacer le mandataire défaillant par un autre (245). De la même manière, si le mandat fonctionne dès l'origine avec plusieurs mandataires, il est judicieux de prévoir dans le contrat ce qu'il advient si l'un d'entre eux vient à décéder.

1236 **– Le placement sous protection ou la déconfiture du mandataire. –** Lorsque le mandataire personne physique voit lui-même ses facultés décliner au point de faire l'objet d'une mesure de protection juridique, quelle qu'elle soit, il n'est pas opportun de continuer à lui confier les intérêts du bénéficiaire du mandat de protection future. Aussi la loi prévoit-elle l'extinction systématique du mandat dans ce cas (C. civ., art. 483, 3°). Il en va de même lorsque le mandataire personne morale se trouve en état de déconfiture. De nouveau, il convient de rappeler que la désignation d'un mandataire prioritaire et d'un mandataire

(243) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, n° 411.22.
(244) V. *supra*, n° 1175.
(245) V., en ce sens, S. Mazeaud-Leveneur, *JCl. Civil Code*, Art. 477 à 494, V° *Mandat de protection future*, 2019, n° 73.

subsidiaire constitue une précaution rédactionnelle élémentaire, car elle présente l'intérêt de permettre au mandat de continuer à vivre malgré la survenance de l'une des causes de cessation de plein droit visées par le texte (246).

1237 **– La renonciation du mandataire est par principe inopérante. –** Si, avant que le mandat ait pris effet, le mandataire peut assez facilement renoncer à la mission qu'il a acceptée (247), il en va autrement lorsque le mandat a été mis en œuvre. La renonciation du mandataire revêt alors une plus grande gravité. Celui-ci abandonne le vaisseau, alors que l'on comptait sur lui. Il bouleverse ainsi les prévisions du mandant alors que ce dernier n'est plus en état de choisir un autre mandataire. La renonciation ne peut donc être libre. Par sagesse, la loi ne l'interdit pas, car le mandataire est susceptible de connaître des empêchements sérieux, qui nuisent à l'accomplissement de sa mission. Le mandataire, pour renoncer, doit être autorisé par le juge des tutelles (C. civ., art. 480, sur la saisine duquel, V. CPC, art. 1259-3). Dans ce cas, le mandat est appelé à disparaître, sauf si un mandataire subsidiaire a été prévu au contrat.

Sous-section II La fin du mandat décidée par le juge

1238 **– Une révocation judiciaire. –** D'autres événements sont susceptibles de mettre un terme au mandat de protection future mais une décision du juge des tutelles est alors nécessaire, ce qui rend la révocation facultative. Alors que l'activation du mandat de protection future fait l'objet d'un contrôle réduit à sa plus simple expression (248), duquel le juge est évincé, le souci de protection du mandant ouvre la voie, une fois le mandat mis en œuvre, à un possible contrôle judiciaire *a posteriori* (C. civ., art. 483, 4°) (249).

Selon la loi, « tout intéressé » peut saisir le juge des tutelles d'une demande en révocation. La formule légale étant large, peuvent notamment saisir le juge des tutelles, le mandant, les membres de sa famille, des créanciers, ses proches, le(s) mandataire(s) ou encore le procureur de la République. Le notaire qui a reçu le mandat de protection future a aussi un intérêt à agir.

1239 **– L'absence d'altération médicalement constatée des facultés personnelles du mandant. –** Le juge des tutelles a la possibilité de révoquer le mandat de protection future « lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 » ne sont pas réunies. Ce texte détermine l'état de la personne qui est susceptible d'être soumise à une mesure de protection. Ces facultés doivent être altérées au point de l'empêcher de pourvoir seule à ses intérêts. Tout intéressé peut ainsi contester l'ouverture du mandat de protection future par une remise en cause du certificat médical attestant l'inaptitude. Cette cause de révocation semble faire double emploi avec l'article 484 du Code civil qui ouvre également à tout intéressé le droit de contester la mise en œuvre du mandat de protection future (250). Dans les faits, *l'hypothèse demeure marginale*.

(246) V. *supra*, n° 1175.
(247) V. *supra*, n° 1178.
(248) V. *supra*, n° 1198.
(249) En revanche, tant que le mandat n'a pas été mis à exécution, il n'appartient pas au juge des tutelles de le révoquer (V., par ex., CA Nancy, 27 juin 2011, nos 10/03490 et 11/01900 : *JurisData* n° 2011-032253 ; *Dr. famille* 2012, comm. 86, I. Maria).
(250) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, n° 411.31.

1240 – L'atteinte aux intérêts du mandant. – Selon l'article 483, 4° du Code civil, le mandat peut être judiciairement révoqué lorsque son exécution « est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant ». L'esprit du texte, à la lecture des travaux préparatoires, est de confier au juge des tutelles le « pouvoir d'apprécier si l'exécution de la mesure conventionnelle assure effectivement la protection de la personne et des biens du mandant » (251). Cette disposition se situe dans la droite ligne de l'article 484 du Code civil, en se montrant toutefois plus exigeante dans ses conditions d'application, ce qui est cohérent, dans la mesure où il s'agit non pas ici de corriger un hiatus dans l'exécution du mandat pour permettre sa poursuite, mais, plus radicalement, d'y mettre fin.

Concrètement, le texte vise les situations dans lesquelles le mandataire se révèle inapte à exécuter le mandat de protection future, par négligence ou incompétence (252), ou dans lesquelles il se montre malveillant (253). Un arrêt récent de la Cour de cassation en fournit une intéressante illustration, en estimant justifiée la révocation judiciaire du mandat de protection future, dès lors que le mandataire avait manqué à son obligation de bonne gestion en produisant avec retard un inventaire lacunaire, en ne justifiant pas de l'utilisation des sommes prélevées sur les comptes du mandant et en omettant de procéder à la déclaration d'ISF de ce dernier (254). C'est ici rappeler, à bon escient, que l'obligation d'une saine gestion pesant sur le mandataire lui impose également de s'acquitter correctement des obligations fiscales du mandant. L'exécution seulement partielle du mandat ou son activation tardive par le mandataire, lorsqu'elle témoigne de sa négligence, peuvent également aboutir à la mise à l'écart du mandat (255). Des différends entre les mandataires, lorsqu'ils sont plusieurs, pourraient également être retenus.

La formule légale est conçue en termes suffisamment larges pour ouvrir au juge des tutelles une importante marge d'appréciation pour décider s'il y a lieu, ou non, de révoquer le mandat de protection future (256), mais aussi pour lui permettre d'intervenir de façon préventive, sans qu'il soit nécessaire que l'atteinte soit déjà réalisée. Il suffit que, par son (in)action, le comportement du mandataire constitue une menace pour les intérêts du mandant. Encore faut-il être susceptible de produire des indices tangibles au soutien d'une telle demande.

1241 – Conséquences de la révocation judiciaire. – L'article 485 du Code civil autorise le juge qui met fin au mandat à « ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre ». Cette faculté est pleinement compréhensible tant on conçoit malaisément, en pratique, que le juge puisse révoquer le mandat sans se préoccuper d'ouvrir immédiatement une procédure de mise sous protection judiciaire et sans prendre les mesures urgentes que requièrent les intérêts du mandant. Toutefois, parce qu'il s'agit ici de « renforcer le régime de protection de l'intéressé », le juge doit être

(251) Rapp. Sénat n° 212, 7 févr. 2007, sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, p. 189, par H. de Richemont.

(252) Pour un budget largement déficitaire créant une méfiance au sein de la fratrie, V. CA Rennes, 29 oct. 2013, n° 13/00748 : *JurisData* n° 2013-025508 ; *Dr. et patrimoine* déc. 2014, n° 242.

(253) Pour un exemple de comportement frauduleux, V. CA Nancy, 27 févr. 2015, n° 14/02708 : *JurisData* n° 2015-004599 (détournement de fonds et déménagement du mobilier de la personne protégée).

(254) Cass. 1re civ., 17 avr. 2019, n° 18-14.250 : *JCP* N 2019, n° 20, act. 474, obs. N. Peterka ; *JCP* G 2019, 593, obs. G. Raoul-Cormeil ; *Dr. famille* 2019, comm. 134, note I. Maria ; *LPA* 18 juin 2009, n° 121, p. 7, note D. Noguéro. *Adde* Cass. 1re civ., 13 juin 2019, n° 18-19.079 ; *Dr. famille* 2019, comm. 185, note I. Maria, qui considère, concernant des manquements assez proches, que « le manque de rigueur et de diligences dans la gestion du patrimoine » du mandant peut également justifier sa révocation.

(255) CA Nancy, 27 févr. 2015, n° 14/02708, préc.

(256) V. Cass. 1re civ., 4 janv. 2017, n° 15-28.669 : *JCP* G 2017, 200, obs. N. Peterka ; *Dr. famille* 2017, comm. 49, I. Maria ; *Defrénois* 2017, p. 245, obs. A. Batteur ; *D.* 2017, p. 191, note D. Noguéro ; *AJF* 2017, p. 144, obs. G. Raoul-Cormeil.

saisi « d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431 » (C. civ., art. 442, al. 4). C'est dire que la saisine d'office du juge des tutelles demeure ici écartée, ce qui peut constituer, dans certaines hypothèses, « une faille majeure du dispositif » (257). Dès lors, ne devrait-on pas exiger du demandeur en révocation du mandat de solliciter automatiquement l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle, et de respecter les formes pour ce faire, aux fins d'éviter que la personne vulnérable ne se retrouve sans protection organisée ?

À l'expiration du mandat et dans les cinq ans qui suivent, le mandataire doit, quelle que soit la forme du mandat, tenir « à la disposition de la personne qui est amenée à poursuivre la gestion, de la personne protégée si elle a recouvré ses facultés ou de ses héritiers l'inventaire des biens et les actualisations auxquelles il a donné lieu ainsi que les cinq derniers comptes de gestion et les pièces nécessaires pour continuer celle-ci ou assurer la liquidation de la succession de la personne protégée » (C. civ., art. 487).

1242 **– Alternatives à la révocation judiciaire. –** Saisi aux fins de révocation, le juge ne se trouve pas dans l'obligation de détruire systématiquement le mandat de protection future. En réalité, la loi lui offre plusieurs alternatives.

D'une part, il peut placer le mandant sous sauvegarde de justice et suspendre les effets du mandat de protection future (C. civ., art. 483, dernier al.). Cette suspension est destinée à lui permettre de prendre connaissance du mandat de protection future et aussi de vérifier ses conditions d'exécution. Au vu de ces éléments, le juge sera ensuite libre d'ordonner ou non la mainlevée de la sauvegarde de justice et donc de redonner ou non effet au mandat.

D'autre part, « lorsque la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux » du mandant, le juge peut décider de maintenir le mandat tout en prononçant l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle, à titre complémentaire (C. civ., art. 485, al. 2). En pareil cas, il fait cohabiter deux régimes, un régime légal et un régime conventionnel. Concrètement, les pouvoirs du curateur ou du tuteur sont alors amputés des pouvoirs accordés au mandataire, à la lecture du contrat. Il s'agit clairement ici de venir au secours d'un mandat trop étriqué et non de sanctionner l'incurie du mandataire. Le texte prévoit que le juge peut du reste confier la charge de la curatelle ou de la tutelle à ce dernier. Mieux encore, si cela est suffisant pour préserver les intérêts du mandant, il peut se contenter d'autoriser le mandataire « à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat ». Enfin, il peut aussi autoriser un mandataire *ad hoc* à accomplir lesdits actes, si une évolution de la situation, pas nécessairement prévisible lors de la rédaction du mandat, a fait apparaître un conflit d'intérêts entre le mandataire et le mandant. Le panel des solutions est très large, étant ici souligné que si ces autorisations ponctuelles sont de nature à combler les lacunes dans la protection du mandant, le placement du mandant sous curatelle ou tutelle doit à l'évidence être évité. D'une manière plus générale, c'est toujours le maintien du mandat qui doit être privilégié. Le principe de subsidiarité le commande (258). Quelle que soit l'option

(257) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 411.41.

(258) Dans les faits, on constate chez certains magistrats une tendance à aller au plus simple et à ne pas s'embarrasser avec le cumul des protections judiciaire et conventionnelle. Comp. Cass. 1re civ., 4 janv. 2017, no 15-28.669 : *JCP* G 2017, 200, note N. Peterka ; *D.* 2017, p. 191, note D. Noguéro ; *Defrénois* 28 févr. 2017, no 125u1, p. 245, note A. Batteur ; *AJF* 2017, p. 144, obs. G. Raoul-Cormeil ; *Dr. famille* 2017, comm. 49, note I. Maria ; *RTD civ.* 2017, p. 100, obs. J. Hauser, qui privilégie la mise à l'écart du mandat de protection future au profit d'une curatelle renforcée, tout en confiant à l'épouse, mandataire de protection future, la protection de la personne de son mari, désormais en qualité de curatrice. La continuité dans l'exercice de cette charge, en dépit du changement de qualité, permet de rassurer la personne protégée et de prendre en considération ses préférences.

choisie, le texte précise que : « Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre ; ils s'informent toutefois des décisions qu'ils prennent » (C. civ., art. 485, al. 3).

La désignation d'un mandataire *ad hoc*

On peut certainement regretter que, dans le silence du mandat, la faculté de désigner un mandataire *ad hoc* ne soit, en l'état, offerte au juge qu'aux cas d'extension du mandat (C. civ., art. 485, al. 2). Ainsi entendu, le mandataire *ad hoc* ne peut intervenir qu'en complément et non en remplacement du mandataire, ce qui est trop réducteur. Les textes devraient prévoir, d'une manière générale, à l'instar de l'article 455 du Code civil s'agissant de la curatelle et de la tutelle, que le juge dispose de la possibilité, en cas d'opposition d'intérêts avérée entre le mandant et le mandataire, de pourvoir à la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Il s'agit là d'une préconisation du rapport Caron-Déglise (259), qui nous paraît totalement justifiée.

1243 – Le juge et le mandat de protection future. – Comparé à ceux qui sont classiquement les siens en matière de protection des personnes, les pouvoirs du juge, s'agissant du mandat de protection future, sont très particuliers, en ce qu'il est appelé à intervenir sur une situation déjà organisée par contrat, en quelque sorte à titre subsidiaire, et surtout à titre éventuel. En dehors des autorisations classiques concernant les actes les plus dangereux, qui lui valent, à titre exceptionnel, de devoir intervenir au cœur de l'exécution, le juge doit seulement s'inviter dans les circonstances de crise, lorsque le mandat a été mal écrit ou qu'il est mal exécuté. Sa palette d'intervention est alors étendue : il peut compléter le mandat (adjonction d'une curatelle ou d'une tutelle), étendre les pouvoirs du mandataire, ponctuellement (en autorisant le mandataire à accomplir certains actes non prévus) ou plus largement (le mandataire devient curateur ou tuteur), suspendre le mandat après ouverture d'une sauvegarde de justice ou, en ultime recours, y mettre fin et décider de lui substituer une mesure de protection juridique. Mais, aussi large que soit l'éventail des solutions dont il dispose, il n'est amené à en faire usage qu'à la condition d'avoir été saisi en *ultimum remedium* et avec le souci de respecter, dans la mesure du possible, ce que le mandant avait prévu au moment où il disposait pleinement de ses capacités. « Un mandat qui suffit à assurer les intérêts de son mandant est un acte réussi, alors qu'un mandat nécessitant l'intervention du juge est un mandat sauvé » (260). En ce sens, le mandat de protection future est le fruit d'un savant dosage entre une contractualisation contrôlée et une judiciarisation circonscrite.

Au-delà, et parce qu'il s'agit ici d'assurer la protection juridique d'une personne vulnérable, la présence du juge, au même titre que celle du notaire du reste, témoigne de la volonté des pouvoirs publics de conserver un regard attentif sur ce mécanisme contractuel, privilégiant par nature l'autonomie de la volonté et la liberté de l'individu. Une présence certes discrète mais efficace, et surtout complémentaire et résiduelle de celle du notaire. Celui-ci est souvent l'initiateur du mandat, toujours le garant de son écriture, puis de son exécution. Dans cette phase idyllique, le juge est quasiment absent, mais il réapparaît aussitôt dès que des dysfonctionnements apparaissent et viennent troubler l'ordre social. « Au notaire, le bon huilage du mandat de protection future. Au juge, la salvatrice répara-

(259) A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, n° 39, act. 771, spéc. p. 46.

(260) V. Depadt, *Quelques réflexions sur le mandat de protection future. Études en l'honneur du Professeur J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 115.

tion des désordres » (261). Au final, la protection du majeur vulnérable est assurée, car l'État est présent partout, dans la prévention et dans la sanction, au cas où...

– Conclusion sur le mandat de protection future. – Toute la vulnérabilité ne se résoudra pas dans le mandat de protection future, c'est-à-dire à la fois dans son anticipation et dans la seule expression d'une volonté individuelle. Mais « cette attention accordée à la personne, à sa volonté, à son consentement est une valeur inestimable qui doit se déployer chaque fois qu'il est possible » (262). Pour ce faire, le mandat de protection future doit définitivement revêtir les galons d'une véritable mesure de protection, en dépit de la coloration contractuelle de la forme juridique qui l'enveloppe. Atteindre cet objectif suppose des évolutions, des avancées, parfois perturbantes, toujours indispensables. Elles ont trait, tout d'abord, au dessaisissement du mandant, conforme à l'objet du mandat, qui est une technique de représentation, et source de sécurité juridique pour les tiers. Il conviendrait, ensuite, d'admettre l'élargissement du mandat de protection future à l'assistance, ce qui permettrait, selon la volonté du mandant, de couvrir la « zone grise ». Il s'agirait, enfin, de conférer, par principe, les pouvoirs les plus étendus, y compris sur le logement familial, au mandataire, choisi en raison de la confiance placée en lui. **1244**

Bien évidemment, il ne s'agit pas de verser dans l'angélisme. Parce que les risques de négligence, d'incompétence et de malveillance ne sont jamais à exclure, il faudra souvent garder un œil attentif sur le mandataire. À cette fin, le mandat doit inclure un certain nombre de verrous ou de précautions, en étoffant, dans la mesure du possible, le cercle des personnes susceptibles, le moment venu, d'exercer une mission de protection de la personne ou des biens du mandant. Dans cette optique, il peut être judicieux pour le mandant de prévoir l'intervention d'un subrogé mandataire, doté d'un pouvoir de contrôle pour certains actes les plus importants, et le législateur devrait faciliter la désignation généralisée d'un mandataire *ad hoc*. Face à la difficulté parfois constatée de puiser dans l'environnement familial ou amical, il peut être conseillé de recourir à un mandataire professionnel, qui pourra contribuer, grâce à sa compétence et à son objectivité, à la bonne exécution du contrat.

Surtout, il conviendrait à notre sens de **renforcer le rôle du notariat**. Au regard des enjeux d'un tel acte, il conviendrait d'assumer davantage encore la priorité donnée à la forme notariée du mandat de protection future, puis de proposer que les formalités de déclenchement du mandat relèvent de la compétence du notaire (et non plus du greffier, simple enregistreur), lequel pourrait ainsi assurer la conservation des actes et la publicité – indispensable dans l'optique de son développement – du mandat. Le notaire, si possible le même, rédigerait l'acte, l'amenderait le cas échéant au gré des vicissitudes de la vie du mandant, contrôlerait son déclenchement puis *in fine* veillerait à la juste application de sa tâche par le mandataire. La boucle serait ainsi bouclée. Parce que le mandat de protection future a vocation à être mis en œuvre à un moment où celui qui a voulu la mesure n'est plus apte à pourvoir seul à ses intérêts et qu'il ne peut donc plus maîtriser ce qu'il a voulu, ce contrat, davantage que beaucoup d'autres, suppose pour le mandant de s'en remettre à un professionnel de confiance, qui assurera un suivi personnalisé de son mandat et veillera, de manière rassurante, au respect de sa volonté. C'est un rôle qui sied naturellement au notaire, car il permet à la fois de s'intéresser à la personne et de préserver son patrimoine, deux préoccupations traditionnellement au cœur de son métier.

(261) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.
(262) *Ibid*.

Ceci dit, nous ne sommes pas dupe et connaissons les réticences de la profession notariale à l'égard du mandat de protection future, principalement parce que « la mission de contrôle des comptes par le notaire peut sembler lourde, mal rémunérée par le tarif et source de responsabilité » (263), mais aussi, il ne faut pas se leurrer, parce que l'écriture du mandat est un art difficile. Et pour cause ! Il s'agit de rédiger un contrat sur mesure dont l'objet consiste à conjecturer un futur que l'on ignore, subordonné lui-même à un événement incertain, la perte de capacité du mandant. Si toutes les mauvaises écritures du mandat peuvent être sauvées quand le mandat ne vient jamais à s'appliquer, « elles seront au contraire regrettées si le mandat vient à être mis en œuvre, car elles seront susceptibles de revisiter le rôle du notaire et sa responsabilité dans l'élaboration de ce mandat » (264). En réalité, on peut constater que le mandat n'est pas si complexe à gérer en présence d'un patrimoine « classique ». Et, si l'ampleur du patrimoine le justifie, le notaire peut demander l'assistance d'un professionnel du chiffre pour le contrôle annuel des comptes. Enfin, en cas de conflit familial ou de difficultés, le recours au juge est toujours possible, permettant au notaire de se dégager du mandat litigieux. Certes, il ne faut pas s'en cacher, la motivation des troupes passera inévitablement par un niveau de rémunération plus conforme à la compétence et aux diligences qu'il requiert, sans jamais asphyxier la personne protégée, l'émolument notarial étant lié au niveau de ressources de ce dernier. Enfin, on sait que le notaire est un officier public, représentant l'État mais contrôlé par lui, engageant une responsabilité professionnelle lourdement sanctionnée dans le cadre de son devoir de conseil qui majore encore sa fonction. Il reste seulement à espérer que les juges, le moment venu, veilleront à ce que la responsabilité des acteurs de ce mandat, principalement mandataire(s) et notaire, soit une responsabilité partagée et non pas à sens unique.

La question de la dépendance, enjeu pour notre société, est un sujet de préoccupation central pour nos concitoyens. Aujourd'hui, avec le mandat de protection future, le notaire dispose d'une réponse efficace et adaptée, dont il doit davantage s'emparer et ne pas hésiter à faire la promotion auprès de ses clients, dont on sait qu'ils ont d'indéniables réticences et des difficultés à anticiper.

CHAPITRE II Les succédanés au mandat de protection future

1245 **– Plan. –** Le mandat de protection future n'est pas le seul outil idoine aux fins d'anticiper une situation de dépendance. S'il constitue certainement le produit le plus élaboré et le plus abouti des mesures volontaires d'anticipation, il en est aussi la figure la plus complexe et la plus exigeante. Aussi la personne prévoyante peut-elle préférer opter pour d'autres outils, aux effets plus limités, mais qui présentent pour elle l'avantage de la simplicité. Dans cette optique, la loi offre à la personne désireuse d'anticiper sa potentielle vulnérabilité de recourir à une technique usuelle du droit commun, le mandat (**Section I**) ou, ce qui est plus confidentiel, la possibilité d'utiliser des instruments propres au droit des personnes, les dispositions anticipées (**Section II**).

(263) F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, no 2705.

(264) P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.

Section I Les mandats classiques

– Plan. – En dehors des solutions spécifiques tirées du droit des personnes, le droit commun offre une multitude d'outils que le praticien peut utiliser. On songe ici au mandat de droit commun (**Sous-section I**) et à ses divers prolongements dans les régimes matrimoniaux (**Sous-section II**). **1246**

Sous-section I Le mandat conventionnel

– La pratique répandue des procurations. – Le mandat est une figure juridique bien connue, sur laquelle il est inutile de s'étendre. Il n'est donc pas question ici de revenir sur les règles générales du mandat (C. civ., art. 1984 et s.), mais seulement d'envisager en quoi ce mécanisme de droit commun peut être utilisé dans le cadre d'une anticipation de la vulnérabilité. **1247**

La pratique nous révèle, en effet, que le mandat conventionnel est le premier outil d'assistance de ceux dont l'âge avance et qui, au soir de leur vie, connaissent des difficultés à s'assumer sur le plan personnel, familial et patrimonial. Se déplacer à la banque pour un retrait d'argent, effectuer une opération bancaire ou financière, établir une déclaration de revenus, gérer une relation avec un locataire ou des copropriétaires sont souvent, à un certain stade de la vie, devenus des entreprises si ce n'est insurmontables, tout au moins délicates, de surcroît lorsqu'elles se développent dans un univers numérique où le contact digital s'est substitué au contact humain. Accompagnées d'un proche, ces personnes poussent la porte des offices notariaux afin de solliciter une procuration qui leur permettra de déléguer les tâches matérielles et quotidiennes de la vie. C'est en quelque sorte une dernière volonté, dont la déficience apparaît mais n'est pas encore avérée, car elle est encore claire, emplie de la confiance qui est placée dans le mandataire choisi. Comme le précisait très justement la troisième commission du 102e Congrès des notaires de France, « quand la volonté vient à défaillir, elle se met naturellement à déléguer » (265). Les uns consentent une procuration générale qui permet de faire tous les actes d'administration, les autres, plus spécifiquement, privilégient un mandat de gestion sur des biens loués, une procuration spéciale pour signer un acte notarié, un mandat pour assister aux assemblées générales de copropriétaires ou encore un mandat bancaire spécial pour agir sur les comptes ou pour gérer un portefeuille d'instruments financiers. Les exemples sont nombreux.

– Articulation avec les mesures judiciaires de protection. – Le mandat est un instrument commode au service d'une personne dont la santé est déficiente, mais qui est encore lucide. Sous certaines réserves, le mandant doit être en mesure de révoquer sa procuration « quand bon lui semble » (C. civ., art. 2004), notamment si le lien de confiance s'est rompu avec le mandataire. Dans cette logique, le mandat est destiné à prendre fin lorsque le mandant ne sera plus en mesure d'exprimer sa volonté. L'idée est consacrée à l'article 2003 du Code civil, lequel prévoit, de manière imparfaite, que « le mandat finit (...) par la tutelle des majeurs ». En réalité, bien que le texte ne le mentionne pas expressément, et parce qu'il s'agit d'une mesure également incapacitante, il nous semble qu'il faille considérer que la **1248**

(265) N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, 102e Congrès de notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables*, no 3004.

curatelle produit le même effet que la tutelle (266). En revanche, parce que la sauvegarde de justice ne constitue précisément pas une mesure d'incapacité, elle n'a pas pour effet de mettre fin au mandat (267). En définitive, on peut certainement considérer que le mandat prend fin, de manière plus claire, par la survenance de l'incapacité du mandant.

Cela étant, dans une telle hypothèse, il convient de rappeler qu'en application du principe de subsidiarité des mesures judiciaires de protection par rapport au droit commun de la représentation (C. civ., art. 428, al. 1er), le juge n'est censé ouvrir une curatelle ou une tutelle que si le mandataire ne s'acquitte pas correctement de sa tâche ou si ces mesures paraissent indispensables pour protéger la personne contre un risque de captation d'héritage. La réalité des faits est quelque peu différente. On sait, en effet, que le juge a nettement tendance, en pareil cas, à ouvrir une mesure de protection, plus protectrice à ses yeux, en estimant que le mandat ne suffit pas à préserver suffisamment les intérêts du mandant.

1249 – Combinaison avec le mandat de protection future. – Le mandat conventionnel fonde son existence sur la volonté mais se termine par l'incapacité du mandant. En cela, il constitue une mesure de prévoyance utile et sage, mais qui s'éteint malencontreusement lorsque l'on en a sans doute le plus besoin. Partant, il souffre de la comparaison avec le mandat de protection future qui, à l'inverse, n'a d'effet que pour l'avenir et se déclenche précisément lorsque l'altération des facultés mentales est avérée. Alors que le mandat ordinaire véhicule une volonté tout à fait présente, le mandat de protection future permet d'appréhender la période tant redoutée où celle-ci devient évanescente jusqu'à disparaître totalement (268). Cela étant, et à défaut pour le mandat de protection future – en l'état du droit positif – de pouvoir prendre le visage d'une mesure d'assistance (269), son intérêt constitue également sa faiblesse : s'il étreint l'avenir, il n'embrasse pas le présent. Les notaires le savent pertinemment, et c'est la raison pour laquelle lorsqu'ils sont consultés, deux mandats sont souvent établis successivement :

- un mandat général pendant la période actuelle où la volonté, bien que relâchée, est toujours bien réelle et consent une délégation et une représentation contrôlées par le mandant lui-même. Le mandat de protection future n'est pas encore d'actualité, mais un mandat général l'est. Celui-ci doit donc être proposé. C'est un peu le mandat de fatigue pour le mandant ;
- un mandat de protection future pour plus tard, qui vient en quelque sorte prolonger le mandat précédent pour le remplacer et le densifier par un mandat survivant à la volonté du mandant qui viendrait à défaillir.

L'anticipation oubliée : la gestion d'affaires

En présence d'une personne ne pouvant administrer ses biens en raison d'une incapacité, avant même que celle-ci ne soit révélée juridiquement et fasse l'objet d'une mesure de protection, la gestion d'affaires, régie par les articles 1301 et suivants du Code civil, peut s'avérer utile. Elle n'est pas dangereuse pour le majeur vulnérable car le gérant n'agit que pour son bien. De plus, elle crée à la charge de ce dernier une obligation de bien faire dont il ne peut se départir. Enfin, elle est commode car elle résout une situation d'urgence et nécessaire, allant même jusqu'à couvrir les actes de disposition. Ce mécanisme est original car il sourit à un incapable qui n'avait

(266) En ce sens, V. F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, no 2437.

(267) Le juge des tutelles conserve toutefois la faculté de le révoquer.

(268) En somme, ce qui est un gage, le mandat de protection future réussit l'impossible : faire survivre une volonté qui n'est plus (P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22).

(269) V. *supra*, no 1181.

rien préparé. Il reste cependant aléatoire car il suppose de bonnes et généreuses volontés. Il n'est pas, pour son caractère incertain, une solution recommandable, mais plus une solution de rattrapage. À n'en pas douter la gestion d'affaires sauve celui qui a oublié d'anticiper, mais souffre indubitablement d'un manque d'organisation préalable.

Sous-section II Le mandat entre époux

1250 **– Mandat exprès entre époux. –** Lorsque la personne concernée est mariée, il est naturel qu'elle éprouve souvent le souhait de se tourner vers son conjoint, plutôt que vers un tiers. Le mandat entre époux est expressément prévu par plusieurs dispositions du Code civil, dont l'article 218 qui dispose qu'un « époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue ». Ainsi un époux, sentant ses facultés mentales s'altérer sans pour autant être incapable d'exprimer sa volonté, peut consentir un tel mandat à son conjoint. Cet époux peut ainsi confier à son conjoint l'accomplissement d'un acte soumis à la cogestion, pourvu qu'en pareil cas le mandat soit spécial, la gestion d'un bien commun relevant de ses pouvoirs exclusifs ou celle de ses biens propres ou personnels.

Ce mandat conventionnel fait partie du régime primaire impératif applicable à tous les conjoints, quel que soit leur régime matrimonial. Cette faculté est confortée, et précisée, par des dispositions satellites, figurant à l'article 1431 du Code civil s'agissant du régime légal de la communauté réduite aux acquêts et à l'article 1539 du même code concernant le régime de la séparation de biens. On n'aura aucune difficulté à appliquer cette disposition aux époux qui se placent sous le gouvernement de la participation aux acquêts, puisque l'on sait que : « Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens » (C. civ., art. 1569).

Reprenant, en la précisant, la règle générale exprimée à l'article 218 du Code civil, ces deux textes confèrent, de manière symétrique, la possibilité pour un époux de donner mandat à son conjoint à l'effet de gérer ses biens propres (régime communautaire) ou personnels (régimes séparatiste et participatif). Conformément au droit commun du mandat, l'acte est accompli par le mandataire au nom et pour le compte du mandant. Ce dernier est donc seul engagé par l'acte. Le mandat entre époux fait toutefois l'objet de dispositions particulières sur le terrain de la responsabilité du mandataire, celui-ci étant toujours dispensé de rendre compte des fruits, sauf lorsque la procuration l'y oblige expressément.

Révocabilité d'ordre public du mandat entre époux

Quelle que soit l'étendue des pouvoirs conférés par le mandant à son conjoint dans le cadre du mandat, lequel peut être général ou spécial, dans tous les cas le mandant peut librement révoquer le mandat ainsi conféré à son conjoint (C. civ., art. 218). La libre révocabilité du mandat entre époux est dotée par le régime primaire d'un caractère d'ordre public. Il n'est donc pas permis aux époux de stipuler une irrévocabilité du mandat. Pareille prohibition est le corollaire de l'article 225 du Code civil, lequel réserve, de manière impérative, à chaque époux la libre gestion de ses biens propres ou personnels.

1251 **– Mandat tacite entre époux. –** Pour tenir compte de la pratique quotidienne des couples mariés qui bien souvent fait abstraction des règles juridiques de gestion, et afin de généraliser les facilités que procure la technique de la représentation, le législateur a choisi d'instaurer une large présomption de mandat entre époux.

Ainsi, en dehors d'un mandat exprès, les articles 1432 et 1540 du Code civil créent une présomption de mandat tacite, laquelle joue « quand l'un des époux prend en mains la gestion des biens propres de l'autre, au su de celui-ci, et néanmoins sans opposition de sa part ». La présomption de mandat tacite revêt un caractère irréfragable. Elle implique la réunion de deux conditions cumulatives : la prise en mains de la gestion des biens propres ou personnels de la part de l'un des époux, d'une part, la connaissance de cette gestion et l'absence d'opposition de la part du conjoint propriétaire, d'autre part.

Tous les actes ne sont pas couverts par cette présomption, laquelle ne joue que pour les seuls actes d'administration et de jouissance, à l'exclusion des actes de disposition. Partant, les actes de disposition qui seraient effectués par un époux sur les biens propres ou personnels de son conjoint, sans mandat exprès, sont entachés de nullité, sauf ratification par le propriétaire ou son représentant. La ratification doit intervenir de manière expresse ou même tacite, à condition alors de ne pas être équivoque. À défaut de ratification, l'acte de disposition peut être validé sur le fondement de la gestion d'affaires, à condition de prouver l'utilité de l'opération pour l'époux propriétaire. Cette dernière peut être également sauvée de la nullité grâce aux présomptions de pouvoirs du régime primaire, pourvu que l'acte relève de leur champ d'application (C. civ., art. 221 et 222).

En cas de mandat tacite, l'époux mandataire répond de sa gestion dans les conditions de droit commun du mandat. Il n'est cependant comptable que des fruits existants à l'exclusion des fruits consommés. Pour les fruits qu'il aurait négligé de percevoir ou qu'il aurait consommés frauduleusement, la responsabilité du mandataire ne peut être recherchée que dans la limite des cinq années (C. civ., art. 1432, al. 2 et art. 1540, al. 2).

Il convient de noter que cette présomption de mandat tacite établie en matière de régimes matrimoniaux, dans les rapports conjugaux, trouve également à s'appliquer dans le cadre professionnel lorsque les conjoints exploitent ensemble une entreprise individuelle. Ainsi le conjoint coexploitant d'un fonds agricole ou simple collaborateur est réputé avoir reçu mandat pour accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation (C. rur. pêche marit., art. L. 321-1) et la règle s'applique *mutatis mutandis* dans le cas d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale, au profit du conjoint collaborateur (C. com., art. L. 121-6).

1252 – Gestion malgré l'opposition du conjoint. – Lorsqu'un époux s'immisce dans la gestion des biens propres ou personnels de son conjoint malgré l'opposition de ce dernier ou de son représentant, l'existence d'un mandat tacite ne saurait être présumée. L'acte ne peut être davantage validé sur le fondement de la gestion d'affaires. L'acte est nul, sauf à recourir, le cas échéant, si les conditions en sont réunies, à la théorie du mandat apparent (C. civ., art. 1156) ou aux présomptions de pouvoir du régime primaire. Par ailleurs, l'époux gérant est « responsable de toutes les suites de son immixtion et comptable sans limitation de tous les fruits qu'il a perçus, négligé de percevoir ou consommés frauduleusement » (C. civ., art. 1432, al. 3 et 1540, al. 3).

1253 – Gestion à l'insu du conjoint. – Le Code civil ne prévoit pas l'hypothèse dans laquelle un époux s'immisce dans la gestion des biens propres ou personnels de son conjoint à l'insu de ce dernier. Il semble d'ailleurs possible d'assimiler à cette hypothèse celle dans laquelle le conjoint n'a pas conscience, en raison de son état de santé, de la prise en main de la gestion de ses biens par son époux (270). La prudence doit ici être de mise. L'acte ne pourra être sauvé de la nullité, en pareil cas, que par le jeu des présomptions de pouvoirs du régime primaire et par celui de la gestion d'affaires. Il faudra alors prouver que l'opéra-

(270) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 111.127.

tion a été utile à l'époux géré, sauf ratification de l'acte par ce dernier ou son représentant. L'époux gérant doit alors rendre compte de tous les fruits de la sa gestion.

1254 **– Articulation avec les mesures de protection. –** Conformément au principe de subsidiarité des mesures de protection juridique des majeurs par rapport au droit commun de la représentation (C. civ., art. 428, al. 1er), l'existence d'un mandat entre époux – on songe notamment à l'existence d'un mandat général couvrant les actes d'administration ou d'une procuration bancaire conférée par l'intéressé à son conjoint – peut permettre d'éviter l'ouverture d'un régime de protection des majeurs par le juge, pourvu qu'elle ait été conclue avant la survenance de l'altération de ses facultés mentales et sous réserve qu'elle suffise à préserver ses intérêts.

Au rebours, mais toujours en application du principe de subsidiarité, le recours à la procuration entre époux doit être écarté si le conjoint a signé un mandat de protection future, dès lors que ce dernier suffit à pourvoir aux intérêts du majeur vulnérable. Sous réserve des termes du mandat, c'est alors le mandataire de protection future qui a qualité pour agir sur les biens propres ou personnels du mandant. La règle ne soulève aucune difficulté lorsque celui-ci a choisi son conjoint en qualité de mandataire de protection future. En revanche, s'il a institué un tiers, le risque de conflit entre le mandataire et le conjoint est vivace concernant la gestion des biens communs ou indivis, lesquels requerront l'accord des deux intéressés pour qu'il en soit disposé (271).

Quid des autres modes de conjugalité ?

La loi ne prévoit aucun mandat, ni entre concubins, ce qui n'a rien d'étonnant, ni entre partenaires, ce qui est plus surprenant. Les uns et les autres sont donc soumis aux règles de droit commun de la représentation, lesquelles priment, on le redira ici, sur les mesures de protection judiciaire (C. civ., art. 428, al. 1er). Ainsi, par exemple, l'existence d'un mandat général couvrant les actes d'administration, ou encore la signature d'une procuration bancaire au bénéfice du partenaire ou du concubin peuvent permettre d'éviter l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle si les intérêts du majeur vulnérable sont ainsi suffisamment protégés. Par ailleurs, lorsque les partenaires ou les concubins ont acquis ensemble des biens, sous le régime de l'indivision, l'article 815-3 du Code civil ouvre la faculté, au bénéfice de l'indivisaire titulaire d'au moins deux tiers des droits indivis, de donner au coïndivisaire ou à un tiers un mandat général d'administration (C. civ., art. 815-3, al. 1, 2°). Le texte prévoit, en outre, à l'instar des règles gouvernant les rapports entre époux, une présomption de mandat tacite entre indivisaires, à des conditions similaires (C. civ., art. 815-3, al. 4).

Section II Les dispositions anticipées

1255 **– Plan. –** La faveur accordée à l'anticipation s'illustre par l'éventail de ses instruments. Ainsi il est loisible à une personne, à l'avance, de désigner un curateur ou un tuteur chargé le moment venu de la représenter (**Sous-section I**). Mieux encore, alors que pendant longtemps le législateur a négligé la protection de la personne dans son être même pour ne porter qu'une attention sur son patrimoine, il y a depuis plusieurs années une éclosion de textes particuliers s'intéressant enfin à la personne. C'est ainsi que toute personne majeure peut aujourd'hui, dans l'optique d'une éventuelle inaptitude, désigner une « personne de

(271) V. *supra*, n° 1176.

confiance » qui l'accompagnera dans le domaine médical (**Sous-section II**), ou rédiger des directives anticipées de fin de vie (**Sous-section III**).

Sous-section I La désignation anticipée de son tuteur ou de son curateur

1256 **– Conditions de fond. –** Participant du mouvement qui vise à favoriser les principes d'autonomie de la volonté et d'autodétermination des personnes vulnérables, la loi du 5 mars 2007 a offert la possibilité pour une personne majeure de désigner, de manière anticipée, « une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle » (C. civ., art. 448) (272).

Ces dispositions traduisent l'importance cruciale accordée à la volonté pour confier à un tiers la gestion de son propre patrimoine et/ou de sa personne.

Le texte est peu prolixe concernant les conditions de fond touchant aux uns et aux autres. Tout juste peut-on souligner que le « désignant » doit être logiquement doté de la capacité à agir pour procéder à une telle désignation. Celle-ci est donc offerte au majeur placé sous sauvegarde de justice, sous couvert des suspicions qui peuvent naturellement s'attacher à un choix tardif. Concernant le désigné tuteur ou curateur, le choix est libre, sauf à devoir respecter les causes d'empêchement classiques à l'exercice des charges curatélaires ou tutélaires (C. civ., art. 445) (273).

1257 **– Conditions de forme. –** La désignation anticipée du curateur ou du tuteur ne peut être faite « que par une déclaration devant notaire ou par un acte écrit en entier, daté et signé de la main du majeur concerné » (CPC, art. 1255). Une double faculté s'offre à la personne prévoyante : soit recourir à un acte authentique, ce qui garantit la sécurité de la conservation outre le rôle de conseil du notaire, soit établir un document sous seing privé répondant aux mêmes caractéristiques qu'un testament olographe. Mais il est alors conseillé d'écarter la qualification de tutelle testamentaire, un testament ne prenant effet, par principe, qu'en cas de décès, alors que la désignation d'un tuteur ou d'un curateur pour soi-même est liée à une perte de capacité.

En dépit du choix qui s'offre au signataire, il est opportun de lui conseiller d'utiliser la forme notariée, laquelle garantit la conservation de l'acte et assure au requérant d'être utilement conseillé quant aux conséquences qui découlent de son choix.

1258 **– Effets. –** Par principe, la désignation anticipée par le majeur **s'impose au juge**, ce qui place le protecteur choisi, qui tire directement sa légitimité de la volonté du majeur protégé, au premier rang dans l'ordre des personnes susceptibles d'être désignées par le juge pour exercer les fonctions de tuteur, et cela « au point d'évincer le principe de prééminence familiale » (274).

Les textes prévoient toutefois que le juge ne sera pas tenu de respecter le choix opéré si la personne désignée « refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer » (C. civ., art. 448, al. 1er). S'agissant d'une mesure d'anticipation, ces **soupapes de sécurité** sont compréhensibles. Dans le laps de temps qui sépare la désignation et l'ouverture de la mesure de protection, de multiples changements ont pu intervenir dans la situation du désigné, lesquels sont susceptibles de remettre en cause ses facultés ou son désir à assumer

(272) A. Saporito, *La désignation anticipée du tuteur ou du curateur au profit du majeur* : *RJPF* 2009, 11/8.
(273) Le texte renvoie aux dispositions relatives à la tutelle des mineurs, qui figurent aux articles 395 à 397 du Code civil.
(274) N. Peterka, *Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui* : *JCP* N 2013, no 29, 1190.

la mission qui lui a été confiée : maladie, éloignement, charges professionnelles, *etc.* En cas de difficulté, le juge statue et choisit une autre personne pour assister ou représenter la personne protégée.

Conseils pratiques (275)

Le notaire chargé de conseiller celui qui veut avoir recours à cette faculté devra systématiquement suggérer plusieurs mesures pratiques de manière à réduire ou éliminer les difficultés. La première précaution consiste à consulter préalablement la personne que l'on envisage de désigner. Qui mieux que celui qui choisit quelqu'un est-il à même de lui demander son avis, de lui expliquer ce qu'il attend de lui, les conséquences ou contraintes éventuelles de son acceptation ? Une seconde précaution est de choisir si possible quelqu'un de plus jeune que soi afin de ne pas courir le risque que, les uns et les autres vieillissant, la personne désignée ne soit elle-même plus en capacité lorsque l'auteur de la désignation perdra lui-même sa capacité. Une dernière précaution, à l'instar de celle préconisée dans le cadre du mandat de protection future (276), consiste à désigner si possible plusieurs personnes chargées de la fonction de tuteur ou curateur. Deux options sont possibles : soit une désignation conjointe soit une désignation successive, l'un pouvant prendre la place de l'autre en cas de refus ou d'incapacité d'exercer la fonction. L'idéal consiste d'ailleurs à systématiser cette pratique qui est la meilleure garantie du respect de la volonté. Si le juge écarte pour une raison valable la personne désignée en premier, il devra ensuite prendre en compte la personne désignée en suivant. Le risque que toutes les personnes désignées soient écartées sera faible.

« L'intérêt de la personne protégée » peut également commander d'écarter le protecteur désigné, choisi à l'avance. Le juge dispose, pour l'appréciation de cet intérêt, d'un pouvoir souverain. Ce n'est toutefois pas un droit discrétionnaire et toute décision d'écarter la personne désignée doit être motivée (277). Les motifs peuvent être divers. Il en sera ainsi par exemple, si, au regard de la consistance du patrimoine, le choix de la personne choisie s'avère en définitive inapproprié car insuffisamment protecteur des intérêts du majeur vulnérable. Ce peut être également le cas si les relations entre la personne désignée et le majeur sont « conflictuelles, empreintes de méfiance ou intéressées » (278).

1259 **– Alternative au mandat de protection future. –** Comparée au mandat de protection future, la désignation anticipée du curateur ou du tuteur constitue un dispositif d'anticipation plus modéré en ce qu'il permet de choisir la personne du représentant, mais de s'en remettre à la loi pour définir ses prérogatives et obligations. C'est dire que si la personne désireuse d'anticiper sa vulnérabilité future souhaite non seulement désigner un représentant, mais aussi lui conférer des pouvoirs plus étendus que ceux d'un tuteur, hors du contrôle du juge, le mandat de protection future offrira alors la solution appropriée, pour peu qu'il revête la forme notariée.

(275) Sur lesquels, V. J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité. Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, n° 1, dossier 3, spéc. n° 13.

(276) V. *supra*, n° 1176.

(277) V. not. Cass. 1re civ., 23 févr. 2011, nos 10-12.923 et 10-12.924, qui approuve un jugement qui avait écarté la fille de la majeure protégée désignée par celle-ci pour exercer les fonctions de tutrice, au motif que l'existence d'un conflit entre la tutrice et son père rendait nécessaire la destination d'un tuteur extérieur à la famille « afin d'apaiser la situation ».

(278) Circ. DACS n°CIV/01/09/C1, 9 févr. 2009, p. 15.

Il reste que lorsqu'une personne envisage d'établir un mandat de protection future, il arrive fréquemment que cela s'avère difficile à mettre en œuvre (279). La principale raison est l'absence d'un environnement familial ou amical de confiance suffisant pour garantir une bonne organisation du mandat. Souvent, la personne est relativement âgée et elle n'a autour d'elle, quand elle n'est pas isolée, que des parents ou amis de la même génération. Choisir des personnes de son âge n'est pas à conseiller. Il existe un risque non négligeable que celles-ci ne soient elles-mêmes pas en état d'assumer la fonction en raison de leur état de santé lorsque la question viendra éventuellement à se poser. Dans une telle situation, le recours à l'option plus limitée de la désignation anticipée d'un tuteur ou d'un curateur sera parfois plus facile à mettre en œuvre. Une autre justification à une préférence accordée à une désignation anticipée de tuteur ou curateur plutôt qu'un mandat de protection future est liée à un patrimoine faible. Le mandat de protection future peut alors représenter un mécanisme trop lourd au regard de ses volontés et de son patrimoine. Autant le choix d'un représentant peut sembler important, autant encadrer ce choix avec un mandat de protection future n'est pas nécessaire.

1260 **– Complément au mandat de protection future. –** La désignation du tuteur peut également s'inscrire dans une volonté non pas de s'y substituer, mais de compléter le mandat de protection future. Nous savons, en effet, que le juge peut écarter un mandat de protection future et décider de lui substituer une mesure de protection, s'il considère que le mandat ne constitue pas un mécanisme adapté pour garantir les intérêts de la personne protégée (C. civ., art. 483, 4°) (280). En pareil cas, le risque pour la personne qui avait entendu organiser sa protection future est que non seulement le contenu du mandat ne soit plus totalement pris en compte, mais encore que la personne choisie soit écartée. Afin de se prémunir contre ce risque, le notaire doit conseiller à son client de doubler son mandat d'une désignation anticipée de tuteur ou de curateur (281). Dans cette désignation, il devra indiquer clairement qu'une telle décision ne sera mise en œuvre que dans l'hypothèse où le mandat de protection future est écarté pour un motif qui n'est pas lié à la personne même du mandataire. Dans ce cas, celui-ci, désigné parallèlement comme tuteur ou curateur, sera normalement choisi par le juge pour exercer ces fonctions. Il passera alors du statut de mandataire à celui de curateur ou tuteur. En revanche, si le mandat est révoqué pour une raison liée à la personne du mandataire, celui-ci doit être démis de ses doubles fonctions prévues conventionnellement, la principale (mandataire) et la subsidiaire (curateur ou tuteur). À l'évidence, écarté d'un côté, il doit l'être tout autant de l'autre. L'intérêt de désigner plusieurs personnes successivement trouve ici encore tout son sens afin de garantir au mieux la volonté de la personne protégée.

1261 **– Une regrettable absence de publicité. –** Il reste que le choix anticipé d'un curateur ou d'un tuteur ne deviendra réalité qu'à la condition que le juge des tutelles, saisi d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection, ait été informé de l'existence de cette désignation. Dans cette optique, il est évident qu'une mesure de publicité s'imposerait. Et pourtant, si la loi a prévu une mesure de publicité pour le mandat de protection future, elle n'a pas envisagé une telle formalité pour les désignations anticipées de tuteur ou curateur, ce qui traduit une politique « des petits pas », difficilement compréhensible. À l'instar du mandat de protection future, et pour des motifs similaires, on pourrait songer à confier cette

(279) J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité. Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, n° 1, dossier 3, spéc. n° 15.

(280) V. *supra*, n° 1240.

(281) En ce sens, V. J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité. Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, n° 1, dossier 3, spéc. n° 14.

mesure de publicité au notariat. En l'état, confronté au risque d'ignorance de la volonté exprimée au moment où le juge prendra sa décision, le notaire doit conseiller au client qui choisit par anticipation un tuteur ou un curateur de demander à ce dernier de suivre régulièrement son état de santé. La personne désignée aura ainsi conscience de l'importance de son rôle. Elle portera, s'il y a lieu, à la connaissance du juge la volonté de la personne à protéger au moment où une procédure de mise sous protection sera engagée.

Sous-section II La désignation anticipée d'une personne de confiance

1262 **– La personne de confiance dans le champ sanitaire. –** Créé par la loi du 5 mars 2002 (dite « loi Kouchner ») (282), puis renforcé à plusieurs reprises depuis lors (283), l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique dispose que, dans le domaine de la santé, « toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant (284) et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin ». Et le texte de préciser, dans l'hypothèse où le patient est lucide, que « si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ».

La loi du 2 février 2016 a précisé le rôle de la personne de confiance, qui est de rendre compte de la volonté du « désignant », d'en être le témoin, étant ici précisé que « son témoignage prévaut sur tout autre témoignage ». La désignation écrite doit être cosignée par la personne de confiance, qui consent ainsi expressément à exercer cette mission délicate. Elle est révisable et révocable à tout moment. Si cette désignation peut être faite lors d'une hospitalisation dans un établissement de santé, elle peut aussi être réalisée de manière anticipée et se muer alors en mesure de prévoyance.

1263 **– La personne de confiance dans le champ du médico-social. –** Initialement limitée par l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique au strict domaine de la santé, la présence d'une personne de confiance dans des missions repensées aux côtés de la personne reconnue comme particulièrement vulnérable avait été souhaitée par de nombreux acteurs (285).

Sensible à ces souhaits, la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 a introduit la personne de confiance dans le domaine médico-social. En vertu de l'article L. 311-5-1 du Code de l'action sociale et des familles : « Lors de toute prise en charge dans un établissement ou un service social ou médico-social, il est proposé à la personne majeure accueillie de désigner, si elle ne l'a pas déjà fait, une personne de confiance dans les conditions définies au premier alinéa de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique » (286). Cette désignation est valable sans limitation de durée, à moins que le « désignant » n'en dispose autrement. La personne de confiance visée par le texte peut être la même personne ou une personne différente que celle qui est visée à l'article L. 1111-6, selon le souhait du « désignant » lui-même.

(282) L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
(283) L. n° 2005-370, 22 avr. 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, puis L. n° 2016-87, 2 févr. 2016, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.
(284) Le Conseil national de l'Ordre des médecins a cependant fait connaître ses réserves sur la possibilité de voir désigner le médecin traitant en cette qualité.
(285) Défenseur des droits, avis n° 15-19, 9 juill. 2015. – CNBD, Rapport *Droit et éthique de la protection des personnes*, remis le 4 mars 2015, p. 64 et 65.
(286) Le décret n° 2016-1395 du 18 oct. 2015 est venu fixer les conditions dans lesquelles est donnée l'information sur le droit de désigner une personne de confiance (C. action soc. et fam., art. D. 311-0-4).

Par ailleurs, l'article L. 311-4 du Code de l'action sociale et des familles dispose qu'à l'occasion de la conclusion d'un contrat de séjour dans un établissement, lors d'un entretien, le cas échéant, en présence de la personne de confiance désignée en application de l'article L. 311-5-1, « le directeur de l'établissement ou toute autre personne formellement désignée par lui recherche, chaque fois que nécessaire avec la participation du médecin coordonnateur de l'établissement, le consentement de la personne à être accueillie, sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 459-2 du Code civil », après l'avoir informé de ses droits et s'être s'assuré de leur compréhension. Préalablement à l'entretien, dans des conditions définies par décret, il l'informe de la possibilité de désigner une personne de confiance.

La personne de confiance est consultée au cas où la personne intéressée rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits. Si le « désignant » le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

1264 – Articulation avec les mesures judiciaires de protection. – La loi envisage l'articulation de la désignation d'une personne de confiance avec la tutelle, en prévoyant notamment que : « Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer » (C. santé publ., art. L. 1111-6, al. 5). En dépit du silence du texte, nul doute qu'une solution identique s'impose si la personne fait l'objet d'une habilitation judiciaire, d'une sauvegarde de justice ou d'une curatelle. Il convient toutefois d'avoir présent à l'esprit que d'évidentes questions de périmètre d'intervention risquent de se poser entre la personne de confiance et la personne désignée par le juge des tutelles, dans le cadre de la mission spécifique d'assistance de représentation de l'article 459, alinéa 2 du Code civil (287).

À ce propos, un récent rapport témoigne de la nécessité de revoir l'articulation entre le rôle du tuteur et celui de la personne de confiance, en regrettant que le rôle joué par ce dernier reste actuellement trop limité par rapport à celui du tuteur (288). Et le rapport de souligner, à juste titre, qu'il ne paraît pas cohérent que le tuteur représente le majeur si celui-ci a désigné une personne de confiance, qui, selon le droit commun, doit être consultée lorsqu'une personne est hors d'état d'exprimer sa volonté et rendre compte de la volonté de cette dernière.

1265 – Articulation avec le mandat de protection future. – De la même façon, il faut une cohérence entre la désignation de la personne de confiance et le rôle dévolu au mandataire dans le cadre d'un éventuel mandat de protection future. Selon les textes, « 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 (...) à la personne de confiance » (C. civ., art. 479, al. 2). Rien n'empêche toutefois le mandant de désigner une personne de confiance distincte de son mandataire. Il peut le faire dans le mandat, en prévoyant la répartition des tâches entre chacun, étant ici souligné que, dans le mandat notarié, le notaire doit alors s'assurer de l'accord de la personne de confiance. Il peut aussi le faire indépendamment, ce qui ne soulève pas de difficulté spécifique si le mandat ne confère aucun pouvoir au mandataire concernant la protection de la personne. En revanche, dans le cas inverse, il s'agira bien évidemment d'éviter les contradictions entre un contrat qui confierait un mandat général à

(287) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 214.41.

(288) Rapp. AN no 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 55.

la personne au mandataire et la désignation postérieure d'une personne de confiance. Toutes ces mesures d'anticipation doivent faire l'objet d'une réflexion d'ensemble et supposent que la personne concernée bénéficie d'un conseil avisé d'un professionnel, ce qui n'empêche pas les initiatives irréfléchies.

Conseil pratique

Investie dans le cadre du mandat de protection future, la personne de confiance est soumise à son régime. C'est dire qu'une fois le mandat activé, le mandant ne peut plus révoquer la personne de confiance. Pour ces raisons, et pour conserver la faculté de révocation *ad nutum* attachée à la désignation de la personne de confiance, il semble préférable d'annexer cette désignation à l'acte notarié, plutôt que de l'y inclure[166] (289).

1266 **– Une publicité déficiente. –** D'une manière générale, pour éviter une éventuelle cacophonie, il faudrait assurer une publicité de la désignation de la personne de confiance, afin que celle-ci soit connue des intervenants. Cette disposition est d'autant plus importante qu'en l'état du droit, en cas de désignation anticipée, le juge des tutelles, pour confirmer la mission de la personne de confiance ou révoquer sa désignation, doit avoir connaissance, dès l'instruction du dossier, si une personne de confiance a été désignée antérieurement par la personne à protéger afin de se prononcer sur ce point dans le jugement d'ouverture, ce qu'il n'est pas en mesure de faire actuellement. Il s'agit également, par ce biais, en présence d'un mandat de protection future, de permettre une articulation sans heurt des missions du mandataire et de la personne de confiance, ceci afin d'éviter des interférences entre ces deux personnes, qui nuiraient à un bon exercice de la mesure de protection.

1267 **– Une souhaitable coordination des textes. –** De nombreux spécialistes constatent, et regrettent, que le périmètre d'intervention et le rôle de la personne de confiance dans les champs sanitaire et médico-social soient sensiblement différents, ce qui soulève d'indéniables difficultés et un manque certain de lisibilité. En outre, on sait que les dispositions figurant dans le Code de la santé publique quant aux conditions de consentement aux soins pour les personnes protégées, notamment sous tutelle, font l'objet de multiples interprétations discordantes par les magistrats, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les médecins (290).

En son temps, le rapport Caron-Déglise a notamment appelé de ses vœux à la fois la création d'une définition socle du rôle et du périmètre d'intervention de la personne de confiance et des précisions claires, dans le silence des textes (CPC, art. 1222 et C. civ., art. 430) sur les droits d'accès de cette dernière au dossier de protection judiciaire quand une telle mesure est ouverte (291). De son côté, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a estimé que la question de l'articulation entre le Code civil et le Code de la santé publique devait être étudiée plus spécifiquement.

Manifestement sensible aux divers souhaits ainsi exprimés, la loi du 23 mars 2019 a habilité le gouvernement à procéder à la coordination des textes du Code civil en matière de protection de la personne, du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles, ce dont on peut se féliciter. Toutefois, il reste désormais à espérer que cette

(289) En ce sens, V. V. Depadt, *Quelques réflexions sur le mandat de protection future. Études en l'honneur du Professeur J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 115.

(290) V. E. Pecqueur, *Sort des majeurs protégés dans la réforme* : *AJF* 2019, p. 266.

(291) A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, nº 39, act. 771, spéc. p. 39.

directive ne demeure pas lettre morte. Faut-il en effet rappeler qu'une précédente loi avait déjà habilité le gouvernement à procéder à la coordination de ces textes, ce dont il ne s'était pas saisi (L. nº 2016-41, 26 janv. 2016, art. 211).

Un outil relativement confidentiel

La fonction de personne de confiance est encore trop peu connue et utilisée. Et pourtant, faire connaître la possibilité d'être assisté par une personne de son choix dans tout processus de consentement aux soins et de changement du lieu de vie est un axe prioritaire d'information des personnes âgées. Simultanément, il convient aussi de faire connaître son rôle de témoin privilégié dans les processus de concertation sur les décisions d'arrêt de traitement de fin de vie.

Sous-section III Les directives anticipées de fin de vie

1268 – Rédaction des directives anticipées. – S'agissant toujours de la gestion de la personne, la loi nº 2005-370 du 22 avril 2005 a créé une nouvelle forme de manifestation de volonté de prévoyance, en introduisant dans le Code de la santé publique la procédure des directives anticipées. Ainsi : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux » (C. santé publ., art. L. 1111-11). La rédaction de telles directives permet au médecin et aux proches de connaître les volontés de la personne concernée, à un moment où elle ne pourra plus les exprimer.

Ces directives doivent être envisagées par la personne concernée principalement avec l'aide de son médecin traitant, ou avec d'autres professionnels de santé, qui peuvent ainsi éclairer son choix, en l'aidant à envisager les diverses situations qui peuvent se présenter en fin de vie et en lui expliquant les traitements possibles, leur efficacité, leurs limites ou leurs désagréments. Bien évidemment, les personnes désignées par ses soins, et qui ont toute sa confiance, comme le mandataire de protection future ou la personne de confiance, peuvent également la conseiller dans la rédaction de ses directives.

Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle, dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'État, pris après avis de la Haute Autorité de santé, aussi bien par des personnes en fin de vie ou ayant une maladie grave que, de manière réellement anticipée, par des personnes en bonne santé ou n'ayant pas de maladie grave (292).

1269 – Portée des directives anticipées. – Les directives anticipées sont révisables et révocables à tout moment et par tout moyen (C. santé publ., art. L. 1111-11, al. 2), ce qui les rend peu propices à une insertion au sein d'un mandat de protection future. Elles peuvent cependant y être annexées, ce qui préserve leur caractère révocable tout en favorisant à la fois leur diffusion et leur conservation (293). Envisagées en dehors d'un tel mandat, ces directives doivent bien évidemment être respectées par le mandataire.

Depuis la loi nº 2016-87 du 2 février 2016, elles « s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale

(292) Le site de la Haute Autorité de santé donne des informations et des conseils pour rédiger les directives anticipées : www.has-sante.fr.

(293) V. *supra*, nº 1217.

pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsqu'[elles] apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale » (C. santé publ., art. L. 1111-11, al. 3). Le refus du médecin d'appliquer les directives anticipées ne peut être discrétionnaire et doit résulter d'une procédure collégiale, définie par voie réglementaire. Le décret n° 2016-1067 du 3 août 2016 est venu définir les conditions d'information des patients et les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées (C. santé publ., art. R. 1111-17 et s.).

1270 **– Conservation des directives anticipées. –** Si un « dossier médical partagé » (294) a été créé au nom de la personne concernée, il est recommandé d'y faire enregistrer les directives anticipées, car elles seront ainsi aisément consultables en cas de besoin. En l'absence d'un « dossier médical partagé », ces directives anticipées peuvent être confiées au médecin traitant, à l'hôpital en cas d'hospitalisation pour une maladie grave ou à l'établissement concerné en cas d'admission dans un établissement pour personnes âgées. Lorsqu'elles ont été rédigées à l'avance, elles peuvent être confiées au médecin traitant, au mandataire de protection future ou à la « personne de confiance », voire à un membre de la famille ou à un proche. Le tout étant de s'assurer de leur conservation. Dans cette optique, il est loisible d'imaginer leur dépôt chez un notaire.

1271 **– Rôle du notaire. –** À l'évidence, envisager à l'avance la fin de vie est difficile, voire angoissant. Mais il est important d'y réfléchir. De prime abord, cette préoccupation paraît éloignée de la pratique notariale quotidienne. En réalité, la question de la fin de vie n'est pas totalement absente de nos études : elle apparaît parfois au détour de la rédaction d'un testament, de la régularisation d'une donation familiale ou d'un changement de régime matrimonial. Elle est nécessairement présente lors de la prévoyance d'un mandat de protection future. Alors certes, le notaire n'a pas la compétence médicale pour apprécier ou, encore moins, pour dicter une directive anticipée, mais il doit cependant, dans le cadre de son devoir de conseil, porter à la connaissance de son client la faculté qui lui est donnée d'exprimer ses volontés par écrit sur les décisions médicales à prendre lorsqu'il sera en fin de vie, sur les traitements ou actes médicaux qui seront ou ne seront pas engagés, limités ou arrêtés.

Une piste à explorer et à développer

L'usage des directives anticipées de fin de vie reste très faible puisque 2 % à 3 % seulement de la population en rédigent (295). Et pourtant, promouvoir ces directives pour toute personne vieillissante apparaît comme une nécessité sanitaire importante, compte tenu du constat, très largement partagé, des mauvaises conditions, notamment relationnelles, dans lesquelles se déroulent les derniers instants de la vie, le plus souvent hors de chez soi et dans un établissement de soins médicaux. La piste des directives anticipées relatives aux soins de santé mériterait également d'être explorée au-delà du domaine de la fin de vie (296). En effet, ces directives pourraient être utiles à des personnes en situation de handicap qui ne seraient pas à même de communiquer leur volonté dans une situation d'urgence mais qui, au préalable, et éventuellement avec un accompagnement adapté, seraient en mesure de faire un certain nombre de choix.

(294) Le dossier médical partagé est un dossier numérisé qui peut être créé, avec le consentement de la personne concernée, afin de recueillir les informations médicales qui la concernent et qui est géré par l'assurance maladie.

(295) S. Pennec, A. Monnier, S. Pontone et R. Aubry, *Les décisions médicales en fin de vie en France*, in *Populations & Société*, nov. 2012, n° 494, Paris, INED.

(296) En ce sens, V. CNCDH, 16 avr. 2015, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables* : *JO* n° 158, 10 juill. 2015, spéc. n° 23.

1272 – Conclusion sur les mesures volontaires d'anticipation. – La pratique témoigne de ce que l'utilisation concrète de mesures volontaires d'anticipation, heureuses alternatives à l'intervention tardive du juge, demeure marginale. Il est vrai qu'anticiper sa perte éventuelle de capacité n'est pas encore devenu un réflexe chez nos concitoyens. Et pourtant, à l'évidence, de la même façon que rédiger un testament ne fait pas mourir, l'établissement d'une telle mesure d'anticipation ne rend pas vulnérable ! Au-delà, il semble bien que la relative confidentialité de ces mesures soit également liée non seulement à leur méconnaissance par le public et les professionnels de tous les champs, mais aussi à l'absence de publicité, qui entrave grandement leur sécurité.

D'une part, il convient donc de **divulguer l'information**. Chacun s'accorde sur la nécessité de sensibiliser davantage les citoyens aux avantages de l'anticipation sur les risques de vulnérabilité et de pertes de droits liés au vieillissement (297). À cette fin, il apparaît essentiel que les professionnels (notaires, mais aussi avocats, Unaf, Udaf, *etc.*) (298) se mobilisent pour mieux informer le public de l'existence et des vertus de ces dispositifs, en particulier du mandat de protection future. Il s'agirait d'un moyen de les aborder plus sereinement, tant pour les personnes concernées que pour leurs proches. Concrètement, le récent rapport sur les droits fondamentaux des majeurs protégés propose de développer de nouveaux canaux d'informations, notamment en s'appuyant sur des lieux ciblés (CAF, Ehpad, hôpitaux, MDPH, *etc.*) ou lors de moments clés (299). Parce qu'il est très souvent le témoin privilégié des vicissitudes, heureuses et douloureuses, qui jalonnent l'existence de ses clients, le notaire a un rôle capital d'information, de conseil et d'orientation à jouer en la matière. Au détour d'une donation au dernier vivant, d'un changement de régime matrimonial ou d'une succession, le notaire doit communiquer pour faire connaître les normes anticipatives mises en place par les pouvoirs publics. Au-delà, lorsqu'il est consulté par ses clients qui l'interrogent sur la façon de procéder en prévision d'une volonté défaillante, le notaire doit avoir en tête la diversité des choix possibles d'anticipation de la vulnérabilité. Parce qu'une telle démarche est indéniablement difficile en ce qu'elle nécessite chez le client de surpasser une réticence psychologique à envisager son affaiblissement et sa perte d'autonomie, le notaire doit évidemment se montrer tout à la fois très pédagogique, empathique et particulièrement humain dans son approche. Il doit aussi faire preuve de clairvoyance en sondant la personne prévoyante sur ses intentions et sur les moyens les plus adaptés pour résoudre son souci de pallier son éventuelle incapacité. De la pertinence du conseil et de la fidélité du notaire aux souhaits de son client, la mesure préventive de protection adéquate dépendra (300).

D'autre part, la montée en puissance de ces mesures anticipatives est indissociable de **la mise en place d'une véritable publicité**, déjà envisagée, et longuement développée pour le mandat de protection future (301). Celui-ci n'est cependant pas le seul concerné. On se souvient, en effet, que le groupe de travail conduit par M^me^ Caron-Déglise a proposé la

(297) En ce sens, V. not. Rapp. AN n° 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 37 et s. *Adde* CNCDH, 27 juin 2013, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées* : *JO* n° 0176, 31 juill. 2013, texte n° 101, qui recommande de développer les actions d'information sur les dispositifs permettant d'organiser à l'avance la protection des personnes vulnérables et le respect de leurs volontés.

(298) Quant au grand public, il faudrait envisager une campagne de sensibilisation portée par les pouvoirs publics, aux fins d'encourager les citoyens disposant de toutes leurs capacités à anticiper leur potentielle vulnérabilité.

(299) Rapp. AN n° 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 38.

(300) V. P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.

(301) V. *supra*, n^os^ 1190 et s. et 1201.

création d'un répertoire civil unique national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaire et des dispositions anticipées (mandat de protection future mais aussi directives anticipées et désignation d'une personne de confiance), accessible aux juridictions, aux notaires, aux avocats (302). À vrai dire, tous les acteurs de la dépendance appellent de leurs vœux la création d'un tel registre, qui pourrait toutefois être scindé en deux entrées. L'une concernant les mesures juridiques, généralement formalisées par le biais d'un acte authentique, à savoir le mandat de protection future et la désignation anticipée du tuteur ou du curateur, et qui pourrait de ce fait être confiée au notariat, et l'autre relative aux mesures d'anticipation dans le domaine de la santé, qui relèverait de la compétence des pouvoirs publics. S'agissant de ces dernières, et parce que l'on touche là à la sphère intime, il s'agira d'être particulièrement vigilant sur la protection des données personnelles des majeurs concernés et donc de définir précisément les catégories de personnes susceptibles d'y avoir accès (303).

1273 **– Alternatives spécifiques aux mesures volontaires d'anticipation. –** On ne saurait achever ces développements sur les mesures d'anticipation de la vulnérabilité des majeurs sans évoquer deux procédés spécifiques, au champ d'expression plus restreint, mais qui peuvent paradoxalement avoir une visée plus large : destinés principalement à anticiper des difficultés de gestion liées une perte d'autonomie, ils peuvent aussi être utilisés afin de dégager des revenus pour financer une éventuelle dépendance. Ces deux procédés sont la société civile et la fiducie.

1274 **– La société civile, technique de gestion anticipée du patrimoine de la personne vulnérable. –** À l'évidence, la société, grâce à l'écran de la personnalité morale, peut représenter un outil de gestion à la fois souple et pérenne dans l'optique d'une anticipation d'une éventuelle vulnérabilité.

Sans s'étendre sur cette forme de détention du patrimoine, qui a fait l'objet de nombreux développements, notamment dans le cadre des 102e (304) et 113e Congrès des notaires de France (305), qu'il convienne ici simplement de rappeler que lorsqu'une personne est titulaire de droits sociaux, sa vulnérabilité peut être anticipée par la rédaction *ab initio* de statuts adaptés. Selon les circonstances, il s'agira parfois, par le biais de ses mesures d'anticipation, de permettre la surveillance des autres associés, ou, le plus souvent, bien au contraire, de pouvoir leur assurer une autonomie en dépit de la vulnérabilité avérée frappant l'un d'entre eux (306). Des statuts rédigés sur mesure permettront au gérant d'assumer pleinement et librement ses fonctions, quel que soit l'état des personnes associées, sans

(302) A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, no 39, act. 771, spéc. p. 47 et s.

(303) V. Rapp. AN no 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 72, qui se montre cependant favorable à ce que, dans le cadre de l'hospitalisation sans consentement, l'accès des établissements psychiatriques au registre des mesures soit autorisé, afin que puisse être informé, dès l'hospitalisation, le représentant du patient, qu'il s'agisse du mandataire de protection future, de la personne de confiance, du tuteur ou du curateur.

(304) V. G. Crémont, H. Lenouvel et F. Loustalet, 102e Congrès de notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables*, nos 4229 et s.

(305) V. F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2533 et s.

(306) La difficulté à anticiper est d'autant plus importante que l'intérêt de l'entreprise peut aussi parfois contredire l'intérêt de la personne concernée ou de sa famille. Dans leurs écritures, les statuts peuvent privilégier l'un au détriment de l'autre.

avoir à en référer ni aux associés, ni au mandataire du majeur protégé, ni au juge des tutelles (307). À titre d'illustrations, les statuts peuvent ainsi prévoir (308) :

- des clauses d'agrément, en cas de cession de parts, draconiennes ;
- une faculté de retrait assouplie au bénéfice de la personne protégée ;
- l'aménagement de manière inégalitaire de la répartition des profits et des pertes en faveur de la personne protégée : limiter sa responsabilité financière à son apport personnel et augmenter sa part dans la distribution des profits de la SCI ;
- des pouvoirs étendus au profit du gérant et (donc) un objet social strictement défini ;
- mais aussi des cas de révocation du gérant si une mauvaise gestion porte atteinte aux intérêts de la personne protégée ;
- une modulation des règles de majorité afin d'éviter, dans la plupart des cas, l'intervention de la personne protégée et de son représentant.

Si la société civile permet, au travers de ses statuts, de concentrer les pouvoirs de gestion dans les mains d'un gérant pour cantonner l'associé que l'on souhaite protéger à un rôle très passif, elle permet également de maintenir des ressources au profit de l'associé à protéger, voire de lui constituer un patrimoine. Il suffit, dans cette optique, de convenir que l'associé vulnérable, « incapable » ou non, disposera de tout ou partie des revenus procurés par les biens dont la société est propriétaire, tandis que l'associé gérant disposera de pouvoirs de gestion à la fois étendus et contrôlés.

La société civile a toutefois pour inconvénient, il convient de l'avoir à l'esprit, la responsabilité indéfinie des associés. Il existe cependant un palliatif à cette règle. Il faut, afin de réduire les risques encourus, moduler dans les statuts la contribution aux pertes de la personne vulnérable. Cette clause ne sera cependant pas opposable aux tiers.

1275 – L'utilisation aux fins d'anticipation d'une technique de gestion patrimoniale : la fiducie. – Redoutée par les uns, adoubée par les autres, la fiducie, introduite en droit français par la loi du 19 février 2007 (309) (C. civ., art. 2011 à 2030), répond au souci d'assurer, à la faveur d'un transfert de propriété dans un patrimoine fiduciaire, la gestion dynamique d'un patrimoine (310). D'une application aujourd'hui encore relativement confidentielle, la fiducie est un outil assez proche de la société civile, dont la gestion aurait été déléguée de manière assez large à un gérant. Elle constitue ainsi une autre alternative de gestion non négligeable au service des personnes vulnérables.

Dans cette perspective, le principal frein à son recours réside dans l'impossibilité faite au tuteur de « transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé » même avec l'autorisation du juge (C. civ., art. 509). On se souvient que le rapport Caron-Déglise a proposé de supprimer cette interdiction légale, afin de permettre la constitution d'une fiducie lorsque le majeur est antérieurement placé sous une mesure de tutelle, aux motifs qu'une « telle opportunité serait aujourd'hui particulièrement souhaitable dans un monde où l'assistance des personnes âgées et la protection de leur patrimoine vont être de

(307) Pour autant, il ne s'agit pas de contourner les règles instituées par le droit positif, d'éviter notamment le recours au juge et de lui demander une autorisation préalable. L'alternative patrimoniale ne doit pas constituer un abus de droit ou un montage frauduleux.

(308) J.-P. Andriot, P. Rebattet et C. Brenner, *La gestion du patrimoine immobilier et des comptes de la personne vulnérable* : *Actes prat. strat. patrimoniale* oct. 2010, n° 4, dossier 31, spéc. n° 12.

(309) L. n° 2007-211, 19 févr. 2007, instituant la fiducie : *JO* n° 44, 21 févr. 2007, p. 3052.

(310) Sur la fiducie, V. les développements très éclairants *in* F. Luzu et N. Le Gall, 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, p. 881 et s. – F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2629 et s.

plus en plus importantes » (311). Au-delà, parce qu'il arrive que la nature de certains biens et les exigences de leur gestion s'accordent mal avec les régimes juridiques de protection des personnes vulnérables, on sait que le Conseil supérieur du notariat a appelé de ses vœux, d'une manière plus générale, la constitution d'une fiducie-protection qui pourrait être un régime de protection spécifique ou utilisé en complément d'une mesure de protection judiciaire ou conventionnelle. En attendant que cette proposition, qui a également été relayée par le rapport Caron-Déglise (312), sensibilise les pouvoirs publics, nul doute que la fiducie peut aujourd'hui être constituée en amont, dans une optique d'anticipation d'une éventuelle vulnérabilité.

Sur le principe, la fiducie peut être un outil particulièrement pertinent pour répondre à des préoccupations d'anticipation, en ce qu'elle permet de confier une mission de gestion librement définie par le constituant à un professionnel, lequel peut s'entourer de la compétence d'autres professionnels si besoin. Ce mécanisme innovant peut notamment être utilisé par le dirigeant d'entreprise soucieux de mettre en place des solutions de prévoyance destinées à assurer la pérennité de son entreprise en cas de survenance d'un accident de la vie. La fiducie peut également être un moyen de mettre le patrimoine d'une personne vulnérable, qui serait prodigue, à l'abri de créanciers peu scrupuleux. Outre qu'elle peut permettre une gestion souple des biens du constituant et une grande sécurité d'emploi, la fiducie peut aussi être utilisée comme un moyen de financement de la vulnérabilité. Il suffit, à cette fin, de prévoir dans le contrat que les revenus du patrimoine fiduciaire seront affectés, par exemple, au règlement des frais d'hébergement du constituant dans une maison de retraite ou dans un établissement médicalisé.

Et pourtant, en dépit de ses atouts certains, si la fiducie peut constituer un outil d'anticipation supplémentaire, il est difficile d'imaginer qu'elle puisse devenir un outil de masse à court ou moyen terme. Plusieurs raisons justifient ce scepticisme.

D'une part, la fiducie présente des inconvénients intrinsèques. La technique est lourde à mettre en œuvre en raison du choix du fiduciaire, de la détermination de ses pouvoirs ou encore de l'audit de patrimoine qu'elle suppose. En outre, en l'état actuel des textes, si la résidence principale ou secondaire de la personne protégée est intégrée dans le patrimoine affecté, il serait fait obstacle aux dispositions protectrices de l'article 426 du Code civil sur la disposition du logement de la personne vulnérable. Par ailleurs, la fiducie ne vise que la gestion d'un patrimoine (et uniquement des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire) et non la protection de la personne (313). Enfin, la fiducie peine à s'harmoniser avec le principe de personnalité des charges tutélaires, selon lequel il est interdit au mandataire de se décharger de l'exercice de son mandat au profit d'un tiers, dans la mesure où le fiduciaire peut se voir attribuer des pouvoirs très étendus sur le patrimoine de la personne protégée et notamment celui d'accomplir de son propre chef non pas seulement des actes d'administration, mais encore des actes de disposition.

D'autre part et surtout, le procédé impliquant le recours à un fiduciaire et la constitution d'un patrimoine d'affectation doté d'une comptabilité propre, son utilisation ne peut concerner, à l'évidence, que des ensembles de biens qui sont suffisamment importants pour justifier le recours à une telle technique, laquelle implique la rémunération d'un fiduciaire gestionnaire sur lequel pèse une lourde responsabilité professionnelle et qui doit donc s'assurer pour cela.

(311) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 48.
(312) *Ibid*.
(313) Ce champ d'intervention limité peut inciter le constituant à associer fiducie et mandat de protection future. V., en ce sens, H. Fabre, *La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission* : *Dr. et patrimoine* 2012, n° 212, p. 56.

De fait, ainsi que l'a souligné le rapport Caron-Déglise, après avoir auditionné M. le Professeur Crocq à ce sujet (314), l'utilisation de la fiducie en tant que technique de protection d'un grand nombre de personnes protégées ne semble *a priori* pouvoir être envisagée que dans l'hypothèse où le fiduciaire serait une institution publique à même d'assurer une telle charge, et ce sans coût en soi exorbitant pour les personnes vulnérables concernées.

En somme, la fiducie constitue, en l'état, un procédé dont le recours, compte tenu de sa technicité et de son coût, semble réservé à la gestion des patrimoines complexes ou importants. En sus, lorsqu'elle est mise en place aux fins de prévenir une éventuelle vulnérabilité, la fiducie suppose des précautions accrues, notamment dans le choix et le périmètre des pouvoirs du fiduciaire. Au-delà, il est indispensable de sécuriser le mécanisme et de prévoir des contrôles renforcés pour le jour éventuel où la vulnérabilité du constituant sera avérée (315).

SOUS-TITRE II

L'anticipation par la transmission

1276 **– Le besoin de financement. –** La vulnérabilité peut être liée à un handicap de naissance, qu'il soit physique ou mental ou à une maladie contractée au cours de l'existence. Elle peut aussi avoir été causée par un accident de la vie ou, plus inéluctablement, accompagner le vieillissement (316). Si l'on a échappé aux premières causes de vulnérabilité, que l'on peut espérer ne pas être touché par la troisième, il est difficile de ne pas être rattrapé par la quatrième. Avec l'avancée dans l'âge, le risque de vulnérabilité devient de plus en plus prégnant et il est généralement source d'angoisse, notamment lorsque la personne souffre d'isolement et/ou se trouve dans une situation de fragilité, quand ce n'est pas de précarité, financière. C'est en cela que le vieillissement de la population effraie nos sociétés industrialisées. Un vieillissement qui s'accentue en raison d'une population plus nombreuse, en meilleure santé, bénéficiant ainsi d'une meilleure espérance de vie. Un vieillissement caractérisé par une perte d'autonomie, une dépendance souvent progressive, parfois soudaine (317). Il ne s'agit pas d'un phénomène récent : de tout temps, des personnes sont devenues dépendantes, mais dorénavant, la période de dépendance est plus longue, médicalement plus complexe et fatalement plus coûteuse. Le phénomène est du reste appelé à croître dans les années à venir, avec le vieillissement de notre population (318) et l'augmentation inéluctable qui en découle des personnes appelées à être dépendantes (319).

(314) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 48.

(315) En ce sens, V. A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 49 et s.

(316) Avec 16,5 millions de personnes âgées de plus de soixante ans en 2016, le vieillissement de la population française constitue le phénomène démographique majeur pour les prochaines années (Insee, *Bilan démographique 2016 de la France métropolitaine*, in *Tableaux de l'économie française*, éd. 2017).

(317) En 2016, sur les 16,6 millions de personnes âgées de plus de soixante ans, 26,06 % (4,3 millions) étaient dans une situation de fragilité (GIR 5 et 6), avec un besoin d'aide ponctuelle et 7,27 % (1,2 million) étaient dans une situation de dépendance (GIR 1 et 4), avec un besoin d'aide beaucoup plus soutenu, voire permanent (COR, Rapport CNSA, 2017).

(318) À l'horizon 2040, environ un habitant sur quatre aura plus de soixante-cinq ans (Insee, *Tableaux de l'économie française*, éd. 2018).

(319) À l'horizon 2060, les chiffres actuels sont appelés à doubler puisque 2,3 millions de personnes pourraient alors être dépendantes (Drees, *Données individuelles anonymisées des bénéficiaires de l'APA*, 2006-2007. – Insee, *Projections de population 2007-2060*).

Partant, il ne fait aucun doute que la protection de la personne vulnérable passe par un maintien de ses ressources pour faire face à une situation de dépendance. Il s'agit concrètement de pouvoir régler les dépenses du quotidien, auxquelles vont s'agréger au fil du temps des frais de santé sans cesse croissants et le coût de l'intégration éventuelle au sein d'un établissement spécialisé. Le maintien à son domicile, qui est une priorité clairement affirmée par la majorité de nos concitoyens, engendre également un coût, certes moins élevé que l'hébergement en Ehpad, mais qui ne saurait toutefois être négligé (320).

Ces différents constats renvoient à l'épineuse et fondamentale question du financement de la dépendance, qui constitue aujourd'hui un enjeu sociétal national.

Le coût du maintien à domicile

Outre l'entretien et la mise à niveau énergétique inhérents à tout bien immobilier, la personne vulnérable désireuse de se maintenir à son domicile doit avoir conscience qu'elle va très certainement devoir faire face à des charges spécifiques.

D'une part, elle devra supporter les frais d'adaptation de son habitat (321). Il s'agit alors de compenser les « incapacités » liées à la perte de mobilité, la baisse de la vue, de l'ouïe, ou la diminution des aptitudes physiques, ce qui suppose des aménagements spécifiques et des adaptations ergonomiques du logement. Ainsi il faut parfois installer des rampes d'accès ou d'appui pour permettre l'accès à l'étage, installer le lieu de vie au rez-de-chaussée en cas de difficultés d'accès à l'étage, élargir les passages et les dégagements pour laisser passer un fauteuil, réaménager la salle de bain, acheter un matériel de téléassistance, rendre accessible la boîte aux lettres, le digicode, l'interphone, *etc.*

D'autre part, elle devra financer, le cas échéant, le coût d'une aide à domicile. Cette aide, qui relève le plus souvent d'une auxiliaire de vie sociale, recouvre toutes les tâches que la personne vulnérable ne peut pas assumer seule : entretien de la maison (aide-ménagère, lessive, repassage...), aide à la vie quotidienne (préparation des repas, portage des repas, courses), actes essentiels de la vie quotidienne (toilette), prestations d'ordre administratif (démarches à la poste ou à la banque). L'aide à domicile revêt également une dimension relationnelle en ce qu'elle offre une compagnie à la personne vulnérable, et lui permet de conserver un lien social déterminant (322). Enfin, l'aide à domicile peut être complétée par l'intervention d'un service de soins infirmiers à domicile (SSIAD ou SSAD), destiné à assurer des soins infirmiers et d'hygiène générale : prévention des escarres, surveillance des paramètres d'absorption et d'élimination, injections, pansements, lavage vésical, préparation et distribution des médicaments, *etc.*

1277 **– Le financement de la dépendance par les aides. –** Bien évidemment, la vulnérabilité n'empêchera nullement une personne de bénéficier de ses revenus professionnels, à condition qu'elle soit en mesure de travailler et, plus tard, de ses droits à la retraite (323). Il n'en reste pas moins que le niveau moyen des revenus des personnes vulnérables est très généralement faible et, par-delà, insuffisant pour faire face au coût de cette dépendance.

(320) V. N. Pécourt, *Les réponses apportées par le prêt viager hypothécaire face aux enjeux du vieillissement de la population* : *JCP* N 2014, nos 45-46, 1330, no 4, qui indique que le coût moyen pour un résident en Ehpad est de 2 400 € par mois contre 1 800 € en cas de maintien à domicile.

(321) De tels travaux sont essentiels pour éviter les incidents domestiques, sachant que chaque année en France 450 000 personnes de plus de soixante-cinq ans sont victimes de chute principalement à domicile et que plus de 4 000 cas de chutes aboutissent à un décès (Anah, *Adaptation des logements à la perte d'autonomie : des moyens renforcés pour 2013*, mars 2013, p. 2).

(322) Dans les faits, on constate malheureusement une insuffisance des temps d'accompagnement et de soins ainsi qu'une rotation rapide des effectifs professionnels auprès des personnes vulnérables, de sorte que la nécessité de trouver un aidant professionnel de confiance, rassurant par sa présence régulière, demeure trop souvent insatisfaite.

(323) Sur lesquelles, F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2002 et s.

L'aide des tiers est une nécessité. Dès lors, il n'est nullement surprenant de constater que la dépendance est aujourd'hui financée principalement par la solidarité collective et, accessoirement, par la solidarité familiale.

D'une part, les **pouvoirs publics** contribuent de façon significative au financement de la dépendance. En ce qui concerne la dépendance liée au vieillissement (324), au-delà des retraites par répartition et de la sécurité sociale pour la prise en charge des maladies ou du minimum vieillesse, *via* l'allocation de solidarité aux personnes âgées (Aspa), il peut s'agir aujourd'hui, par exemple, des aides pour les frais de dépendance et plus particulièrement de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) à la charge des conseils généraux, des aides de l'État et des collectivités à travers de l'Agence nationale de l'habitat (Anah) ou encore des aides spécifiques des collectivités locales (CCAS, *etc.*). Dans un récent rapport, le Sénat évalue la dépense publique liée à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées à environ 23 milliards d'euros, en précisant que ce coût est principalement supporté par l'assurance maladie (56,52 %) et les départements (26,09 %) (325). Selon une étude récemment publiée, le besoin de financement global lié à la dépendance s'élèverait à environ **30 milliards d'euros** (326), soit un reste à charge de 7 milliards d'euros.

En ce qui concerne plus spécifiquement la prise en charge du handicap, celle-ci mobilise cinq financeurs publics : la Sécurité sociale, principalement au titre du remboursement de soins ; l'État, notamment par la prise en charge du coût des pensions militaires d'invalidité ou des crédits relatifs à l'accompagnement scolaire des enfants handicapés ; les départements en charge directe de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et de la prestation de compensation du handicap (PCH) ; la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (Cnasa) qui contribue notamment au financement des établissements sociaux et médico-sociaux et l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph), dont le rôle consiste à promouvoir l'insertion professionnelle des personnes handicapées.

Il n'existe pas, à proprement parler, de « risque » spécifique identifié en matière de dépendance ou de handicap, comme il peut y en avoir pour la « maladie » ou la « retraite ». La donne pourrait cependant bientôt changer. On sait que pour permettre un financement à la hauteur des enjeux, le rapport Libault préconise la reconnaissance de la dépendance comme un nouveau risque de protection sociale à part entière (327). Intégrer la dépendance dans le champ des lois de financement de la sécurité sociale (LFSS) par la création d'un « cinquième risque » permettrait d'inscrire la perte d'autonomie dans le débat public de façon pérenne. Il reste à savoir si la loi sur le grand âge et l'autonomie annoncée en grande pompe par le gouvernement reprendra à son compte cette proposition, dont il restera ensuite, dans l'affirmative, à trouver les moyens pour financer sa mise en œuvre.

D'autre part, la personne vulnérable pourra, le cas échéant, bénéficier d'**aides familiales et amicales**. Ces aides peuvent être imposées par la loi dans le cadre des obligations d'entraide au sein du couple marié ou pacsé ou, plus généralement, de l'obligation alimentaire (328). Elles peuvent également être volontaires, ce qui renvoie, outre la faculté de consentir des libéralités, nécessairement réfléchies et adaptées, à l'épineuse question du

(324) Sur lesquelles, F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, préc., nos 2094 et s.
(325) Rapp. Sénat no 428, 3 avr. 2019, fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales, p. 13, par B. Bonne et M. Meunier.
(326) Drees, *Personnes âgées dépendantes : les dépenses de prise en charge pourraient doubler en part de PIB d'ici à 2060 : Études et Résultats* oct. 2017, no 1032.
(327) Rapport D. Libault, *Concertation Grand âge et autonomie*, mars 2019.
(328) Sur lesquelles, F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, préc., nos 2241 et s.

statut des aidants (329). Cette solidarité entre proches suppose, pour pouvoir en bénéficier, d'être entouré et que l'entourage en question dispose de moyens financiers, du temps et surtout de la volonté de s'investir, d'épauler ou de transmettre à la personne vulnérable. Or, on sait que l'émergence de l'individualisme au sein de notre société, la recomposition des familles, leur éclatement géographique, et les difficultés financières de beaucoup mettent à mal l'entraide entre proches.

1278 **– Le financement de sa propre dépendance. –** La faiblesse des pensions de retraite actuelles et l'incertitude sur leur devenir, la timidité des banques en leur qualité de prêteurs en présence d'une personne vulnérable, le déclin de la solidarité familiale et l'incapacité – en attendant peut-être la création et la mise en œuvre du cinquième risque – des mécanismes de solidarité sociale à prendre le relais, le tout conjugué à l'augmentation des besoins liés à la dépendance et la baisse du pouvoir d'achat des seniors doivent inévitablement inciter l'individu prudent à rechercher des solutions efficientes au travers d'un autofinancement, ce qui passe concrètement par une anticipation de sa vulnérabilité par la transmission. Dans cette perspective, la personne concernée doit chercher naturellement à optimiser son patrimoine en vue d'en tirer des ressources. Outre le recours spécifique à la société civile ou à la fiducie, déjà suggéré (330), cette constitution de ressources peut résulter d'actes à titre onéreux (**Chapitre I**) ou à titre gratuit (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La constitution de revenus à titre onéreux

1279 **– Mobilisation du patrimoine. –** Outre la mobilisation de ses liquidités au travers des contrats d'assurance (**Section I**), la personne qui souhaite se procurer des ressources complémentaires aux fins d'anticiper une éventuelle vulnérabilité peut utiliser son patrimoine immobilier à cette fin (331), et principalement son logement (**Section II**).

Section I Les ressources tirées d'un contrat d'assurance

1280 **– Deux types de contrats. –** Sans nul doute l'assurance constitue aujourd'hui un instrument précieux de prévoyance dans l'optique d'une éventuelle vulnérabilité. Actuellement, deux types de contrats d'assurance sont offerts aux personnes désireuses d'anticiper une situation de dépendance : d'une part, les contrats d'assurance-vie, non spécifiques au risque de dépendance, mais dont la souscription peut concourir indirectement à se constituer à terme, par la voie de l'anticipation patrimoniale, une épargne susceptible d'être mobilisée en cas de survenue de la dépendance (**Sous-section I**) ; d'autre part, les contrats d'assurance spécifiquement dédiés au risque dépendance, dont l'objet est de permettre au souscripteur, selon les choix de garanties qu'il a effectués, de faire face financièrement et/ou matériellement, à la survenue de la dépendance (**Sous-section II**).

(329) Sur lequel, F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, préc., nos 2127 et s.
(330) V. *supra*, no 1275.
(331) Il convient d'avoir à l'esprit qu'en France, 75 % des personnes âgées de soixante ans et plus sont propriétaires de leur logement. Ce patrimoine peut être valorisé à 3 773 milliards d'euros, soit 57 % du patrimoine immobilier français (Insee, *Enquêtes Patrimoine 2009-2010* et *2014-2015*).

Sous-section I Les contrats utilisés pour financer la dépendance

1281 – L'utilisation du contrat d'assurance-vie. – La personne qui cherche des ressources pour financer son éventuelle vulnérabilité peut utiliser l'assurance-vie, dont on connaît le succès auprès de nos concitoyens (332), liée à un régime juridique attractif, tant sur le plan civil que sur le plan fiscal. La notion de contrat d'assurance-vie, on le sait, est un terme générique qui recouvre en réalité une diversité de contrats aux caractéristiques diverses et variées, dont le seul point commun réside dans l'existence d'un aléa. Utilisée comme un produit de transmission du patrimoine « en cas de décès », l'assurance-vie peut également être souscrite « en cas de vie », aux fins de se constituer une épargne, généralement dans une perspective de retraite, ce en quoi elle se rapproche d'un produit d'épargne-retraite classique (Perp, PEA, Pere, Préfon Retraite, contrat Madelin, *etc.*).

1282 – L'utilisation du contrat à son dénouement. – Dans l'optique spécifique du financement de la dépendance, ce sont les vertus économiques et fiscales attachées à l'assurance en cas de vie qui peuvent être recherchées. Dans ce type de contrat, l'assureur s'engage, en contrepartie du versement de primes uniques ou périodiques, à verser au bénéficiaire un capital ou une rente si l'assuré est vivant à un âge ou à une date donnés. En pratique, les souscripteurs ont tendance à privilégier la rente, qui évacue le souci de la gestion d'un capital et procure une source constante et rassurante de revenus jusqu'à son décès. Les sommes ainsi perçues vont constituer une source de ressources complémentaires disponibles, au gré des besoins du souscripteur alors devenu senior, ce qui peut indirectement lui permettre de faire face à une situation de dépendance.

Rappelons que l'assurance-vie en cas de vie constitue un contrat à fonds perdu, car si l'assuré – qui est aussi le souscripteur et le bénéficiaire – n'est plus en vie à la date convenue, l'assureur ne verse rien. C'est pourquoi, pour pallier le risque de perte financière pour l'assuré, les assureurs proposent aujourd'hui, le plus souvent, des contrats où se juxtaposent les deux assurances : l'une en cas de vie, l'autre en cas de décès. Seule l'une d'elles prendra effet. C'est le cas des « assurances-vie mixtes » ou des « assurances-vie avec contre-assurance décès ». En pareille occurrence, le contrat d'assurance-vie présente l'intérêt, pour le souscripteur, de concilier tant son objectif d'anticipation de sa retraite, et par-delà de son éventuelle entrée en dépendance, que son objectif de transmission d'un capital à ses proches à son décès.

1283 – L'utilisation du contrat par anticipation. – Le contrat d'assurance-vie présente également l'avantage pour le souscripteur de se constituer une épargne liquide, c'est-à-dire susceptible d'être mobilisée, par anticipation, en cas de survenue de la dépendance, au moyen des opérations de rachat ou d'avance sur police.

D'une part, il est possible pour le souscripteur de se procurer un revenu, ponctuel ou régulier, pour faire face aux besoins de sa dépendance, en procédant à des rachats partiels : trimestriel, semestriel, annuel ou à tout moment, sur simple demande. Le rachat du contrat d'assurance-vie consiste à mettre un terme prématurément audit contrat. Total ou partiel (333), il

(332) Selon l'Insee, 39 % des ménages métropolitains possèdent au moins une assurance-vie, ce qui en fait le produit préféré des ménages après les livrets d'épargne (*Le patrimoine des ménages en 2018* : *Insee première* déc. 2018, n° 1722, p. 1).

(333) V. M. Freche-Thibaud, *Le financement de sa dépendance. Les différentes stratégies possibles* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, n° 1, dossier 7, n° 13, qui souligne que sauf à répondre à une charge financière exceptionnelle sur le court terme, le rachat total du contrat ne présente aucun intérêt et qu'il convient de privilégier le recours aux rachats partiels, à échéances régulières, accompagnés d'échéances exceptionnelles motivées par des dépenses les justifiant, afin « de bénéficier de l'antériorité du contrat d'assurance-vie, du maintien de la rémunération prévue au contrat et de la fiscalité privilégiée qui s'y rapporte ».

peut être envisagé par le souscripteur qui aurait un besoin urgent de liquidités, pour faire face aux frais médicaux ou d'assistance engendrés par sa dépendance, ou encore pour financer l'aménagement de son logement. L'assureur procède alors au versement de la provision mathématique constituée au jour du rachat. Il s'agit d'un véritable droit pour le souscripteur, dont l'assureur ne peut lui refuser l'exercice (C. assur., art. L. 132-21 et s.).

D'autre part, le souscripteur peut solliciter une avance sur police, laquelle peut se définir comme « l'opération par laquelle l'assureur consent à remettre au souscripteur une partie de la provision mathématique de son contrat, l'assurance devenant ainsi un instrument de crédit qui utilise la provision comme un compte courant » (334). L'avance se distingue du rachat en ce qu'elle ne met pas un terme au contrat d'assurance-vie, mais constitue seulement un « prêt à durée déterminée », le souscripteur recevant de l'assureur des liquidités qu'il s'engage à rembourser. Elle permet de répondre à un besoin de trésorerie du souscripteur à court ou moyen terme, tout en laissant fructifier l'épargne investie au contrat, sans perte de l'antériorité fiscale du contrat (335). L'avance, qui ne peut être supérieure à la valeur du contrat, ne peut intervenir avant une certaine antériorité dudit contrat. À la différence du rachat, l'avance ne constitue pas un droit pour le souscripteur, elle doit être acceptée par l'assureur. Tout comme un contrat de prêt, l'avance fait l'objet d'un règlement strict qui varie en fonction de la compagnie d'assurance.

La solution privilégiée par le souscripteur qui devient vulnérable sera bien entendu le rachat, dans la mesure où, le plus souvent, sa situation ne lui permettra pas, à l'avenir, de reconstituer et donc de restituer l'avance perçue, laquelle produit en sus des intérêts.

Sous-section II Les contrats dédiés au financement de la dépendance

1284 **– Une double option. –** Actuellement, la personne inquiète de la survenance d'une éventuelle perte d'autonomie future a le choix entre deux types de contrats, dédiés spécifiquement au financement de la dépendance : les contrats d'assurance dépendance (**§ I**) et les contrats d'assurance-vie assortis d'une option dépendance (**§ II**).

§ I Le contrat d'assurance dépendance

1285 **– Un instrument d'anticipation dédié à la dépendance. –** À côté de l'assurance-vie, qui reste le placement préféré des Français, les assureurs (au sens large : sociétés d'assurance, mutuelles banques et institutions de prévoyance) ont élargi leur offre pour appréhender le marché de la dépendance. Non seulement ils ont adjoint la dépendance en garantie optionnelle de certains contrats existants (garantie complémentaire), mais surtout, ils ont créé des produits dédiés à la dépendance : les contrats d'assurance dépendance (garantie principale) (336).

Ces derniers sont des contrats en vertu desquels, moyennant le versement de cotisations périodiques par l'assuré, l'assureur s'engage à lui fournir des prestations déterminées au contrat lorsque la dépendance survient. Le contrat d'assurance dépendance est un contrat de prévoyance et non d'épargne. Par principe, ces contrats sont donc considérés à fonds perdu.

(334) Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 14e éd. 2017, no 949, p. 810.
(335) En effet, la somme prêtée par l'assureur n'est pas retirée du contrat et continue de produire des intérêts.
(336) Sur lesquels, V. l'étude très complète, sur laquelle nous nous sommes grandement appuyés, de N. Gaulon, *Anticiper la dépendance : les solutions actuelles de l'assurance (1re partie)* : *Resp. civ. et assur.* avr. 2011, no 4, étude 6.

Si la dépendance ne survient pas, les cotisations versées par l'assuré ne lui seront pas restituées : elles restent acquises à l'assureur (337).

Ces contrats, qui visent à garantir la survenance du risque dépendance, présentent à la fois une telle diversité qu'il est souvent bien difficile pour le candidat à l'assurance de faire son choix (**A**) et une relative inefficacité qui finit, encore trop souvent, par décourager celui-ci d'y avoir recours (**B**).

A/ La diversité des contrats d'assurance dépendance

1286 – Dualité des modalités de souscription. – Les contrats d'assurance dépendance connaissent deux modalités de souscription : d'une part, la souscription individuelle : le contrat est alors souscrit directement par un particulier auprès de l'assureur de son choix et, d'autre part, la souscription collective par une entreprise ou une association auprès d'un assureur, au profit des membres du souscripteur, qui adhèrent au contrat. Cette adhésion peut être obligatoire lorsque l'adhésion des membres d'un groupe assuré résulte de la seule qualité de membre de ce groupe, ou facultative, lorsque, en plus d'appartenir au groupe assuré, le membre de ce groupe doit exprimer son consentement pour adhérer au contrat d'assurance. Dans les faits, la plupart des contrats d'assurance dépendance sont collectifs.

1287 – Diversité du risque garanti. – Les contrats couvrent systématiquement la dépendance totale et, sur option, la dépendance partielle. Mais, que la dépendance couverte au contrat soit totale ou partielle, elle doit être irréversible pour donner lieu à garantie.

Avant de souscrire ce type de contrat, il faut étudier le degré de dépendance qui sera couvert par le contrat : les contrats d'entrée de gamme proposent uniquement le versement d'une rente en cas de dépendance totale (lourde), les contrats plus élaborés proposent à la fois le versement d'une rente en cas de dépendance totale et le versement d'une demi-rente en cas de dépendance partielle ; les contrats les plus complets couvrent, en plus de la dépendance totale et partielle, la dépendance légère.

La difficulté réside dans la définition de ces différents états de dépendance. En effet, on constate, et l'on peut regretter, qu'il n'existe pas de définition légale de la notion de dépendance et, par-delà, aucune méthode d'évaluation commune aux assureurs, qu'ils seraient tenus d'utiliser. L'examen des conditions générales des contrats présents sur le marché révèle ainsi que le risque de dépendance n'y est pas défini : chaque assureur se contente de définir le niveau de dépendance pris en charge par le contrat, au moyen d'une méthode d'évaluation qui lui est propre. Pour ce faire, les assureurs utilisent divers référentiels pour déterminer l'état de dépendance. La majorité d'entre eux utilise la grille Aggir (338), laquelle permet de calculer le degré de perte d'autonomie physique et psychique d'une personne pour accomplir seule, ou en ayant besoin d'aide, dix actes essentiels de la vie (339). Cette grille est toutefois systématiquement combinée avec d'autres critères pour que la garantie joue. La grille la plus généralement utilisée par les assureurs, en complément de la grille Aggir pour mesurer le degré de perte d'autonomie d'une personne, est celle des Activités de la vie quotidienne (AVQ), laquelle répertorie six actes de la vie quotidienne (la toilette, l'habillage, l'alimentation, la continence, le déplacement, les trans-

(337) Certains contrats proposent une option « capital décès » qui permet, si le bénéficiaire du contrat décède sans avoir été en état de dépendance, de reverser l'intégralité des sommes perçues par l'assureur à ses ayants droit. Cette option a bien évidemment un coût qui sera répercuté sur le montant des cotisations.

(338) Autonomie, Gérontologie, Groupe Iso-Ressources (D. n° 2001-1084, 20 nov. 2001, ann. 1 : *JO* 21 nov. 2001, p. 18485), laquelle sert à l'attribution de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA).

(339) Les niveaux de dépendance sont classés en six groupes, nommés GIR, allant de la dépendance la plus lourde pour le GIR 1 aux signes de dépendance les plus faibles pour le GIR 6.

ferts) pour définir ensuite quatre niveaux de dépendance, en fonction du nombre d'actes qui ne peuvent plus être effectués seuls (340). Certains assureurs utilisent également la grille des Activités instrumentales de la vie quotidienne (AIVQ) (341).

Dans les faits, on constate cependant un manque d'harmonisation dans les critères utilisés par les assureurs (342). Ainsi un même degré de dépendance ouvrira ou non droit à garantie suivant la compagnie auprès de laquelle la personne dépendante est assurée. L'offre est donc difficilement lisible pour le souscripteur, qui doit être particulièrement vigilant, puisque de la définition même du risque garanti dépend l'effectivité de sa prise en charge. Cette absence de définition commune de la dépendance et d'un référentiel commun pour l'évaluation de la perte d'autonomie est dénoncée par l'ensemble des rapports d'information élaborés par les instances publiques sur le sujet ces dernières années.

Le label GAD (Garantie Assurance Dépendance)

Les assureurs ont cherché à travailler pour améliorer la transparence, la compréhension et le niveau des garanties des contrats d'assurance dépendance. Pour permettre aux personnes à la recherche d'une garantie dépendance de choisir leur contrat de manière éclairée, la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) a ainsi créé, en 2013, le label GAD (Garantie Assurance Dépendance). Ce label est accordé aux garanties d'assurance couvrant la dépendance lourde. Les contrats labellisés GAD doivent respecter neuf points essentiels :

- l'utilisation d'un vocabulaire permettant une grande clarté des garanties ;
- la définition unitaire de la « dépendance lourde » par la grille AVQ (Actes élémentaires de la Vie Quotidienne) ;
- le format viager de la garantie, sans tenir compte de la date d'apparition de la dépendance lourde ;
- l'instauration d'une rente dépendance minimale de 500 € par mois, en cas de dépendance lourde ;
- la définition contractuelle des revalorisations des garanties et des cotisations ;
- aucune sélection médicale pour les souscriptions avant cinquante ans ;
- dès la signature du contrat, proposition d'actions de prévention et d'accompagnement proposés à l'assuré et aux aidants ;
- une information annuelle du montant des cotisations et des garanties ;
- la possibilité de maintenir les droits en cas de suspension du paiement de la cotisation dépendance.

1288 **– Diversité des garanties proposées. –** Au-delà de la définition fluctuante du risque assuré, on observe également une grande diversité des garanties proposées. Une caractéristique est néanmoins commune à l'ensemble des contrats : les garanties prévues sont forfaitaires, ce qui signifie que l'assureur garantit un supplément de revenu en cas de dépendance, et parfois, une assistance, à la différence des garanties indemnitaires qui consisteraient en un

(340) Niveau 1 : 2 AVQ sur 6 ; niveau 2 : 3 AVQ sur 6 ; niveau 3 : 4 AVQ sur 6 ; niveau 4 : 5 ou 6 AVQ sur 6.

(341) Cet instrument sert à apprécier le degré d'autonomie d'une personne. Il se fonde sur un questionnaire destiné à évaluer la capacité de cette personne à accomplir les tâches utilitaires quotidiennes (utiliser les transports en commun, faire des courses, préparer ses repas, utiliser le téléphone, entretenir sa maison, faire sa lessive) essentiellement gouvernées par des fonctions cognitives (jugement, langage, orientation, calcul, mémoire, planification).

(342) À titre indicatif, on peut indiquer que les contrats retiennent cependant, le plus souvent, la dépendance totale pour les personnes figurant en GIR 1 et 2 et/ou qui se trouvent dans l'impossibilité d'effectuer trois AVQ sur quatre définis au contrat. Quant à la dépendance partielle, elle est retenue pour les personnes figurant en GIR 3 et/ou 4, et/ou dans l'impossibilité d'effectuer au moins deux AVQ sur quatre définis au contrat.

remboursement des frais occasionnés par la dépendance. Ces garanties forfaitaires varient selon que la dépendance qui survient est totale ou partielle.

Dans le cas d'une dépendance totale, la garantie de base est constituée par le versement d'une rente viagère, dont le montant est choisi par le souscripteur à la conclusion du contrat. À cette rente s'ajoutent sur option, dans la plupart des contrats, des services d'assistance (343), voire le versement d'un capital « premiers frais » prévu pour faire face aux frais d'aménagement du logement de la personne dépendante. Ces garanties « satellites » varient en fonction de l'assureur et du contrat, tant dans leur principe que dans leurs conditions de mise en œuvre. Ainsi certaines garanties sont mobilisables dès la date d'adhésion au contrat d'assurance dépendance mais aussi, par exemple, si l'assuré devient lui-même aidant d'une personne dépendante.

Exemple

Une personne âgée de soixante ans a souscrit un contrat d'assurance dépendance pour elle-même. Un de ses parents, dépendant, a besoin qu'elle s'occupe de lui. Le souscripteur devient alors aidant et peut bénéficier des garanties d'assistance en tant qu'aidant, si le contrat le prévoit.

Dans le cas d'une dépendance partielle, les contrats prévoient soit le versement d'un pourcentage de la rente convenue en cas de dépendance totale, soit le versement d'un capital. Certaines compagnies d'assurance proposent en sus la fourniture de prestations de service (344) et, ce qui est plus rare, le versement d'un capital « premiers frais ».

Conseil pratique

Face à la diversité des garanties offertes, le souscripteur doit être particulièrement vigilant et bien identifier les coûts pris en charge par l'assureur. En particulier, s'agissant des prestations de services mentionnées dans la plupart des contrats, il importe de bien distinguer les simples garanties d'assistance à la recherche d'un prestataire des véritables garanties de prise en charge des prestataires. En réalité, l'intervention des différents prestataires reste le plus souvent à la charge de l'assuré, l'assureur ne jouant qu'un simple rôle d'intermédiaire. Une lecture trop rapide des conditions générales du contrat risque donc d'induire l'assuré en erreur sur l'étendue de la garantie qu'il souscrite.

1289 – Diversité des conditions d'accès au contrat. – La souscription d'un contrat d'assurance dépendance n'est pas libre. Elle est doublement conditionnée.

D'une part, il existe des conditions tenant à **l'âge** du candidat à l'assurance. Les assureurs prévoient non seulement un âge limite, au-delà duquel il n'est plus possible de souscrire ce type de contrat, généralement compris entre soixante-quatorze et soixante-dix-sept ans, mais aussi un âge en deçà duquel le candidat à l'assurance ne peut pas s'assurer, la plupart du temps entre quarante-cinq et cinquante ans. Si l'on comprend l'idée d'un « âge plafond »,

(343) Ces services sont multiples et peuvent couvrir diverses périodes : ainsi, par exemple, avant l'état de dépendance (soutien psychologique, informations à caractère préventif sur la dépendance, *etc.*), en cas de dépendance (système de téléassistance, aide-ménagère au domicile, audit de l'habitat de l'aidé par un ergothérapeute, livraison de médicaments ou de repas, *etc.*) et en cas d'hospitalisation (visites, garde des animaux de compagnie, *etc.*).

(344) Il peut d'agir de services d'aide à l'organisation de la personne dépendante tels que l'aide à l'organisation d'un déménagement ou à la recherche de personnel à domicile – le coût d'intervention des prestataires restant à la charge de la personne assurée – ou plus rarement de services d'assistance tels que la livraison de médicaments à domicile – le coût d'intervention du prestataire étant pris en charge par l'assureur.

justifié par le fait que les personnes âgées sont plus exposées au risque de dépendance, l'instauration d'un « âge plancher » laisse davantage perplexe dans la mesure où il apparaît en contradiction manifeste avec les incitations faites à nos concitoyens d'anticiper au plus tôt le risque d'une éventuelle dépendance. En tout état de cause, et sans surprise, plus l'assuré souscrit tard, plus le risque de devenir dépendant est important et plus le montant des cotisations est élevé.

D'autre part, il peut exister des conditions tenant à **l'état de santé** du candidat à l'assurance. En effet, si les contrats d'assurance collectifs à adhésion obligatoire ne peuvent imposer aucune sélection médicale des adhérents, en revanche, en présence d'une souscription à un contrat individuel ou à un contrat collectif facultatif, il peut être demandé de répondre à un questionnaire de santé, au besoin complété par un examen médical. En fonction des résultats à ces questionnaires et/ou examens, le médecin-conseil de l'assureur décide d'accepter ou non la souscription. Cette sélection médicale des assurés dépendance lors de la souscription du contrat est réelle, ainsi qu'en atteste le taux de refus opposé par les assureurs, de l'ordre de 15 % à 20 % (345).

B/ L'inefficacité des contrats d'assurance dépendance

1290 **– Plan. –** Certaines stipulations contractuelles peuvent venir contrarier, d'une part, la mise en œuvre de l'assurance dépendance, alors même que la réalisation du risque est reconnue par l'assureur (**I**) et, d'autre part, la pérennité des garanties souscrites (**II**).

I/ Les obstacles à la mise en œuvre de l'assurance

1291 **– Délai de carence. –** C'est le cas, tout d'abord, de la stipulation d'un délai de carence, pendant lequel l'assuré n'est pas garanti en cas de dépendance. Il démarre à la date d'effet de la souscription (ou de l'adhésion pour les contrats collectifs) et sa durée est définie par le contrat (346). En cas de dépendance d'origine accidentelle postérieure à la souscription (ou à l'adhésion), il n'y a pas de délai de carence et les garanties du contrat sont acquises immédiatement. En revanche, si la dépendance est consécutive à une maladie de l'assuré, elle n'est pas couverte si elle survient immédiatement après la souscription du contrat. Les délais de carence, sensiblement uniformes quel que soit l'assureur, sont compris entre trois ans en cas de dépendance consécutive à une maladie neurodégénérative (maladie d'Alzheimer, sclérose en plaques, maladie de Parkinson, *etc.*) à un an pour toute autre maladie. Si, durant la période de carence, l'assuré déclare une dépendance consécutive à une maladie, les contrats prévoient le remboursement des cotisations versées.

Exemple

Une personne déclare une maladie de Parkinson vingt-six mois après avoir signé son contrat. L'assureur ne lui versera ni rente ni capital ; il résiliera son contrat et la remboursera de ses cotisations.

1292 **– Délais de franchise. –** C'est le cas ensuite de la stipulation de délais de franchise. Il s'agit d'un délai d'attente imposé par l'assureur entre la reconnaissance de la réalisation du risque et le versement des prestations prévues au contrat. Durant ce délai, qui est en général de

(345) S. Dufour-Kippelen, *Les contrats d'assurance dépendance sur le marché français en 2006*, Drees, déc. 2008.

(346) La stipulation de délais de carence concerne à titre principal les contrats d'assurance dépendance souscrits à titre individuel, mais également les contrats collectifs à adhésion facultative. En revanche, les contrats d'assurance collective à adhésion obligatoire n'en contiennent pas.

trois mois, l'assureur ne verse pas les prestations convenues au contrat, alors même que l'état de dépendance est déclaré (347). Les assureurs justifient la stipulation d'un délai de franchise en expliquant que l'assurance dépendance a pour objet la prise en charge de personnes qui entrent dans un risque pour plusieurs années, en les accompagnant dans leur maintien à domicile ou dans leur suivi en établissement. Elle n'a pas donc pas vocation, selon eux, à couvrir la très courte période de fin de vie. Il n'en reste pas moins que ce délai de franchise est particulièrement difficile à admettre pour l'assuré. On peut imaginer que la reconnaissance par l'assureur de son état de dépendance ne sera pas immédiate, mais prendra plusieurs mois. La stipulation d'un délai d'attente supplémentaire pour percevoir la rente prévue au contrat sera donc mal vécue, d'autant plus que lors de son entrée en dépendance, l'assuré devra faire face à de nombreux frais, notamment d'adaptation de son logement à sa nouvelle situation.

1293 – Exclusions de garantie. – C'est le cas enfin des exclusions de garantie, qui permettent aux assureurs de conditionner la prise en charge de la dépendance de l'assuré au respect par ses soins de certaines règles de prudence, plus ou moins élémentaires (348). Ainsi les assureurs ne garantissent pas les maladies et accidents consécutifs à la prise d'alcool, de stupéfiants ou de médicaments non prescrits à l'assuré. De même, certains contrats excluent les conséquences de la pratique de certains sports à risque. L'incidence de telles stipulations est importante : dès lors que le sinistre intervient dans une hypothèse visée par une exclusion de garantie, l'assureur ne sera pas tenu de verser la prestation convenue au contrat. Il convient donc pour les candidats à l'assurance d'être particulièrement vigilants au contenu des exclusions conventionnelles de garanties énumérées aux conditions générales des contrats proposés, le principe étant que tout ce qui n'est pas exclu est garanti.

II/ Les obstacles à la pérennité des garanties souscrites

1294 – Des zones d'ombre. – Le souscripteur d'un contrat d'assurance dépendance ignore, lorsqu'il souscrit, dans quel délai sa mise en œuvre interviendra, et même si elle interviendra un jour : l'opération d'assurance est aléatoire, ce qui est dans sa nature profonde. Mais, plus étonnamment, des zones d'ombre supplémentaires entourent spécifiquement le contrat d'assurance dépendance, lequel peine ainsi à apparaître comme une opération pérenne aux yeux des souscripteurs.

1295 – Absence de certitudes concernant la tarification future. – La tarification future des contrats est teintée d'incertitudes, dans la mesure où la cotisation fixée à l'origine peut, en cours de contrat, être revalorisée en application des dispositions contenues au contrat, ou encore être révisée en application des principes gouvernant la modification du contrat d'assurance. Dans les faits, la plupart des assureurs prévoient une clause qui leur permet d'augmenter leur cotisation si le contrat n'est plus rentable. Résultat des courses : les cotisations peuvent s'envoler, au grand dam du souscripteur. Et c'est bien ce qui s'est produit dans un passé récent sur certains contrats, qui ne sont plus commercialisés aujourd'hui,

(347) Un tel délai de franchise est systématiquement prévu dans les contrats individuels, rarement stipulé dans les contrats d'assurance collective à adhésion facultative. En revanche, la stipulation de délais d'attente est interdite par la loi Évin dans les contrats d'assurance collective à adhésion obligatoire.

(348) L'exclusion conventionnelle de garantie doit bien être distinguée de l'exclusion légale de garantie posée par l'article L. 113-1 du Code des assurances, qui exclut la garantie des dommages « provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive ». En application de ce texte, sont notamment exclues de la garantie des contrats d'assurance dépendance les conséquences des maladies ou accidents ayant pour origine une faute volontaire de l'assuré, en particulier résultant d'une tentative de suicide.

avec des hausses de 5 % à 10 % par an. Certes, l'assuré est libre de les accepter ou pas, mais en cas de refus ses garanties diminuent alors dans les mêmes proportions.

1296 **– Absence de revalorisation automatique du montant de la rente. –** Le montant de la prestation garantie – la plupart du temps une rente – est déterminé lors de la conclusion du contrat, c'est-à-dire des années avant sa mise en œuvre, en fonction du coût actuel de la dépendance. Ni l'assureur ni l'assuré ne peuvent, à la souscription du contrat, maîtriser l'évolution ultérieure du coût de la dépendance. Au jour de la mise en œuvre du contrat, l'inflation risque donc d'avoir déprécié la valeur de la prestation initialement convenue au contrat, qui ne correspondra peut-être plus aux besoins de l'assuré pour faire face à la situation de perte d'autonomie à laquelle il sera confronté.

Certes, les contrats actuellement présents sur le marché prévoient une revalorisation de la rente définie au contrat, mais – pour la très grande majorité d'entre eux – seulement à compter de la prise d'effet de son versement, en fonction d'un indice lui-même prévu au contrat (indice du coût de la vie, valeur du point Arrco ou Agirc, *etc.*). Ainsi, au jour de la prise d'effet du contrat, la rente servie par l'assureur est celle fixée initialement, au moment de la souscription. Si le montant de cette rente est alors devenu, par l'effet de l'inflation, dérisoire par rapport au coût réel de la dépendance, il reste néanmoins figé tel que fixé au contrat, bien des années plus tôt.

Ainsi l'assuré qui souscrit très tôt, pensant se prémunir au mieux contre une éventuelle perte d'autonomie, risque de voir ses efforts de cotisation réduits à peu de chose si les prestations convenues initialement ne sont pas en adéquation avec le coût actuel de la dépendance, au moment du dénouement du contrat.

Afin de garantir aux souscripteurs jeunes des prestations adaptées, au jour de la mise en œuvre du contrat, au coût réel de la dépendance, il est nécessaire que le législateur mette en place un système de revalorisation ou d'indexation des prestations convenues avant la réalisation du risque dépendance.

1297 **– Absence de portabilité des contrats. –** Aujourd'hui, le marché se caractérise par l'absence de portabilité des droits des assurés dépendance, qui exclut que l'assuré puisse transférer son contrat en cours, pour l'avenir, chez un autre assureur, en conservant le bénéfice des cotisations déjà versées. Il en résulte concrètement, qu'une fois souscrit, il est impossible de changer de contrat – même au sein d'une même compagnie – sans perdre tout ou partie des droits acquis. La faculté pour les assurés de transférer les droits qu'ils détiennent au titre d'un contrat d'assurance dépendance permettrait une meilleure concurrence entre les assureurs, au bénéfice des assurés. Pour lors, le principal obstacle à l'introduction de cette portabilité réside dans la diversité des caractéristiques des contrats distribués.

1298 **– Conclusion sur l'assurance dépendance. –** Au fil des années, les compagnies d'assurances ont modernisé leur offre en matière d'assurance dépendance et ont revu leurs garanties et prestations : les premiers produits commercialisés dans les années 1990 couvraient uniquement la dépendance totale, alors que ceux proposés à partir de début 2000 intégraient aussi la dépendance partielle et que, depuis la décennie 2010, les contrats proposent des prestations de services et d'assistance élargies, qui répondent à une demande des personnes vulnérables qui ne se limite plus à des considérations seulement financières, mais aussi à des aides en nature au quotidien.

En dépit de ces évolutions, on constate que le marché de l'assurance dépendance, certes en développement, souffre d'un manque de lisibilité et d'homogénéité des produits qui, à tout le moins, limite la confiance que les souscripteurs peuvent avoir, quand elle ne les décourage pas d'opter pour ce type de contrat.

S'agissant de la souscription du contrat, les difficultés liées à l'absence de définition du risque dépendance et à la variabilité des définitions du niveau de dépendance couvert par les contrats ont été signalées. Si l'on peut saluer la création du label GAD, il n'en demeure pas moins que la plupart des contrats demeurent complexes et abscons, source de confusion pour l'assuré (349).

S'agissant de la mise en œuvre du contrat, on constate que les litiges entre assureurs et assurés sont de plus en plus fréquents. Bien plus, la difficulté à faire jouer les garanties souscrites, les contentieux constatés relatifs à la date de reconnaissance de l'état de dépendance de l'assuré (350), l'envolée potentielle des primes, les délais de carence et de franchise entraînent de sérieuses déceptions chez les assurés en même temps qu'ils constituent autant de signes négatifs envoyés aux souscripteurs potentiels.

On sait que le rapport Libault sur le grand âge et l'autonomie, tout en affirmant que le financement privé de la dépendance, notamment par la généralisation d'une assurance dépendance obligatoire, ne constituait pas une solution à privilégier, a cependant souligné qu'il convenait d'accompagner la maturation de ce marché en mettant en place un cadre clair et homogène pour ces contrats afin de sécuriser les souscripteurs et favoriser leur développement (351). Plusieurs propositions, attendues, auxquelles on ne peut que souscrire, ont été formulées dans cette optique. Afin de faire émerger un standard de la couverture dépendance, il a été proposé d'inciter les organismes complémentaires à inclure certaines garanties dans les contrats d'assurance dépendance et des mécanismes de revalorisation clairs permettant d'éviter l'érosion du pouvoir d'achat de la rente. Le rapport incite, par ailleurs, les assureurs à mettre en place une meilleure continuité et une plus forte transférabilité des droits acquis dans le cadre de couvertures viagères, à harmoniser les référentiels de perte d'autonomie et à encadrer les pratiques de gestion de l'antisélection, et notamment des pratiques de sélection médicale. Enfin, le rapport souligne que le renforcement de l'attractivité des produits d'assurance contre la perte d'autonomie, aujourd'hui insuffisante, peut passer par la généralisation de services d'assistance dans le cadre de ces contrats, lesquels pourraient être mobilisables dès la souscription dudit contrat (aide psychologique, information, assistance téléphonique, *etc.*) (352).

Enfin, il convient d'inviter les assureurs à délivrer une information pédagogique et synthétique afin de rappeler le contenu des garanties couvrant spécifiquement des affections neurodégénératives, tout particulièrement quand les assurés dépassent l'âge de soixante-dix ans. Il s'agit ainsi d'éviter, ce qui risque d'arriver de plus en plus fréquemment avec le vieillissement de la population, que l'assuré atteint d'une affection neurodégénérative n'ait plus en mémoire l'existence d'une garantie, dont ses proches ignorent l'existence, avec le risque évident pour ces derniers de ne pas faire jouer le bénéfice de l'assurance souscrite ou, à tout le moins, de ne déclarer la perte d'autonomie que tardivement.

Il s'agit là de quelques pistes destinées à donner un nouvel élan à l'assurance dépendance, lesquelles constituent autant de défis que les assureurs devront s'atteler à relever, car derrière ces contrats, que certains pourraient appréhender à l'aune d'une analyse purement commerciale, se cache un enjeu sociétal national où l'assurance est appelée à tenir un rôle

(349) La Médiation de l'Assurance, Rapport d'activité 2017, juin 2018, p. 70.
(350) La Médiation de l'Assurance, Rapport d'activité 2018, juin 2019, p. 63.
(351) Rapport D. Libault, *Concertation Grand âge et autonomie*, mars 2019, p. 123.
(352) Et le rapport de préciser, d'une part, que cette garantie devrait être ouverte quand l'assuré devient aidant, ce qui permettrait ainsi de couvrir les aidants non salariés et, d'autre part, que les critères d'intervention de la garantie (identification de la situation d'aidant, temps passé auprès de la personne) devraient au préalable être homogénéisés entre les différents offreurs, par exemple dans le cadre d'un label.

prépondérant. Destinés à une personne appelée à devenir vulnérable, ces contrats doivent être plus protecteurs. Pour ce faire, il convient, sans ambiguïté, de mettre en place des règles qui en facilitent l'accès et en garantissent l'exécution lorsque le risque survient, ce qui suppose, à l'évidence, une volonté chez les promoteurs de l'assurance dépendance de véritablement jouer le jeu.

§ II Le contrat d'assurance-vie avec option dépendance

1299 **– La teneur de l'option. –** Les assureurs ont développé ces dernières années, pour concilier l'attraction des Français pour l'assurance-vie et la nécessité de développer des garanties dépendance, de nouveaux contrats d'assurance-vie teintés de dépendance. Cette intégration de la dépendance au contrat d'assurance-vie prend la forme d'une simple « option dépendance » que le souscripteur peut adjoindre à son contrat.

Cette option peut concerner aussi bien des contrats d'assurance de capital différé que des contrats d'assurance de rente (353).

Dans les **contrats d'assurance de capital différé**, l'assureur s'engage au versement d'un capital à l'assuré, s'il est vivant au terme du contrat. Mais, à cette garantie principale, s'ajoute pour l'assuré la faculté de souscrire une option dépendance qui lui permettra, s'il devient dépendant en cours de contrat, d'obtenir la conversion du capital garanti en une rente viagère. À la différence des contrats d'assurance dépendance, la rente ici versée en cas de dépendance n'est donc pas déterminée à la souscription du contrat : elle sera définie au moment de la mise en œuvre de l'option dépendance, et sera fonction de l'épargne accumulée jusque-là. Ainsi, si le souscripteur devient dépendant, il peut à son choix demander la mise en œuvre de son option dépendance et bénéficier du versement d'une rente viagère, ou poursuivre le contrat d'assurance-vie, en effectuant par exemple des rachats. Il est à noter qu'une fois l'option dépendance mise en œuvre, le souscripteur ne peut revenir sur son option : le capital est définitivement acquis à l'assureur, l'assuré ne pouvant plus effectuer de rachat. De plus, le capital étant définitivement acquis à l'assureur, le jeu de la garantie dépendance est exclusif de celui de la garantie décès : dès lors que le souscripteur bénéficiera de l'option dépendance, aucun capital ne sera versé au bénéficiaire, puisque aucune épargne disponible ne figurera au contrat. Bien évidemment, la définition de la dépendance retenue au contrat doit retenir particulièrement l'attention du souscripteur, puisqu'à l'instar des contrats d'assurance dépendance, la notion de dépendance est variable suivant le contrat envisagé. De même, l'accès à l'option dépendance est enfermé dans des conditions d'âge et de santé comparables à celles envisagées au titre des contrats prévoyance dépendance.

Dans les **contrats d'assurance de rente**, la souscription de l'option dépendance permettra à l'assuré de voir le montant des arrérages de la rente principale prévue au contrat majoré (en général doublé) en cas de dépendance. Là encore, le montant de la rente servie dépendra du montant de l'épargne accumulée sur le contrat au moment de la mise en service de la rente ; il ne sera donc pas déterminé dès la conclusion du contrat. À la différence des contrats de capital différé, les contrats d'assurance de rente ne comportent pas de valeur de rachat. En conséquence, le souscripteur qui devient dépendant aura « seulement » droit au versement de la rente convenue. Il convient donc ici d'être encore plus vigilant à la définition de la dépendance retenue au contrat, puisque si la dépendance qui touche le souscripteur n'est pas celle définie au contrat, il ne bénéficiera pas de la rente convenue et ne pourra

(353) V. N. Gaulon, *Anticiper la dépendance : les solutions actuelles de l'assurance (2e partie)* : *Resp. civ. et assur.* mai 2011, no 5, étude 7, dont nous reprenons en grande partie les propos.

en aucun cas mobiliser son contrat par un rachat ou une avance pour faire face au coût de la dépendance. Par ailleurs, et là encore par opposition à l'option dépendance insérée dans les contrats d'assurance-vie de capital différé, celle incluse dans les contrats d'assurance de rente n'est pas exclusive du versement de la garantie décès aux bénéficiaires désignés par le souscripteur. Cependant, le montant des arrérages de rente servis au souscripteur sera déduit du capital convenu au contrat en cas de décès de l'assuré.

1300 – L'intérêt de l'option. – Ce type de contrat s'adresse aux épargnants souhaitant profiter de tous les avantages de l'assurance-vie tout en prévenant (*via* l'option) une éventuelle future perte d'autonomie. En effet, contrairement à l'assurance dépendance, les versements effectués dans un contrat d'assurance avec option de dépendance ne se font pas à fonds perdu. Si la dépendance ne se révèle pas, le capital épargné reste la propriété de l'assuré. Cet aspect de produit d'épargne est séduisant pour le souscripteur : le contrat d'assurance-vie lui permettra non seulement d'épargner un capital en vue de faire face à son entrée en dépendance, mais également, si la dépendance ne survenait finalement pas, de transmettre le capital ainsi accumulé aux bénéficiaires de son choix.

Souscrire un contrat d'assurance-vie avec une option de ce type peut donc être une bonne solution. Mais attention, l'option dépendance des contrats d'assurance-vie ne fonctionne, dans la majorité des cas, qu'en cas de dépendance totale, et ne couvre pas, contrairement aux contrats d'assurance dépendance, les cas de dépendance partielle. De plus, aucun volet assistance n'est intégré, à l'instar de ce « petit plus » qui existe dans la plupart des contrats de prévoyance dépendance.

De facto, l'option dépendance s'adresse aux personnes qui disposent d'une véritable capacité d'épargne. En effet, non seulement le recours à ce type de contrat suppose le versement, dès la souscription, d'un capital minimum souvent conséquent, qui le rend difficilement accessible mais, plus encore, pour que la rente – même majorée en cas de perte d'autonomie – soit suffisante pour financer le coût de la dépendance éventuelle, il faudra que le contrat soit bien garni au moment de la sortie. De ce fait, l'option dépendance d'une assurance-vie se destine principalement aux personnes plutôt « jeunes » (40/50 ans) qui auront le temps et les moyens de constituer un capital important sur leur contrat d'assurance-vie, et qui acceptent que la sortie se fasse nécessairement en rente. Rajoutons que ce type de contrat affiche souvent des frais de gestion élevés.

Section II Les ressources tirées du logement

1301 – L'aliénation pure et simple du logement. – En l'absence de patrimoine financier ou en complément de la mobilisation de celui-ci, la personne prévoyante, lorsqu'elle est propriétaire de bien(s) immobiliers(s), peut utiliser le(s)dit(s) bien(s), afin de disposer à terme d'un complément de revenus, qui pourra s'avérer indispensable pour financer une éventuelle dépendance. Au sein de ce patrimoine immobilier, on le sait, c'est très généralement le logement familial qui constitue le bien représentant le plus de valeur. Occupé, ce logement ne procure aucun revenu à son propriétaire. Bien plus, au fil de temps, il risque de devenir inadapté aux besoins de ce dernier. C'est pourquoi, dans la perspective d'une éventuelle vulnérabilité, certains estiment que le logement ne doit plus être un simple capital dormant et un lieu de vie, mais devenir une source de liquidités pour son propriétaire. Dans cette froide logique, la première solution consiste pour celui-ci à vendre son logement. Ce choix peut tout d'abord être guidé par la volonté de se procurer les ressources lui permettant de

financer soit l'achat ou la location d'un logement plus adapté et plus fonctionnel, aux charges plus restreintes, soit le coût d'un futur placement dans un établissement de santé ou de retraite. Il peut s'agir également, dans une perspective plus psychologique, de fuir parfois le sentiment de solitude et de faire le choix d'un logement collectif pour se sentir plus entouré. Enfin, il peut être guidé par la volonté de soulager les proches aidants d'une charge devenue trop lourde. Il reste que l'opération implique, tout au moins à court terme, de devoir louer un nouveau toit et donc d'imposer au vendeur de nouvelles charges financières et de nouvelles contraintes de gestion. Surtout, on connaît l'attachement des Français à la pierre, et plus particulièrement à leur résidence principale. De nombreuses études et sondages le confirment régulièrement (354). Ce constat se trouve renforcé en présence de personnes fragilisées. On songe ici aux personnes qui souffrent d'un handicap, mais aussi aux seniors. Très souvent, le logement est un lieu qui reflète le parcours de vie de chacun. Pour beaucoup de personnes âgées, il devient le miroir de leur personnalité et leur procure un sentiment de bien-être. En vieillissant, la personne restreint son champ d'action en le limitant à un espace qu'elle peut maîtriser grâce à des repères renforcés par le temps. Ainsi l'environnement du domicile, imprégné de l'histoire individuelle, les rapports avec le voisinage, la connaissance des commerçants distillent un sentiment de sécurité. Outre qu'il peut représenter pour certains l'investissement de toute une vie, ce bien constitue ainsi un cocon rassurant que les propriétaires, en vieillissant, souhaitent très souvent conserver.

1302 **– La conservation du logement. –** Celui qui ne se résout pas à vendre son logement, mais qui souhaite cependant optimiser cet élément de son patrimoine afin de s'assurer une sérénité financière jusqu'à la fin de sa vie, dispose de plusieurs options. Il peut, tout d'abord, en envisager la **location**. Tout dépend alors si la configuration matérielle du bien s'y prête et, s'agissant de son logement, si cette personne est attachée ou non à son cadre de vie. S'il peut séduire par sa simplicité, il n'est pas certain que, l'âge avançant, l'investissement locatif constitue toutefois le procédé le plus serein afin de se procurer des revenus complémentaires. La perspective de devoir gérer, en état de faiblesse, des rapports parfois compliqués avec les locataires peut clairement rebuter les candidats éventuels. Deux autres options s'offrent alors à la personne prévoyante. La première consiste à aliéner son logement, tout en conservant le droit d'y vivre (**Sous-section I**). La seconde, de prime abord encore plus protectrice que la précédente, consiste à se procurer des liquidités grâce à son logement, tout en conservant la propriété de celui-ci. Cette solution, idéale sur le papier, porte un nom : c'est le prêt viager hypothécaire (**Sous-section II**).

Sous-section I La vente du logement

1303 **– La vente avec réserve du droit d'usage. –** Désireuse de conserver son cadre de vie, la personne qui souhaite cependant anticiper et financer son éventuelle dépendance peut décider de vendre son logement, avec une réserve d'usufruit ou de droit d'usage et d'habitation, à son seul profit ou en prévoyant une réversibilité au profit d'un tiers. La vente d'un droit démembré de propriété n'appelle pas d'observations particulières, si ce n'est que l'on peut simplement souligner qu'elle est souvent conçue dans un cadre familial ou au profit d'institutionnels qui se sont spécialisés dans ce type d'opération. Il est possible d'aller plus loin. Il s'agit alors, par le biais de contrats particulièrement adaptés à la vulnérabilité, tout à la fois de vendre son logement, d'y demeurer et d'obtenir, en sus, une aide pécuniaire ou

(354) V. not. Rapport D. Libault, *Concertation Grand âge et autonomie*, mars 2019, p. 22 et s.

en nature. Sont ici visées, d'une part, la vente en viager (**§ I**) et, d'autre part, la vente contre soins (**§ II**).

§ I La vente en viager

1304 – L'intéressante option pour un viager occupé. – Encadrée par le Code civil aux articles 1968 à 1983, la vente d'un bien immobilier « en viager » est un contrat par lequel une personne, le crédirentier, vend un bien à une autre personne, le débirentier, moyennant la conversion du prix en l'attribution immédiate d'une somme d'argent et/ou d'une rente viagère périodique.

Si la vente en viager est une vieille institution, en apparence un peu poussiéreuse avec ses textes datant, pour la plupart d'entre eux, de 1804, elle n'en constitue pas moins une solution efficace pour répondre aux besoins de vie des personnes âgées qui ne disposent que de revenus limités, avec un patrimoine modeste, consistant essentiellement dans l'immeuble d'habitation qu'elles occupent. Le plus souvent, dans cette optique, elle prend la forme non pas d'un « viager libre » (355), mais plutôt celle d'un « viager occupé », laquelle consiste pour le vendeur à vendre la seule nue-propriété du bien ou à se réserver un droit d'usage et d'habitation. L'opération lui permet ainsi de conserver son lieu de vie, tout en se délestant de certaines dépenses telles que les gros travaux et la taxe foncière, puisqu'il n'est plus tenu que des charges dites « locatives ».

Elle constitue au surplus une source de financement non négligeable. Cette source peut être duale. Relevant du consensualisme des parties, le paiement du prix de vente est converti le plus souvent, d'une part, en un paiement comptant dit le « bouquet », offrant ainsi au vendeur une source de trésorerie à court terme d'un montant représentant généralement 10 % à 30 % du prix de vente de l'immeuble, suivant l'âge du vendeur, et, d'autre part, en un versement régulier d'une rente du vivant du vendeur, dite « arrérage », lequel contribue à créer une source de revenus complémentaires pour la personne âgée visant à faire face au coût de sa dépendance. Bien évidemment, afin que le vendeur conserve une équivalence de revenus en dépit de l'écoulement du temps, la rente doit être indexée. Le bouquet n'a rien d'obligatoire et le prix peut être entièrement constitué d'une rente viagère. Toutefois, en pratique, le vendeur aura souvent besoin de ce capital, qu'il s'agisse de vouloir le transmettre à sa famille ou d'en faire un usage personnel. Dans cette dernière optique, le capital ainsi perçu est souvent utilisé pour les besoins d'adaptation de son logement, mais il peut également servir à des investissements ou à une épargne de précaution, que le manque de moyens n'a pas permis de réaliser jusqu'alors (356).

Si elle jouit d'indéniables attraits pour le vendeur, la vente en viager présente également des intérêts pour l'acquéreur : d'une part, parce qu'en présence d'une réserve de jouissance il achète souvent moins cher et, d'autre part, car son financement s'en trouve facilité dans la mesure où il ne verse pas la totalité du prix au jour de la signature et s'évite la recherche parfois difficile d'un crédit bancaire. Et puis, il ne faut pas s'en cacher, se dessine généralement chez lui, en filigrane, l'espoir, discret et inconvenant, de faire une bonne affaire.

1305 – Régime juridique de la vente en viager. – Ce contrat ayant déjà fait l'objet d'une analyse complète tant par la troisième commission du 102e Congrès des notaires de France que par la deuxième commission du 113e Congrès des notaires de France, il est inutile de

(355) Cette forme de vente viagère qui consiste à vendre la pleine propriété du bien sans aucune réserve de jouissance ou d'attribut du droit de propriété ne présente guère d'intérêt spécifique, dans l'optique du financement d'une éventuelle dépendance économique.

(356) À ce propos, V. L. Villet, *Le regain d'intérêt pour la vente en viager* : *JCP* N 2018, no 25, 1213, nos 6 et s.

s'appesantir, une nouvelle fois, sur son régime, dont on se contentera ici de rappeler très brièvement les caractéristiques essentielles.

Parce qu'il s'agit d'une vente immobilière à part entière, et en dépit des spécificités attachées à sa forme de règlement, l'opération répond à un régime juridique semblable au droit commun de la vente, qu'il s'agisse des conditions de validité et de forme, des droits de préemption applicables au bien vendu, de l'exigence de la forme notariée ou encore des garanties applicables. Sa fiscalité est également celle applicable à une vente traditionnelle (357).

Son originalité, on le sait, tient au caractère aléatoire, fondamental, qui est le sien. Cet aléa est lié à la durée de vie du vendeur, véritable clé de voûte de l'opération, laquelle est naturellement incertaine, ce qui ne permet pas à ce dernier de savoir si, par la perception des arrérages, il recevra finalement la valeur de l'immeuble qu'il cède. Elle peut être longue, elle peut être courte. De son côté, l'acquéreur débirentier s'engage à verser la rente pour une durée indéterminée, peut-être brève, le rendant gagnant, peut-être longue, fort longue, le rendant perdant par rapport à la valeur de l'immeuble qu'il acquiert par ce biais (358). Entre espoir de gain et risque de perte, cette variable aléatoire constitue la spécificité de ce type de vente laissant entrevoir l'opportunité de réaliser pour chacune des parties une bonne opération.

1306 **– La délicate fixation du juste prix du viager. –** Sur un terrain technique, l'une des difficultés majeures soulevées par le viager a trait aux modalités de fixation du taux de la rente. Faut-il rappeler, en effet, qu'il n'y a pas de méthode légale de calcul de la rente viagère, l'article 1976 du Code civil énonçant simplement qu'elle « peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer ». En l'absence de barème, « chaque praticien y va donc de son idée, de sa formule, de son calcul » (359) en maniant, à sa guise, non seulement l'espérance de vie du vendeur, la valeur du bien, son taux de rendement, mais aussi la valeur économique ou fiscale de la réserve de jouissance. Moralité, les prix de la rente fluctuent d'un professionnel du viager à un autre sans réelle justification et l'on sait, par ailleurs, que le Conseil supérieur du notariat, constatant ce chahut, a proposé sa propre méthode que les notaires mettent en œuvre à peu près systématiquement. Les incidences de ces divergences ne sont pas à négliger. Au plan civil, un calcul erroné ou contestable peut entraîner l'annulation de la vente pour défaut d'aléa ou sa remise en cause sur le terrain de la simulation. Sur le plan fiscal, un tel calcul peut engendrer un redressement en matière de droits d'enregistrement lors de l'acquisition, voire une requalification de l'opération sur le terrain de l'abus de droit (LPF, art. L. 64), une contestation au titre des plus-values lors de la revente, ou la remise en cause des droits de succession au titre de la taxation d'une réversion de rente ou de la déduction du passif constitué par la rente. Tout ceci est regrettable, *a fortiori* si l'on songe que la pression dans ces négociations ouvertes pèse le plus souvent sur la partie la plus vulnérable.

Aussi la grande liberté laissée aux parties, orientée de manière relativement désordonnée par les professionnels du viager, mériterait-elle sans nul doute un encadrement. L'établissement d'un mode de calcul général et uniforme de la rente viagère, servant ainsi de grille de référence serait de nature à permettre au marché du viager de gagner en lisibilité et en

(357) V. D. Montoux : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Vente d'immeuble, Vente en viager*, Fasc. 490, 2019, n^os^ 138 à 144.
(358) Le risque s'amplifie quand il y a réversibilité de la rente comme souvent pour le conjoint, le partenaire, le concubin, ou une autre personne, un enfant handicapé par exemple.
(359) C. Deschamps, *Trois bonnes raisons de réformer la vente d'immeuble en viager* : *JCP* N 2016, n° 14, 1117, n° 7.

équité (360). Les pratiques éprouvées pourraient servir à l'élaboration de cette méthode, qui aurait l'avantage d'être réglementée, tout en restant supplétive de la volonté des parties. Muni de ce barème unique, le notaire pourrait sécuriser la vente, tant sur le plan civil en matière d'aléa que sur le terrain fiscal en matière d'assiette des différents impôts et taxes.

Majoration de la rente en cas de libération anticipée

Dans le cadre de la vente en viager occupé, et alors même qu'il dispose d'un droit d'usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation sa vie durant, le crédirentier peut être contraint de quitter le logement de manière impromptue, notamment pour des raisons de santé. Cette faculté de quitter les lieux par anticipation doit être organisée *ab initio*, c'est-à-dire au moment de la vente. À défaut, la situation est susceptible de se révéler préjudiciable à l'un comme à l'autre puisque le vendeur, demeurant officiellement titulaire de son droit démembré de propriété, devrait continuer à supporter les charges courantes du bien, tandis qu'il devrait subvenir en sus aux frais de sa nouvelle installation, alors que l'acquéreur, de son côté, ne pourrait pas prendre possession du bien qu'il a acquis. Aussi, pour éviter cette situation doublement fâcheuse, le rédacteur de l'acte de vente doit-il prendre le soin de prévoir la faculté, sous certaines conditions, de majorer le montant de la rente initiale en contrepartie de l'abandon de son droit de jouissance par son titulaire. Pour éviter toute source de conflit, le contrat doit définir avec précision les modalités de cette révision du contrat, tant en ce qui concerne le montant de la rente revalorisée que les modalités de la libération anticipée. À ce propos, il convient de rappeler que le non-usage du bien par le crédirentier ne vaut pas renonciation à ce droit. Partant, le crédirentier qui souhaite user de son droit à renoncer à la jouissance du bien devra exprimer de manière non équivoque sa volonté de quitter les lieux et informer le débirentier de la date de remise des clés, et par corrélation le moment où la majoration de la rente trouvera à s'appliquer.

1307 – Un marché relativement confidentiel. – Si le marché de la vente en viager connaît de nos jours un regain d'intérêt, il demeure toutefois relativement restreint (361). Les différents freins limitant le développement en France de ce type d'opération sont connus. Cela commence par la mauvaise réputation qui l'accompagne. On lui reproche traditionnellement un caractère spéculatif sur la mort du vendeur et l'opposition frontale d'intérêts qu'elle organise. Rarement l'intérêt du vendeur sera celui de l'acquéreur, et si l'affection familiale qui peut parfois les réunir parvient à estomper cet antagonisme, celui-ci existe toujours à l'état latent. Au-delà, cette vente complexe peut présenter des inconvénients et des risques, dont il convient d'avoir conscience, principalement en raison de l'aléa qui l'affecte.

Chez le vendeur, outre un montant de rente souvent décevant et une fiscalité importante, il existe parfois ce sentiment diffus et mal vécu de ne rien transmettre à ses héritiers et par conséquent de les exhéréder de fait, pour des préoccupations personnelles de fin de vie et de confort. Surtout, ce sont les risques liés à l'insolvabilité de son acquéreur qui peuvent rebuter le vendeur. Il ne faut pas omettre que la réussite de cette stratégie comme mode de

(360) En ce sens, V. ot. C. Deschamps, art. préc., nos 5 et s. – M. Freche-Thibaud, *Le financement de sa dépendance. Les différentes stratégies possibles* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2017, no 1, dossier 7, no 31. – R. Le Guidec et J. Pirotais, *Rente viagère - Vente immobilière en viager. Aspects théoriques et pratiques* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill. 2016, no 3, dossier 15, no 36.

(361) V. L. Villet, art. préc., no 4 : tout en soulignant que ce marché progresse de 4 à 5 % par an, « ce qui est loin d'être négligeable », l'auteur indique que les chiffres les plus courants font état d'environ 5 000 à 8 000 ventes en viager chaque année, ce qui représente à peine 1 % du marché immobilier. Le marché est du reste très disparate selon les régions puisqu'il est essentiellement concentré dans les régions Île-de-France et Paca.

financement de sa dépendance est étroitement liée aux facultés contributives de l'acheteur. C'est pourquoi, à l'évidence, celui-ci doit être sélectionné avec minutie par le vendeur. Il n'en reste pas moins qu'il est toujours quelque peu divinatoire d'évaluer convenablement la solvabilité dans le temps de l'acquéreur, lequel n'est jamais à l'abri d'un changement de situation personnelle, familiale ou professionnelle, obérant des facultés contributives, d'apparence solides. Pour rassurer des propriétaires inquiets à l'idée de devoir supporter l'impayé de la rente, le rédacteur de l'acte prend très généralement le soin d'insérer une clause résolutoire, assortie d'une clause pénale, mais cette sanction couperet n'est qu'un pis-aller en ce qu'elle aboutit à l'anéantissement du contrat, la solution idoine étant d'obtenir des garanties de paiement qui permettront au vendeur de continuer à percevoir régulièrement les arrérages sur lesquels il compte (362).

Chez les acheteurs potentiels, ce sont avant tout les incertitudes économiques inhérentes à cette opération qui constituent leur principale source de réticence. Comme tout contrat aléatoire, le risque est l'essence même de ce contrat et il pèse particulièrement sur l'acquéreur qui peut se retrouver – à une époque où l'espérance de vie augmente régulièrement chaque année – à payer bien plus que ne vaut le bien acquis. L'exemple de la maison de Jeanne Calment décédée à l'âge de cent vingt-deux ans illustre, si besoin en était, l'impossible détermination à l'avance du coût final de l'achat. Quand on sait que le surplus de la rente, comme les travaux et charges diverses, seront à sa charge jusqu'au décès du crédirentier (voire du survivant du crédirentier, en cas de réversion de la rente), avec le risque de la résolution de la vente et de la clause pénale en cas de simple incident, on perçoit la difficulté à séduire un potentiel acquéreur. Dans les faits, on constate du reste un déséquilibre manifeste entre l'offre et la demande : les vendeurs étant trois à quatre fois plus nombreux que les acheteurs potentiels.

– Un marché en mouvement. – Cette inquiétude des vendeurs à faire face à la défaillance de leurs acquéreurs, mais également celle de ces derniers d'avoir à payer au-delà de l'espérance de vie théorique du vendeur, freinent le marché de la vente en viager. L'idée a donc été lancée de traiter différemment le viager. Ces dernières années, deux nouvelles formes de viager sont ainsi apparues, destinées à donner un nouveau souffle à ce type d'opération. **1308**

On songe, d'une part, au **viager mutualisé**, dont la différence notable avec le viager classique se trouve non pas du côté du vendeur, mais du côté de l'acheteur, ou plutôt, pour être plus juste, « des » acheteurs, dans la mesure où le viager mutualisé consiste à faire l'acquisition de plusieurs biens immobiliers en viager en mutualisant les ressources financières de plusieurs personnes à la fois. Concrètement, un groupement d'acquéreurs s'unit *via* un fonds d'investissement ou plus simplement *via* une société civile immobilière. Le fonds ou la société fait l'acquisition de plusieurs logements en viager. Un bouquet est remis au vendeur ainsi qu'une rente mensuelle. Une fois le vendeur décédé, le fonds ou la société doit obligatoirement céder le bien immobilier et le groupe d'acheteurs peut alors percevoir ses bénéfices. Le viager est ici abordé comme un produit de placement plutôt que comme un achat *stricto sensu* dans la mesure où les acquéreurs ne deviennent pas propriétaires des biens acquis mais détiennent des parts dans un fonds ou une société, avec en ligne de mire la possibilité d'enregistrer une plus-value intéressante à la revente. Ce type de **viager** est avantageux pour le **vendeur**, car le paiement de la rente est assuré par un groupe d'**investisseurs**, ce qui augmente la fiabilité du contrat. Du côté des acheteurs, l'**achat mutualisé** en **viager limite les risques inhérents à l'aléa irréductiblement attaché au viager classique**, tout en constituant une formule de placement que l'on peut espérer rentable.

(362) S'agissant des garanties de paiement, les versements prévus, souvent vitaux pour le crédirentier, étant échelonnés dans le temps, une vigilance accrue du rédacteur de l'acte est de mise.

Il s'agit, d'autre part, du **viager intermédié** lancé en 2014 par la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Conscient que la vente en viager répond au besoin de compléments de revenus des personnes âgées, auxquelles il s'agit de redonner du pouvoir d'achat, la CDC a eu l'idée de « stimuler et sécuriser » le marché du viager en France par « des standards de qualité élevés » et « une exigence forte en matière de qualité ». Dans cette optique, associée à plusieurs investisseurs institutionnels (363), la CDC a constitué le Fonds viager Certivia dédié à l'achat et à la gestion de biens immobiliers en viager. Ce fonds investit exclusivement dans l'acquisition de biens immobiliers en viager occupé, situés en France (Paris, Île-de-France, région Paca, grandes métropoles régionales) auprès de vendeurs âgés de plus de soixante-dix ans. À l'instar d'un viager classique, un bouquet et une rente à vie sont versés au vendeur. À son décès ou s'il quitte le bien prématurément, celui-ci est mis en vente, le schéma excluant la location des biens. Il s'agit par ce biais de sécuriser le vendeur dans son projet. Traitant avec des investisseurs institutionnels de référence, présentant une solidité financière très forte, il n'a pas à s'inquiéter des risques d'impayés inhérents au viager classique. Le vendeur bénéficie en outre d'un accompagnement et d'un suivi personnalisé, assurés par une équipe technique et des conseillers experts dédiés.

L'indispensable intervention publique au développement du viager

Conscient du potentiel du viager pour contribuer au financement de la perte d'autonomie, le rapport Libault sur le grand âge et l'autonomie a souligné que les pouvoirs publics devaient encourager et encadrer le développement de ce type de contrat, y compris dans ces formes innovantes (364). Dans cette optique, plusieurs propositions ont été formulées :

- la création d'un observatoire (365) ;
- la labellisation à dimension sociale, applicable aux investissements en viager comprenant une proportion minimale de logements modestes ou détenus par des populations à faibles revenus (366) ;
- l'intervention directe de l'État ou de la Caisse des dépôts et consignations, à travers la création d'un fonds pour l'achat en viager de logements sociaux ;
- la codification des tables de mortalité, afin de limiter la disparité des tables utilisées par les acheteurs et d'homogénéiser davantage les produits.

§ II La vente contre soins

1309 – Une forme de bail à nourriture. – Avec la vente contre soins, on descend encore d'un cran supplémentaire dans les mécanismes manifestement désuets, fruits d'une pratique juridique ancienne, mais qui pourraient de nos jours faire l'objet d'un regain d'intérêt à

(363) Outre la CDC, ce fonds réunit CNP Assurances, Ag2R La Mondiale, Uneo, Suravenir, la Maif, Groupama, la Macif, le groupe Crédit Mutuel Nord Europe, l'Ircantec et ACM.

(364) Rapport D. Libault, *Concertation Grand âge et autonomie*, mars 2019, p. 135.

(365) Le rapport souligne que la diffusion de la vente en viager suppose à la fois de rendre plus transparents certains de ses mécanismes (notamment la formule de calcul de la décote, qui pourrait être standardisée) et d'accroître la confiance dans cet outil. L'information statistique sur l'ensemble des produits de viager (caractéristiques et comportements des épargnants concernés, gisements de clientèle pour les différents produits, *etc.*) est insuffisante, tout comme l'information mise à disposition du public sur les taux de rendement, les différents produits offerts, *etc.*

(366) Cette proposition se situe dans la lignée du dispositif Lab-Viagévie, lancé en 2018 par la Banque des Territoires, en partenariat avec plusieurs partenaires (la métropole Aix-Marseille-Provence, l'établissement public foncier de la région Paca, *etc.*), lequel constitue un projet expérimental de viager social à vocation intergénérationnelle permettant le maintien à domicile des personnes âgées dans de bonnes conditions.

l'aune du besoin de financement d'une dépendance future. En effet, il y a de plus en plus de personnes isolées sans proche parenté mais ayant tissé des liens affectifs forts avec une tierce personne, souvent un voisin ou un ami. Cette personne isolée veut assurer son avenir en cas de perte d'autonomie en préservant si possible son cadre de vie. Dès lors, il est loisible pour elle, à condition qu'elle soit propriétaire d'un bien immobilier, de vendre ledit bien moyennant un prix converti en la charge, pour le tiers de confiance qu'elle aura choisi, de la nourrir et de l'entretenir. On l'aura compris, la vente avec soins ne constitue qu'une illustration, dans sa forme la plus répandue, du bail à nourriture (367).

Dans le silence des textes, le bail à nourriture peut se définir comme un contrat par lequel le preneur, contre un capital en argent, une redevance périodique ou, pour ce qui nous intéresse, l'aliénation d'un bien, s'engage à pourvoir aux besoins vitaux du bailleur : la nourriture mais aussi le logement, l'entretien courant, le chauffage, les soins et toute l'assistance qui lui est indispensable pour vivre.

Le bail à nourriture est traditionnellement pratiqué dans les régions rurales. Son essor en zone urbaine n'est cependant pas à écarter aujourd'hui en raison du coût des conventions d'hébergement des personnes âgées ou malades. On pressent que l'allongement de la durée de la vie, les insuffisances des familles et de l'État dans la prise en charge de la dépendance liée au grand âge ou à la maladie pourraient justifier à l'avenir un regain d'intérêt pour ce contrat. Le contentieux, certes modéré, que suscite encore le bail à nourriture montre en toute hypothèse que cette vieille institution qui souffre d'une appellation à la fois archaïque et trompeuse – le contrat n'ayant rien d'un bail et la notion de nourriture étant réductrice – demeure bien vivante.

1310 **– Les traits caractéristiques du bail à nourriture. –** Les rédacteurs du Code civil n'ont pas cru devoir fixer les règles de ce contrat. C'est donc la jurisprudence qui a été amenée à fixer les traits spécifiques du bail à nourriture, sur lesquels nous ne reviendrons guère, renvoyant le lecteur vers les développements très riches contenus dans le rapport du 102e Congrès des notaires de France (368).

Que l'on se contente ici de rappeler que, parmi les classifications de la théorie générale des contrats, le bail à nourriture est un **contrat innomé**. Ni défini ni réglementé par le Code civil ou une loi particulière, il est soumis aux règles générales du droit commun des obligations.

Surtout, il s'agit d'un **contrat aléatoire** (C. civ., art. 1108, al. 2), en ce sens où la chance de gain ou de perte pour chacun des contractants est suspendue à un aléa. Contrairement à la vente en viager, il s'agit là, plus précisément, d'un double aléa qui tient, d'une part, à la durée de vie du vendeur et à son état de santé, mais aussi, d'autre part, à la nature de ses besoins futurs. L'aléa constitue un élément essentiel du contrat, qui s'apprécie au jour de sa conclusion. Plusieurs conséquences juridiques en résultent : l'aléa chasse la lésion (369), en même temps qu'il constitue un obstacle à une action en nullité pour vileté du prix (370) ou en nullité pour indétermination du prix (371). Par ailleurs, si le hasard n'est pas préservé et

(367) V. Perruchot-Triboulet, *Bail à nourriture* : *Rép. dr. civ.* Dalloz, 2011, n° 1.
(368) N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, 102e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables*, nos 3153 et s.
(369) Cass. req., 6 mai 1946 : *D.* 1946, jurispr. p. 287 ; *Gaz. Pal.* 5 juill. 1946 ; *RTD civ.* 1946, p. 324, note J. Carbonnier.
(370) Cass. 1re civ., 5 oct. 1955 : *Bull. civ.* 1955, I, n° 325. – Cass. 1re civ., 26 avr. 1988 : *Bull. civ.* 1988, I, n° 121 ; *D.* 1988, inf. rap. p. 130.
(371) Cass. 1re civ., 4 nov. 1953 : *Bull. civ.* 1953, I, n° 303.

qu'au jour de la conclusion du contrat l'âge avancé du vendeur (372) ou sa mauvaise santé (373) rendent trop probable la disparition prochaine de ce dernier (374), le contrat sera frappé de nullité absolue, pour défaut de cause (375).

La vente contre soins, comme tout bail à nourriture, est étroitement liée au choix de la personne qui a vocation, en contrepartie de son achat, à subvenir aux besoins vitaux du vendeur. Il s'agit donc d'un **contrat** marqué par un fort ***intuitu personae*** (376), qui nécessite donc une exécution personnelle de la part de l'acquéreur (377). Conclu en considération de la personne, sa cessibilité entre vifs est donc exclue, ce qui n'empêche cependant pas les parties de stipuler que l'obligation sera exécutée par un tiers (378). Le caractère personnel du contrat rend en outre la créance du bailleur insaisissable (379).

Enfin, il s'agit d'un **contrat à titre onéreux** parce qu'il comporte pour l'acquéreur l'obligation d'assurer en nature l'entretien, et souvent aussi le logement, au vendeur. Gare toutefois à la requalification ! En effet, en l'absence ou en cas d'insuffisance de contrepartie matérielle, la charge peut devenir évanescente et dissiper le caractère onéreux de l'opération. En ce cas, le bail à nourriture peut être requalifié en donation déguisée (380), avec les conséquences fiscales qui en résultent.

Dangers fiscaux

Le bail à nourriture est un nid à contentieux fiscal. Outre sa possible requalification en libéralité, la présomption posée à l'article 751 du Code général des impôts apparaît comme une épée de Damoclès lorsque le contrat lie le vendeur à l'un de ses successibles, ce qui est une hypothèse tout à fait vraisemblable eu égard à la nature si personnelle des prestations convenues. Ce texte répute faire partie de la succession de l'usufruitier toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit au défunt, et pour la nue-propriété à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux. Dès lors, l'administration peut être tentée, lorsque le vendeur continue à vivre dans le bien objet du bail à nourriture, d'étendre cette présomption au cas considéré, en estimant que l'opération s'assimile alors à une vente avec réserve d'usufruit. Cette interprétation ne devrait toutefois pas prospérer tant ces deux formes d'aliénation sont distinctes juridiquement. Mais la vigilance est de mise. Comme l'a recommandé le 102e Congrès des notaires de France, toute ambiguïté sur le transfert de propriété réalisé par l'acte doit être levée, ce qui n'exclut nullement que le vendeur puisse être logé en son domicile, désormais vendu. Il doit seulement être spécifié que l'occupation est la résultante non pas d'une réserve d'usufruit, mais de l'obligation prise par l'acquéreur de loger le vendeur, sans bourse déliée pour ce dernier (381).

(372) Cass. 1re civ., 16 déc. 1992, no 90-17.345.
(373) Cass. 3e civ., 8 janv. 1970 : *Bull. civ.* 1970, III, no 28.
(374) Cass. 1re civ., 30 mars 1999, no 97-10.929.
(375) Cass. com., 23 oct. 2007 : *Bull. civ.* 2007, IV, no 226 ; *D.* 2007, act. jurispr. p. 2812, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2008, jurispr. p. 954, note G. Chantepie ; *AJDI* 2008, 795, obs. F. Cohet-Cordey ; *RTD com.* 2008, 408, obs. B. Bouloc.
(376) V. Perruchot-Triboulet, art. préc., no 4, qui souligne, à juste titre, que ce contrat peut comporter « une dimension humaine irremplaçable en raison du choix de la personne en considération de laquelle les prestations sont attendues en contrepartie de la vente du bien ».
(377) Cass. 1re civ., 17 déc. 2002, no 99-20.762 : *Bull. civ.* 2002, I, no 306 ; *JurisData* no 2002-017003 ; *RTD civ.* 2003, p. 291, note J. Mestre et B. Fages.
(378) Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, no 05-20.771 : *Bull. civ.* 2007, I, no 298 ; *JCP* G 2007, no 41, IV, 2880 ; *Defrénois* 2008, art. 38782, note Y. Dagorne-Labbe, qui admet le recours à une aide-ménagère, au frais du preneur, compte tenu de l'éloignement géographique.
(379) Cass. civ., 5 août 1878 : *S.* 1879, 1, p. 163.
(380) V., par ex., Cass. com., 6 juin 1989, no 88-12.754.
(381) N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, 102e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables*, no 3183.

– Des précautions rédactionnelles indispensables. – La perspective d'anticiper son éventuelle dépendance, par le biais de ce contrat particulier, doit pousser le vendeur à être particulièrement vigilant quant à la rédaction du contrat, principalement en ce qui concerne la **définition des obligations** pesant sur l'acquéreur. Fréquemment, le contrat prévoit que le vendeur va conserver l'usage du bien, et ainsi préserver son cadre de vie. Mais que se passera-t-il lorsqu'il sera contraint de quitter son logement pour être hospitalisé, avec le risque de devoir intégrer une unité de soins de longue durée, ou pour être accueilli dans un Ehpad ou une maison de retraite ? La question renvoie à la définition des obligations de soins et d'entretien qui pèsent sur l'acquéreur : il s'agit de savoir si celles-ci s'étendent aux frais d'hospitalisation qui ne seraient pas pris en charge par la caisse d'assurance maladie, par une complémentaire santé ou par des aides publiques. De son côté, le vendeur cherchera naturellement à être rassuré à ce propos. Il ne saurait être question pour lui que le bail à nourriture cesse de produire ses effets au moment même où son éventuelle dépendance nécessitera qu'il reçoive une aide humaine et financière. Du côté de l'acquéreur, on perçoit combien les frais liés à un tel hébergement, mais aussi le risque de devoir financer des soins chirurgicaux lourds risquent d'engendrer un coût difficilement supportable, autant dans son montant que dans la durée. **1311**

À ce stade, l'exercice de rédaction devient un travail d'équilibriste. Les parties, tout en respectant les critères élémentaires du bail à nourriture, peuvent librement aménager les prestations dues par l'acquéreur ainsi que les modalités d'exécution. Le contrat est modelé selon les besoins du vendeur. C'est là un de ses atouts majeurs (382). Partant, si la liste des obligations pesant sur l'acquéreur peut être plus ou moins longue, il est fortement conseillé de détailler ces dernières, sous peine d'engendrer des discussions. Dans l'intérêt de l'acquéreur, les formules trop vagues sont à proscrire. En effet, confrontés à une clause générale d'entretien, les juges du fond ont tendance à considérer que le contrat emporte l'obligation pour lui de prendre en charge les frais de séjour du vendeur dans une maison de retraite ou en long séjour (383). Aussi la question du départ en maison de retraite ou en établissement de santé doit-elle expressément être envisagée et intégrée dans le champ contractuel. Pour protéger le vendeur, il peut être prévu, sur le terrain financier, que l'acquéreur prenne à son compte « les frais non remboursés par la CPAM ou les mutuelles » (384). Sur le plan humain, il peut être prévu en sus certaines prestations en nature. Que l'on songe, par exemple, à une obligation de visites régulières, à l'organisation de sorties de temps en temps si l'état de santé du vendeur le permet, à la fourniture de prestations de base pour le confort de la vie (achat de vêtements, de revues, *etc.*), « en un mot tout ce qui permet de laisser espérer au vendeur qu'il aura toujours des conditions de vie correctes » (385). Peu rassuré par la perspective de devoir supporter des frais dont le montant est très difficile à appréhender, l'acquéreur peut imposer, quant à lui, une clause contractuelle prévoyant, dans ces circonstances, la conversion des obligations en nature en une rente viagère dont le montant et l'indexation doivent également être définis.

Le vendeur doit également se prémunir, dans la mesure du possible, contre les aléas susceptibles d'affecter **l'exécution de ses obligations** par l'acquéreur. Généralement, le contrat est assorti d'une clause résolutoire de plein droit à défaut d'exécution des presta-

(382) V. J. Carbonnier, obs. *in RTD civ.* 1942, p. 368, qui a pu relever « l'élasticité » et « l'extensibilité » des prestations, propres à ce contrat.
(383) En ce sens, V. CA Bordeaux, 29 sept. 1994 : *JurisData* n° 1994-046791.
(384) CA Pau, 1re ch., 9 mars 2011, n° 10/01683.
(385) N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, 102e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables,* n° 3164.

tions convenues (386), étant ici rappelé qu'en l'absence de prévision expresse en ce sens, « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice » (C. civ., art. 1227). Le bail à nourriture peut également comporter des risques d'impossibilité d'exécution d'ordre psychologique. La nature des obligations imposées à l'acquéreur étant très spécifiques et pouvant être de longue durée, les risques de mésentente liés aux exigences d'un vendeur vieillissant, à la lassitude ou à l'avarice de l'acquéreur ne sont pas à négliger, sans que l'on puisse du reste nécessairement les imputer à l'un plutôt qu'à l'autre. Le vendeur peut se prémunir contre cette situation en faisant insérer dans l'acte une clause de conversion du bail à nourriture en rente viagère pour le cas de mésentente. En ce cas, il est fondamental de définir les circonstances dans lesquelles cette faculté sera mise en œuvre. D'une manière générale, à défaut de substitution contractuelle prévue *ab initio*, il convient de souligner que les juges du fond disposent de la faculté d'imposer une telle substitution, ce qui permet de sauver le contrat (387). Encore faut-il, pour ce faire, que les circonstances d'ordre matériel ou moral rendent impossible l'exécution en nature des prestations prévues, et que cette conversion soit possible, eu égard aux facultés contributives de l'acquéreur.

Cette faculté d'insérer dans l'acte une clause de conversion du bail à nourriture en rente viagère peut également être préconisée pour le cas du décès anticipé de l'acquéreur. Le caractère personnel attaché au bail à nourriture semble naturellement impliquer son intransmissibilité à cause de mort. Mais rien ne semble s'opposer à la faculté pour l'acquéreur de s'engager pour lui et pour ses héritiers, le terme étant alors le décès du vendeur. Bien évidemment, il doit avoir conscience, en pareil cas, de la charge qu'il impose à ses ayants droit, lesquels peuvent se retrouver contraints de renoncer à la succession s'il s'avère, à son décès, qu'ils ne sont pas aptes à assumer de telles obligations. C'est pourquoi, pour pallier ce risque, le contrat peut prévoir que le décès du preneur emportera la substitution d'une rente viagère ou, ce qui peut être plus confortable pour les héritiers de l'acquéreur, d'un versement en capital, réglé une fois pour toutes.

Sous-section II Le prêt viager hypothécaire

1312 – Définition du prêt. – Tout droit importée des pays de *common law*, cette forme particulière de prêt a été insérée dans notre droit positif par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés et amendée, à plusieurs reprises, depuis lors. Son régime est aujourd'hui codifié aux articles L. 315-1 et suivants, L. 341-53 à L. 341-61 et R. 315-1 et suivants du Code de la consommation. Le prêt viager hypothécaire peut se définir comme « un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès » (C. consom.,

(386) Conformément à l'exigence légale, les parties doivent veiller à ce que la clause liste les obligations essentielles sanctionnées par la résolution et soit exprimée de manière non équivoque, à défaut de quoi elle ne sera pas opposable au débiteur (C. civ., art. 1225).

(387) V. not. Cass. 1re civ., 8 janv. 1980, n° 78-15.602 : *Bull. civ.* 1980, I, n° 15 ; *D.* 1983, 307, note Carreau ; *RTD civ.* 1980, 781, obs. Cornu ; *Defrénois* 1980, 1282, obs. Aubert.

art. L. 315-1, al. 1er) (388). Nous allons procéder à une analyse descriptive du prêt viager hypothécaire (**§ I**), avant de jeter un regard critique sur cet instrument (**§ II**).

§1 L'analyse descriptive du prêt viager hypothécaire

1313 **– Objet du prêt. –** Le prêt viager hypothécaire est destiné à permettre à une personne propriétaire d'un bien immobilier, en échange de la mise en garantie de ce bien, d'emprunter une somme d'argent sans avoir à rembourser ni le capital, ni les intérêts de son vivant. Ce faisant, il peut sans nul doute constituer un outil financier aux fins d'anticiper une éventuelle vulnérabilité. Il s'agit là encore d'une anticipation tardive dans la mesure où le prêt viager hypothécaire cible principalement les personnes âgées. En effet, si les textes ne soumettent la souscription d'un tel prêt à **aucune condition d'âge**, on constate, dans les faits, que les établissements bancaires possédant ce type de produits dans leurs catalogues ne les présentent qu'aux propriétaires seniors, âgés de soixante-cinq ans et plus. En cela, il constitue un produit financier qui permet l'accès au crédit à la consommation à des personnes propriétaires de leur logement mais qui, compte tenu de leur âge, n'ont plus la faculté d'obtenir un prêt classique, en mobilisant, sans s'en départir, leur résidence principale. La somme empruntée peut être versée en une seule fois pour un besoin ponctuel ou par le biais de versements périodiques (tous les mois ou tous les trimestres par exemple). Sous réserve de ne pas financer une activité professionnelle (C. consom., art. L. 315-1, al. 3), elle peut servir à financer tout type de projet personnel. Il peut s'agir notamment de financer des dépenses courantes, en complément de la retraite, des dépenses de santé, ou encore des travaux de mise aux normes ou d'adaptation de son logement à sa fin de vie.

1314 **– Conditions du prêt. –** De prime abord, les conditions de l'obtention du prêt viager hypothécaire sont peu contraignantes dans la mesure où l'emprunteur n'a pas l'obligation de souscrire à une assurance de prêt, et qu'il n'est soumis à aucune condition de ressources ou d'état de santé (389), l'idée étant ici – faut-il le rappeler – de proposer un produit à l'attention des retraités, lesquels n'ont pour la plupart, outre une santé fragilisée, que de faibles revenus. En revanche, pour pouvoir souscrire un prêt viager hypothécaire, et c'est la condition de base, il faut être propriétaire d'un bien immobilier, lequel va servir de garantie à l'établissement prêteur. Ce bien doit être un bien à usage exclusif d'habitation, ce qui exclut du mécanisme un bien immobilier à usage mixte (habitation et professionnel) (390), le bien détenu sous forme de société civile immobilière, le terrain nu ou encore le bien en état futur d'achèvement (Vefa). Par ailleurs, le dispositif légal ne saurait utilement s'appliquer en présence d'un bien indivis ou détenu en démembrement de propriété (391).

1315 **– Obligations des parties. –** On constate toutefois que derrière cette souplesse de façade, le prêt viager hypothécaire obéit à un cadre réglementaire strict. Ainsi, pour souscrire un tel prêt, **l'emprunteur** doit se soumettre à plusieurs obligations légales.

Parce que le bien immobilier sert de garantie et qu'il est donc au cœur du prêt viager hypothécaire, l'évaluation de sa valeur est essentielle. Un expert indépendant, choisi en

(388) Sur lequel, V. F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2137 et s.

(389) Il n'a du reste aucun questionnaire médical à remplir.

(390) Pour certains professionnels installés en libéral, il n'est donc pas possible de se servir de son bien comme garantie.

(391) En ce sens, F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, no 2162.

accord avec l'organisme prêteur mais dont l'emprunteur supporte entièrement la charge financière, doit réaliser cette évaluation, sous l'œil attentif du notaire instrumentaire qui doit veiller à sa cohérence.

Au cours du contrat, aucune obligation de rembourser le prêt de son vivant ne pèse sur l'emprunteur, sauf à ce que le contrat ait prévu le paiement périodique des intérêts de l'emprunt avant son échéance (C. consom., art. L. 315-1, al. 2). En revanche, l'emprunteur doit « apporter à l'immeuble hypothéqué tous les soins raisonnables » (C. consom., art. L. 315-12), ce qui revient à faire peser sur lui une obligation d'entretenir le bien hypothéqué afin de ne pas en réduire la valeur de son propre fait (ravalement de façade, entretien du jardin, *etc.*). Par ailleurs, si l'emprunteur entend mettre son bien en location, il doit obtenir, pour ce faire, l'accord écrit de l'organisme prêteur.

De son côté, compte tenu de la spécificité attachée à ce contrat de prêt, le **prêteur** est soumis à une obligation d'information renforcée, destinée à protéger l'emprunteur (C. consom., art. L. 315-4 à L. 315-11). Cette obligation se concrétise dès les modalités de commercialisation du produit et se retrouve dans le contenu de l'offre, l'une comme l'autre faisant l'objet d'une réglementation très encadrée : mentions obligatoires dans l'offre de prêt, maintien de l'offre de prêt pendant trente jours et délai de réflexion en vue de l'acceptation d'au moins dix jours, acte notarié, interdiction du démarchage, publicité loyale et informative, *etc.*

1316 – Montant du prêt. – S'agissant du montant du prêt, les pouvoirs publics ont laissé une large marge d'appréciation aux banques. Ce montant, capital et intérêts cumulés, dépend de l'âge de l'emprunteur et de la valeur du logement offert en garantie, étant ici souligné qu'il ne saurait cependant excéder la valeur du bien, appréciée lors de l'échéance du terme (C. consom., art. L. 315-15, al. 1er). Dans les faits, ce montant est compris entre 15 % et 75 % de la valeur du bien estimée. Comme le prêt est d'une durée viagère, plus l'emprunteur est âgé, plus le montant est élevé. Le sexe de l'emprunteur est également pris en compte. Dans la mesure où, en France, les femmes ont (encore) une espérance de vie plus élevée que celle des hommes, elles peuvent ainsi prétendre à disposer d'une somme d'argent plus importante qu'eux, à âge et situation égale.

1317 – Dénouement du prêt. – Le contrat de prêt est destiné à prendre fin avec le **décès** de l'emprunteur, auquel cas l'organisme prêteur se rembourse en vendant le bien, sauf aux héritiers à rembourser les fonds prêtés pour conserver le bien (C. consom., art. L. 315-20).

En cas de mise en œuvre de l'hypothèque, les textes sont fluides et prévoient que le montant du capital et des intérêts ne peut pas être supérieur à la valeur du bien hypothéqué estimée à la fin du contrat (C. consom., art. L. 315-15, al. 1er). L'emprunteur peut donc contracter en toute sérénité, sachant que ses héritiers ne seront pas tenus au-delà de cette valeur. À l'inverse, si la dette est inférieure à cette valeur, fixée par expert, le différentiel doit être restitué aux héritiers (C. consom., art. L. 315-15, al. 2).

L'hypothèse d'un paiement spontané des héritiers laisse plus dubitatif, non pas dans son principe, mais dans ses modalités de mise en œuvre, nullement organisées et manifestement supposées aller de soi. Les questionnements, pour ne pas dire les inquiétudes, sont pourtant nombreux (392). S'agissant des **héritiers**, s'ils sont plusieurs, la loi n'a prévu aucun délai ni aucune procédure de concertation leur permettant d'exercer sereinement, et par une décision collective, le choix que leur ménage la loi soit de payer la dette, soit de laisser le

(392) À ce propos, V. C. Gijsbers, *L'insuccès du prêt viager hypothécaire* : *JCP* N 2016, no 12, 1103, spéc. no 10.

créancier se désintéresser sur le bien grevé (393). La banque, armée d'un titre exécutoire, pourrait ainsi faire valoir ses droits huit jours à peine après l'avoir signifié aux héritiers (C. civ., art. 877), sans même attendre l'exercice de l'option successorale que l'article L. 315-20, alinéa 2 du Code de la consommation tient ici pour indifférente (394). En ce qui concerne le **prêteur**, il peut craindre que les héritiers ne prêtent pas la main à un dénouement rapide et heureux, notamment s'ils découvrent l'existence du prêt à la mort de l'emprunteur. Le prêteur risque alors de se trouver confronté sinon à l'opposition, du moins à l'inertie des survivants.

Le prêt viager hypothécaire peut également prendre fin, de manière **prématurée**, à l'initiative du propriétaire. D'une part, il peut vendre lui-même son bien, auquel cas la banque récupère son capital et a l'autorisation de contester la vente si elle juge le montant du bien sous-estimé. D'autre part, il peut décider de procéder à un remboursement anticipé, total ou partiel, du prêt (C. consom., art. L. 315-16 et s.), ce qui peut toutefois représenter une mauvaise opération financière, car un tel remboursement entraîne le paiement de pénalités qui dépendent du moment où il intervient dans le temps (C. consom., art. L. 315-17).

§ II Les regards critiques sur le prêt viager hypothécaire

1318 **– Une destinée décevante. –** Le prêt viager hypothécaire permet d'emprunter à un âge avancé et de se procurer des ressources sans avoir à procéder à des remboursements de son vivant et donc sans ponctionner dans son épargne, sans vendre son patrimoine, sans obérer son niveau de vie et sans solliciter ses enfants ou des proches (395). Il présente au surplus l'avantage de permettre la perception d'un versement, susceptible d'être périodique, de la part d'un cocontractant – un établissement financier – par essence solvable.

Et pourtant, « l'innovation la plus médiatisée de la réforme des sûretés » (396) n'a pas connu l'engouement que ses promoteurs lui prédisaient, faute d'avoir su trouver son public, qu'il s'agisse des banques ou bien des clients eux-mêmes (397). De leur côté, les **établissements prêteurs** y voient un mécanisme bien trop risqué, car trop aléatoire. À vrai dire, la crainte est doublement fondée. D'une part, les prêteurs s'exposent au risque d'une sous-évaluation de l'espérance de vie de l'emprunteur et du retournement du marché immobilier ; la dette étant impérativement plafonnée à la valeur du bien, si la dette est supérieure au prix de vente du bien pour l'une des deux raisons évoquées, c'est l'établissement financier qui supportera cette perte et non le débiteur ou ses héritiers. D'autre part, ils s'exposent au risque de « non-liquidité » du bien immobilier dans la mesure où le délai entre le décès et la liquidation de la succession peut s'avérer très long. Si l'on rajoute que le prêt viager hypothécaire ne fait l'objet d'aucune aide publique, on comprend que l'établissement prêteur assume seul la totalité de ces risques, ce qui explique peut-être la modicité des sommes prêtées eu égard à la valeur du bien.

(393) V., sur ce point, la critique pertinente du 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 23-26 sept. 2012, *La transmission*, n° 234, p. 504.

(394) Sur cette question, V. les développements pertinents de N. Randoux, *L'avenir du prêt viager hypothécaire* : *Defrénois* 2009, n° 22, p. 2401.

(395) N. Pécourt, *Les réponses apportées par le prêt viager hypothécaire face aux enjeux du vieillissement de la population* : *JCP* N 2014, nos 45-46, 1330.

(396) C. Gijsbers, art. préc., spéc. n° 1.

(397) V. Ademe, *Étude sur le prêt viager hypothécaire appliqué à la rénovation énergétique du logement*, 2017, spéc. p. 5, qui constate que le prêt viager hypothécaire est commercialisé uniquement par le Crédit Foncier et ne représente qu'un volume de l'ordre d'un millier de dossiers par an. La disparition du Crédit Foncier jette du reste le trouble sur le maintien ou non de ce produit par le groupe BPCE.

Proposition du 113e Congrès des notaires de France pour une promotion du prêt viager hypothécaire aux fins d'adaptation des logements

Qu'il nous soit permis de rappeler que, constatant qu'il convenait de rendre plus attractif le prêt viager hypothécaire en garantissant aux établissements de crédit et aux établissements financiers le remboursement de l'intégralité de leur créance lorsque les fonds prêtés servent à l'adaptation du logement à la perte d'autonomie, le 113e Congrès des notaires de France, par l'intermédiaire de sa commission « Solidarité » a proposé « que soit créé un fonds de garantie de l'État dont le rôle serait de prendre en charge la différence entre le montant total de la créance (en principal et intérêts) et la valeur du bien immobilier donné en garantie, afin d'assurer aux établissements de crédit et aux établissements financiers le remboursement total de la dette de l'emprunteur lorsque les fonds prêtés, au titre d'un prêt viager hypothécaire, ont servi à financer l'adaptation du logement à la perte d'autonomie ». En l'état, cette proposition n'a pas été suivie d'effet.

Les **emprunteurs**, quant à eux, éprouvent une réelle « méfiance vis-à-vis d'un mécanisme qui promet le beurre (un prêt), l'argent du beurre (non remboursable de leur vivant) et le sourire du banquier » (398). En réalité, l'emprunteur ne percevra pas un prêt d'un montant égal à la valeur de son bien et contractera sur la base d'un taux d'intérêt plus élevé que ceux pratiqués en matière de prêt immobilier classique (399). Si l'on y ajoute les frais d'expertise du bien, objet de la garantie, et les frais d'inscription de l'hypothèque, le coût de ce crédit peut devenir prohibitif. Par ailleurs, le ratio montant prêté/valeur du bien est jugé trop faible. Enfin, il ne faut pas oublier non plus que l'emprunteur est certes toujours chez lui et propriétaire de son logement, mais sous surveillance du créancier qui veillera à la conservation de la valeur de son bien et à son utilisation selon ce qui aura été convenu. L'avantage d'être « propriétaire » doit donc être relativisé.

Le tableau ne serait pas complet si l'on passait sous silence la situation des **héritiers** de l'emprunteur. Il convient, en effet, d'avoir à l'esprit qu'avec le prêt viager hypothécaire, et ce ne pas la moindre de ses particularités, l'emprunteur n'est pas le débiteur ! Dès lors qu'elle n'use pas de sa faculté de remboursement anticipé, ce n'est pas la personne âgée elle-même qui aura à pâtir du remboursement du prêt, mais ses héritiers. C'est ainsi que sans être initialement parties au contrat, ces derniers, tenus d'en supporter les conséquences, en sont les victimes par ricochet. Certes, la dette est plafonnée à la valeur de l'immeuble au jour de l'ouverture de la succession. Mais le *de cujus* peut avoir contracté d'autres dettes que les héritiers envisageaient de payer en vendant l'immeuble, l'actif disponible au jour du décès se révélant insuffisant. Une telle aliénation étant juridiquement irréalisable, les héritiers pourront alors n'avoir d'autre choix que de renoncer à la succession.

Le choix de cet instrument de financement doit se faire, dès l'origine, et parfois sous l'œil attentif du notaire, à l'aune des intérêts respectifs, et susceptibles d'être divergents, au sein de la famille. Sauf à céder à une stricte logique individualiste, qui peut « confiner à l'égoïsme » (400), l'emprunteur qui entend se procurer des ressources pour faire face à sa vulnérabilité doit avoir conscience, lorsqu'il souscrit à ce crédit particulier, qu'il impose à ses héritiers la charge d'un prêt remboursable *post mortem*, qui peut s'avérer très lourde en

(398) V. J.-F. Riffard, *Faut-il vraiment sauver le prêt viager hypothécaire ?* : *JCP* N 2018, no 25, 1214, spéc. no 1.
(399) Ce taux d'intérêt, à l'origine supérieur à 8 % a évolué jusqu'à descendre, grâce à l'autoassurance, à un niveau plus raisonnable mais encore élevé, de 4,8 %.
(400) N. Randoux, *L'avenir du prêt viager hypothécaire* : *Defrénois* 2009, no 21, p. 2263.

raison de l'accumulation des intérêts, notamment dans le cas d'emprunteurs jeunes, au point de risquer d'aboutir *de facto* à leur exhérédation.

La création du prêt avance mutation

Pour remédier à cet inconvénient, et accessoirement pour impulser une nouvelle dynamique au prêt viager hypothécaire (PVH), la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 a créé le prêt avance mutation (PAM), « titre mystérieux et vide de sens » (401), qui, fondamentalement est un PVH classique, à la seule différence que l'emprunteur peut rembourser progressivement les intérêts selon une périodicité convenue (C. consom., art. L. 315-1, al. 2). L'objectif est de limiter le montant dû par les héritiers et donc la charge potentiellement considérable qu'ils peuvent avoir à supporter. Force est de constater que cette évolution n'a cependant rien changé : le nombre de PVH n'a pas décollé et les PAM sont rarissimes. Les raisons de ce flop sont connues. Outre l'interdiction de démarchage, très liée à la perception « amorale » du viager, qui s'applique aussi au PAM (402), le fait que les intérêts soient remboursables et non obligatoirement capitalisés est apparu comme une source de complexité pour les banques, notamment en ce que cela conduit à accroître l'incertitude sur la durée du prêt, ce qui perturbe la gestion du refinancement et donc la fixation du taux d'emprunt. Par ailleurs, cette faculté nouvelle est venue brouiller la compréhension des emprunteurs sur la nature du PVH, l'argumentaire commercial reposant sur le fait que le prêt viager n'a pas à être remboursé du vivant de l'emprunteur.

– Une articulation imparfaite avec les règles successorales. – Au-delà de ces considérations pragmatiques qui expliquent le peu d'engouement suscité par ce produit, on constate, à l'analyse, que le prêt viager hypothécaire est doté d'un régime juridique lacunaire en ce qu'il se caractérise, tout particulièrement, par l'absence regrettable d'un véritable effort d'articulation avec le droit successoral. Outre les interrogations soulevées par l'exercice de l'option offerte aux héritiers au décès de l'emprunteur, qui ont déjà été révélées, plusieurs difficultés en témoignent. **1319**

La première se manifeste lorsqu'un emprunteur marié contracte seul, sur le logement de la famille, un prêt viager hypothécaire avec la bénédiction de son époux (C. civ., art. 215). En pareille occurrence, et dans le silence malencontreux des textes, comment combiner les droits du conjoint survivant de demeurer dans les lieux avec la créance hypothécaire de la banque devenue exigible au décès ? S'agissant du droit temporaire au logement (C. civ., art. 763), on peut certainement considérer, sous l'impulsion d'un auteur (403), que son caractère d'ordre public semble impliquer « une suspension du prêt viager hypothécaire » pendant la durée de la jouissance gratuite conférée au conjoint (404). En revanche, la question est plus délicate, et la doctrine partagée, concernant le droit viager au logement (C. civ., art. 763). « Parce qu'il serait choquant de voir le droit viager au logement s'appliquer à une richesse déjà « consommée » par le défunt » (405), il semble bien toutefois

(401) J.-F. Riffard, art. préc., spéc. n° 24.

(402) Cela signifie concrètement que les prêteurs ne peuvent pas présenter de plaquettes, faire la promotion de ce type de prêts sur leur site et doivent se limiter à le proposer en réponse à une demande explicite lors d'un entretien.

(403) N. Randoux, *L'avenir du prêt viager hypothécaire* : *Defrénois* 2009, n° 21, p. 2263. Cette thèse a été reprise par le 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, n° 2162.

(404) V. J.-F. Riffard, art. préc., spéc. n° 21, qui souligne cependant, à juste titre, qu'il « n'est pas sûr que cette perspective réjouisse les établissements de crédit qui n'ont aucune vocation à gérer des immeubles occupés, mais qui vont chercher au contraire à les vendre, libres de toute occupation ».

(405) C. Gijsbers, art. préc., spéc. n° 11.

que le droit viager ne puisse être opposé au prêteur titulaire d'une hypothèque antérieure (406). Cette solution n'est pas anormale. Si le prêt a été, et c'est généralement le cas compte tenu de l'âge des emprunteurs, octroyé en cours de mariage, l'époux survivant a nécessairement autorisé son conjoint à contracter le prêt litigieux (C. civ., art. 215, al. 3). On peut légitimement considérer que, ce faisant, il a sciemment et nécessairement renoncé à la protection attachée au logement de la famille (407). En conjuguant les deux solutions, celle prépondérante, relative au droit temporaire, et celle, sacrifiée, inhérente au droit viager, on constate que le mécanisme du prêt peut contraindre le conjoint survivant, passé l'année qui suit le décès, à libérer les lieux avant la vente de l'immeuble ou sa saisie. Destiné à protéger l'un des époux du besoin, le « dispositif déshabille son conjoint en le privant de son toit » (408), sauf à espérer que les autres actifs successoraux soient suffisants pour régler la dette.

La seconde difficulté, également identifiée par la doctrine, est celle, peu probable mais néanmoins envisageable, du legs du bien hypothéqué par voie testamentaire à un tiers, lequel va alors choisir de payer la dette ou, faute de moyens d'en accepter la saisie par la banque. Dans tous les cas, le légataire aura réglé la dette d'autrui, de sorte qu'il pourra exercer en toute logique un recours contre les héritiers acceptants (409), qui seront alors soumis à une double peine : celle de voir sortir un immeuble du patrimoine familial et d'avoir à supporter la dette qui le grève !

1320 – L'avenir du prêt viager hypothécaire. – Devant pareils inconvénients, nombreux sont ceux qui s'interrogent sur l'avenir du prêt viager hypothécaire en France. Alors que certains lui prédisent un avenir radieux au regard de la proportion croissante des personnes âgées dans la population et des difficultés à financer leurs besoins dans un contexte budgétaire contraint (410), d'autres, à l'inverse, réclament sa suppression (411). Peut-être la solution, comme souvent, est à rechercher entre ces deux extrêmes : elle consisterait, conformément à la proposition de M. Riffard, à repenser cet instrument non pas tant dans son fonctionnement mais dans sa finalité et à préconiser « une restriction drastique, mais salutaire, de son domaine d'intervention en abandonnant toute référence au crédit à la consommation et en le transformant en un crédit affecté à un but déterminé » (412). Et l'auteur de rappeler, au soutien de cette idée, que le Conseil économique et social, allant dans ce sens, avait d'ailleurs proposé dès 2008 (413) de limiter le recours au prêt viager hypothécaire au seul financement de l'aménagement du logement grevé, de manière à permettre l'accompagnement du handicap.

Les pouvoirs publics ont amorcé une réflexion en ce sens, puisque le récent rapport Libault sur le grand âge et l'autonomie (414) a proposé d'adapter le prêt viager hypothécaire au cas de la dépendance, en proposant la création d'un prêt viager dépendance réservé aux personnes en dépendance lourde (GIR 1 et 2). Ce prêt serait destiné à fonctionner comme un

(406) En ce sens, V. *Rép. dr. imm.* Dalloz, V° *Prêt viager hypothécaire*, n° 73, par S. Piédelièvre.
(407) En ce sens, V. J.-F. Riffard, art. préc., spéc. n° 20.
(408) F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, n° 2162.
(409) En ce sens, V. C. Gijsbers, art. préc., spéc. n° 12. *Adde*, J.-F. Riffard, art. préc., spéc. n° 22.
(410) N. Pécourt, art. préc.
(411) N. Randoux, *L'avenir du prêt viager hypothécaire* : *Defrénois* 2009, n° 22, p. 2401.
(412) J.-F. Riffard, art. préc., spéc. n° 34.
(413) CES, 11 mars 2008 : *JCP* N 2008, n° 17, act. 424.
(414) Rapport D. Libault, *Concertation Grand âge et autonomie*, mars 2019, p. 135.

prêt viager hypothécaire classique, mais ne serait proposé que dans les cas de perte d'autonomie avérée nécessitant un choix de famille (415).

En attendant de connaître le sort éventuellement réservé à cette piste de réflexion dans le cadre de la loi grand âge et autonomie, il faut constater que ce produit destiné, de manière ingénieuse, à transformer la « pierre » en liquidités immédiatement consommables afin d'accroître le pouvoir d'achat des seniors en quête de compléments de retraite, occupe une place marginale à cette fin. Loin derrière les dispositifs de prévoyance liés à l'assurance, il souffre même de la comparaison avec des mécanismes, pourtant considérés comme désuets, comme la vente en viager (416), pour ne constituer aujourd'hui, et c'est regrettable, qu'une solution de dernier recours (417).

CHAPITRE II La constitution de revenus à titre gratuit

1321 **– Le financement de la dépendance à travers les libéralités. –** La tentation ou l'obligation de conserver son patrimoine le plus longtemps possible pour faire face aux besoins futurs inhérents à une éventuelle dépendance semble de prime abord constituer un obstacle rédhibitoire à l'accomplissement d'actes à titre gratuit. Du reste, la faiblesse des pensions de retraite, le coût connu de la dépendance, que ce soit en étant aidé à son domicile ou placé dans un établissement spécialisé, sont autant de facteurs qui confortent les individus à ne rien faire en matière de transmission. Pourtant, il est permis de déceler dans les libéralités, et principalement celles entre vifs malgré le dessaisissement irrévocable qui en résulte, un moyen de financer son éventuelle dépendance (418). Il s'agit tout à la fois, par ce biais, dans l'optique de se préserver contre la vulnérabilité, de conserver son patrimoine, de se procurer des revenus, mais aussi d'anticiper les difficultés à transmettre son patrimoine à titre gratuit, une fois l'altération des facultés mentales avérée. Plusieurs techniques de donation confirment « l'idée qu'anticipation et transmission peuvent rimer avec protection » (419), qu'il s'agisse de techniques éprouvées et patinées par le temps, comme la donation avec réserve d'usufruit (**Section I**) ou la donation avec charges (**Section II**), ou de mécanismes plus sophistiqués. On songe ici aux donations à terme, qui peuvent présenter plusieurs visages (**Section III**). Ces différentes techniques ayant cependant été longuement développées par la deuxième commission du 113e Congrès des notaires de France, nous nous contenterons de les rappeler rapidement, sans nous étendre sur leur régime civil et fiscal, mais en mettant néanmoins en exergue leur intérêt et leurs inconvénients.

(415) Dans le cas d'un maintien à domicile, l'établissement bancaire, disposant d'une information importante sur l'espérance de vie de la personne, proposerait des taux inférieurs aux taux actuellement pratiqués sur le prêt viager (de l'ordre de 4 % contre 8 % en moyenne aujourd'hui pour un prêt viager hypothécaire classique). Dans le cas d'une prise en charge en établissement, le prêt servirait de prêt relais avant la vente du bien immobilier, selon un délai fixé à l'avance et autorisant des taux inférieurs aux taux pratiqués pour le prêt viager hypothécaire classique. Ce prêt dépendance pourrait être réversible, permettant à la famille d'anticiper le remboursement de la dette accumulée au moment de la disparition du parent âgé ou de son départ en Ehpad si elle veut garder le bien immobilier.

(416) V. S. Prigent, *Prêt viager hypothécaire et solutions alternatives : les éléments du conseil* : *Defrénois* 2009, no 4, p. 414, qui s'est attaché à analyser comparativement les deux institutions. Dans pratiquement tous les cas de figure, les diverses simulations démontrent que sur le plan économique le prêt viager hypothécaire est désavantageux.

(417) En ce sens, V. C. Gijsbers, art. préc., spéc. no 13. *Adde*, J.-F. Riffard, art. préc., spéc. no 34.

(418) V., à ce sujet, l'étude très détaillée de J.-M. Mathieu, *Le financement de la dépendance à travers les libéralités ou comment transmettre en protégeant* : *JCP* N 2014, nos 45-46, 1331, sur laquelle l'auteur s'est grandement appuyé.

(419) F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, no 2250.

Section I La donation avec réserve d'usufruit

1322 – Avantages. – La technique la plus répandue consiste, pour le disposant, à ne transmettre que la nue-propriété d'un bien, en se réservant l'usufruit soit pour une durée temporaire, soit à titre viager (420). Les avantages de ce mécanisme sont bien connus. Sur un plan civil, la réserve d'usufruit permet au donateur, lorsqu'elle porte sur son logement, de rester à son domicile et de conserver son cadre de vie, et quand elle concerne un bien frugifère, de lui assurer des revenus pour ses vieux jours. Sur le terrain fiscal, l'opération entraîne, s'agissant des droits de mutation à titre gratuit, une réduction de l'assiette taxable, les droits dus n'étant calculés que sur la valeur de la nue-propriété des biens donnés après déduction de la valeur de l'usufruit évalué selon le barème fiscal (CGI, art. 669). Par ailleurs, aucun droit n'est dû lors de la réunion de l'usufruit à la nue-propriété lorsque cet usufruit s'éteint par l'arrivée du terme ou par le décès de l'usufruitier (CGI, art. 1133).

Si la donation porte sur des biens consomptibles au premier usage, la protection de la dépendance peut s'exercer par le biais d'une donation avec réserve de quasi-usufruit (421). Celle-ci offre une protection accrue à l'usufruitier, qui conserve l'entière disposition du capital comme s'il en était resté propriétaire, à charge de le restituer soit en nature, soit en valeur, à l'extinction de l'usufruit (C. civ., art. 587). Le mécanisme respecte la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations entre vifs puisque le nu-propriétaire se retrouve dans la situation immédiate et définitive d'un créancier de somme d'argent exigible au décès du débiteur. Il convient simplement de rappeler que le fait d'y procéder sans que le donateur possède les liquidités suffisantes l'expose à un abus de droit.

1323 – Inconvénients. – En dépit de ses avantages certains, l'usage d'une donation avec réserve d'usufruit n'est pas toujours approprié. Il convient, en effet, d'avoir à l'esprit que les difficultés classiquement rencontrées en présence d'un droit de propriété démembré sont d'autant plus fâcheuses ici que la constitution de l'usufruit s'effectue sur la tête d'une personne, dont le risque de vulnérabilité est évident. Cette vulnérabilité va inévitablement créer des difficultés d'ordre pratique, lesquelles sont vouées à s'accentuer au fur et à mesure de l'avancée en âge de l'usufruitier.

Si la donation porte sur le logement, celui-ci risque, dans un avenir plus ou moins prévisible, de ne plus être adapté aux besoins de ce dernier. Il faudra alors envisager des travaux importants ou la mise en vente du bien, pour financer le placement dans un établissement spécialisé. Dans le premier cas, on sait l'impression de flou qui entoure les textes du Code civil relatifs à la répartition de la charge des travaux entre usufruitier et nu-propriétaire (C. civ., art. 605 et 606), dont les prétoires se font régulièrement l'écho. Le risque est alors évident de parvenir à des situations de blocage qui pourraient s'avérer dramatiques pour l'usufruitier vieillissant. En ce qui concerne la vente du bien, elle supposera, bien entendu, l'accord du nu-propriétaire. À supposer celui-ci acquis, ce qui n'est jamais une certitude, il s'agira de s'entendre sur la répartition du prix de vente. Si la donation est ancienne, le

(420) Lorsque le donateur, qui s'est réservé l'usufruit, souhaite assurer des moyens de subsistance à une tierce personne, souvent son conjoint, il est inséré dans l'acte de donation une clause de réversion l'usufruit. En vertu de cette clause, au décès du premier usufruitier donateur, l'usufruit se poursuit sur la tête du bénéficiaire de la réversion, laquelle peut être viagère ou temporaire. Une telle clause peut évidemment être un excellent moyen de protection contre la dépendance, au profit du tiers bénéficiaire.

(421) La doctrine et la jurisprudence ont admis qu'il était possible de constituer un quasi-usufruit conventionnel sur des biens non consomptibles au premier usage, mais fongibles, comme des valeurs mobilières. V., à ce propos, F. Collard : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Usufruit*, Fasc. 60, 2017, n^os^ 39 et s.

donateur ayant avancé en âge, son usufruit aura perdu une grande partie de sa valeur. L'aliénation du bien risque donc d'être très décevante pour lui.

L'insertion de clauses salutaires dans l'acte de donation

La pratique notariale a envisagé des parades pour pallier ces difficultés.
S'agissant des travaux, il appartient au notaire, rédacteur de l'acte, de ne pas se contenter d'un renvoi pur et simple aux règles supplétives prévues par la loi mais, au rebours, de mettre en place avec les parties des règles personnalisées et adaptées. Ainsi, et sous réserve d'une éventuelle requalification fiscale, il peut être prévu la prise en charge par le nu-propriétaire de certains travaux dans le logement, y compris ceux qui incombent par principe à l'usufruitier en vertu de l'article 605 du Code civil, voire l'obligation d'y procéder, aux fins d'anticiper les divergences de vues entre les parties (422).
S'agissant de la vente, il peut être prévu de reporter le démembrement de propriété sur le prix, afin de conférer un quasi-usufruit à l'usufruitier. Cette solution lui laissera la disposition du produit de la vente, à charge toutefois de restituer à son propre décès une somme semblable (C. civ., art. 587) (423).
Enfin, il peut-être judicieusement prévu *ab initio* la conversion de l'usufruit en une rente viagère, si l'usufruitier se trouve dans l'obligation de quitter le bien.

S'agissant d'un bien frugifère, le risque existe que l'usufruitier soit confronté, au fil du temps, à l'incapacité et/ou à la perte de volonté de gérer les rapports avec les locataires. De la même façon, s'agissant d'actifs financiers démembrés, les difficultés rencontrées peuvent être nombreuses, entre la gestion d'un portefeuille titres qui séduisait le jeune retraité, heureux de pouvoir enfin gérer lui-même ses actifs financiers et qui risque fort de devenir une source d'inquiétudes avec l'avancée en âge, jusqu'aux sollicitations diverses et variées pour investir sur des supports dont l'utilité peut s'avérer douteuse et auxquels l'usufruitier vieillissant aura de plus en plus de mal à faire face (424).

Bien entendu, toutes les donations en démembrement de propriété n'engendrent pas de telles conséquences. Mais il serait tout aussi inconséquent d'ignorer ces situations et conflits possibles dont la probabilité augmente avec la durée du démembrement (425). Censés se protéger en conservant un droit d'usufruit, les potentiels donateurs doivent être conscients qu'ils pourraient se trouver en état de subir des effets secondaires annihilant tout ou partie des bénéfices attendus. Les conseils avisés du notaire sont ici primordiaux pour que le choix vers une donation avec réserve d'usufruit soit opportun et pris en pleine connaissance de cause.

Section II La donation avec charges

1324 **– Une charge susceptible d'être lourde. –** Lorsque l'on désire anticiper sa propre dépendance, la donation avec charges peut constituer une alternative patrimoniale intéressante. Il s'agit, pour le disposant, de consentir une donation à une personne de confiance, à charge

(422) Sur laquelle, V. F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, no 2253.
(423) H. Mazeron, *Retenir pour donner mieux* : *JCP* N 2013, nos 9-10, 1042, no 6.
(424) V., à ce propos, J.-L. Gagnarde et H. Lécuyer, *Transmission anticipée du patrimoine et allongement de la durée de la vie. Comment concilier l'inconciliable ?* : *JCP* N 2013, no 9, 1043, spéc. no 11.
(425) À ce propos, V. E. Fossaert-Requillart et J.-M. Mathieu, *Protection des parents : transmission en présence d'une personne protégée*, colloque JNPF, « Vulnérabilité, handicap et droit », août 2010, no spécial Lamy, no 73.

pour elle d'exécuter une obligation particulière à son profit. Le donateur peut constituer à son bénéfice des charges d'une infinie diversité. S'agissant de prévenir une éventuelle vulnérabilité, il est très généralement envisagé deux types de charges, l'une en argent et l'autre en nature. Quelle que soit la modalité choisie, la charge peut s'avérer très lourde. Il en résulte deux conséquences : d'une part, il ne faut pas que la charge absorbe la valeur du bien donné car l'acte perdrait alors sa qualification de libéralité et, d'autre part, la solution suppose le plein accord du donataire. En effet, aux fins d'éviter un engagement qui ne serait pas éclairé et, par-delà, des risques évidents d'inexécution au préjudice du disposant, il appartient à ce dernier de pleinement mesurer, lors de la signature de l'acte, les conséquences de la charge qui lui est imposée, eu égard à l'évolution prévisible de sa situation personnelle, mais aussi de la situation du donateur. À cet égard, il convient d'évaluer les besoins réels de la future dépendance de ce dernier, en tenant compte de son âge, de la dégradation éventuelle de son état de santé et de la diminution probable de ses ressources.

1325 – La charge en argent. – Le bien, objet de la donation, peut être transmis à charge pour la donataire de verser une rente viagère au donateur, lui garantissant ainsi un flux de revenus réguliers (C. civ., art. 1969). Rappelons simplement, à ce propos, que la rente doit être indexée, qu'elle peut être révisée judiciairement (C. civ., art. 900-2) et être déclarée insaisissable, par disposition expresse du donateur (C. civ., art. 1981). En pratique, avant de conseiller une telle donation, le notaire doit se montrer vigilant, cette source de revenus procurée par le versement de la rente pouvant remettre en cause, au moins partiellement, les aides sociales touchées par le donateur. En conséquence, le choix de ce mécanisme suppose au préalable de chiffrer ses répercussions éventuelles sur les diverses prestations sociales pouvant être perçues par ce dernier. Il convient également de le comparer économiquement avec la réserve d'usufruit, notamment en présence d'un bien frugifère. « Il est quelquefois plus simple de ne pas être usufruitier ! » (426) Ici le donateur n'aura plus à s'occuper de l'entretien du bien immobilier ni, s'il est loué, de la gestion locative. En contrepartie, parce qu'il ne touchera plus les fruits dudit bien, la rente devra compenser cette perte de revenus en tenant compte de la fiscalité attachée à cette forme de donation au titre de l'impôt sur le revenu. Sur ce point, rappelons que si, par principe, la rente n'est pas déductible de son revenu pour le donataire, elle constitue, en revanche, un revenu imposable chez le donateur, mais seulement pour une fraction déterminée de son montant, qui est fonction de l'âge du crédirentier lors de l'entrée en jouissance (CGI, art. 158, 6°). La rente bénéficie ainsi d'une fiscalité adoucie par rapport à l'imposition des revenus fonciers perçus en qualité d'usufruitier, ce qui peut constituer un critère de choix qui peut décider le client à s'orienter vers l'une des solutions (donation avec charge en argent) plutôt que vers l'autre (donation avec réserve d'usufruit).

1326 – La charge en nature. – À l'instar d'un bail à nourriture (427), la donation peut également être consentie en faisant supporter au donataire la charge d'entretenir ou de prodiguer des soins au disposant. En pratique, les soins dont il est question doivent être détaillés avec précision, en évitant des stipulations trop générales et en tenant compte de ce qui peut être pris en charge directement par la sécurité sociale ou une quelconque mutuelle. Surtout il convient d'avoir à l'esprit que le poids de la charge est naturellement destiné à s'aggraver au fil du temps avec le vieillissement du donateur. Par ailleurs, il peut être judicieux, pour couvrir certaines évolutions et éviter ainsi tout blocage ultérieur, de prévoir, en amont, que la charge en nature pourra être remplacée par le service d'une rente viagère, dont le montant et les modalités de paiement et d'indexation doivent être strictement définis. Cette substi-

(426) J.-M. Mathieu, art. préc., n° 52.
(427) V. *supra*, n°s 1309 et s.

tution peut être envisagée dans l'hypothèse où le donateur se retrouverait dans l'obligation de quitter son domicile pour partir vivre dans un établissement spécialisé, si le donataire se retrouve dans l'impossibilité matérielle d'exécuter son obligation ou encore s'il vient à décéder avant le disposant, pour ne pas contraindre les héritiers à devoir exécuter une obligation en nature.

Section III Les donations à terme

1327 **– Donation à terme « pure et simple ». –** La pratique a imaginé des techniques de transmission à titre gratuit plus élaborées, tirées du droit des obligations. La première d'entre elles consiste pour le donateur à donner un bien présent, meuble ou immeuble, à un donataire, tout en prévoyant que l'effet de la donation, à savoir la tradition, est différé jusqu'à la survenance d'un terme, soit son décès, soit une date antérieure déterminée (428). En matière de dépendance, ce terme anticipé pourra notamment résulter de l'âge du donataire ou de son départ dans une maison de retraite. Si ce mécanisme peut être utile dans l'optique d'une éventuelle vulnérabilité, en ce qu'il permet au donateur, en dépit du dessaisissement irrévocable qui est le sien, de conserver la jouissance des biens ou les revenus jusqu'au terme convenu, il demeure d'application rare.

Il est toutefois possible de sophistiquer davantage encore le mécanisme dans l'hypothèse où le donateur, pas certain de vouloir donner le bien envisagé, souhaite se conserver la latitude de changer le bien, objet de la donation. Aux fins de ménager au disposant le délai de réflexion souhaité, le notaire peut lui proposer de recourir à une donation à terme, alternative ou facultative (429).

1328 **– Donation à terme « alternative ». –** La donation alternative permet à un donateur de se dépouiller à terme, au profit d'un donataire qui l'accepte, de tel bien ou de tel autre bien, au choix (430). La donation porte sur un bien déterminé ou un autre bien, lui-même déterminé dans l'acte de donation. Le choix entre les deux objets de la donation est attribué au donateur (ce qui sera le cas pour la protection de sa dépendance) ou au donataire (ce qui pourrait être le cas s'il s'agissait de protéger sa dépendance), suivant la volonté des parties. La donation porte donc sur deux biens formant l'objet de l'obligation, ce qui implique, pour ne pas mettre à mal le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations, que les deux objets aient une rigoureuse équivalence en valeur au moment du paiement.

S'agissant de la donation alternative, la doctrine considère, depuis longtemps, que le transfert de propriété ne s'opère pas au jour de la donation mais à la date de l'exercice de l'option. Durant ce laps de temps, le donateur garde la propriété des deux biens. À l'évidence, cette maîtrise peut s'avérer précieuse dans l'optique du financement de ses vieux jours. Au-delà, il est notamment libre, sauf clause d'inaliénabilité, de vendre l'un des biens visés dans l'acte. Dans ce cas, la donation alternative va dégénérer en donation à terme sur

(428) Sur laquelle, V. B. Jadaud, *La donation à terme* : *JCP* N 2006, n° 3, 1024.

(429) Sur lesquelles, V. X. Bouché et X. Guédé, *Les donations optionnelles englobent les donations alternatives et facultatives* : *JCP* N 2012, n° 20, 1229.

(430) Le législateur ne définit pas la donation alternative. Elle ne manque pourtant pas de base légale puisque le Code civil consacre un paragraphe aux obligations alternatives (C. civ., art. 1307 à 1307-5) et que la doctrine admet classiquement que cette modalité de l'obligation trouve à s'appliquer à la donation.

le seul bien restant, voire les deux, auquel cas le donataire, simple créancier d'une obligation de *dare* ne peut réclamer que des dommages et intérêts (431).

Cette technique de donation a pour finalité de permettre, si le choix de l'objet a été laissé au donateur, de repousser jusqu'à la survenance du terme convenu le choix du bien qui sera finalement donné. Ainsi, par exemple, on peut imaginer qu'un donateur donne à la fois une maison et un appartement, pour finalement opter pour le second, dans lequel il s'est installé, après avoir vendu la première, qui n'était plus adaptée à ses besoins.

1329 **– Donation à terme « facultative ». –** La donation facultative consiste en une donation à terme d'un bien, avec réserve de la possibilité pour le donateur d'y substituer un autre bien déterminé dans l'acte de donation (432). Le choix de la chose donnée ne peut ici appartenir qu'au donateur. À la différence de la donation alternative, la donation facultative n'a qu'un objet unique, celui que le donateur doit en principe fournir, l'autre bien ne constituant qu'une facilité de paiement. Dès lors, on devrait logiquement considérer que le transfert de la propriété s'opère immédiatement, au jour de la donation, mais la doctrine majoritaire considère, au rebours, s'agissant d'une donation à terme, que ce transfert n'intervient qu'au jour de l'exercice de l'option. En tout état de cause, et pour évacuer d'éventuelles palabres à ce sujet, il est conseillé de se prononcer clairement, dans l'acte de donation, sur la question de la date du transfert de propriété en stipulant, sauf cas particulier, un report du transfert à la date de l'option, et d'écarter ainsi expressément la rétroactivité, source inévitable d'incertitude et de conflits (433).

Dans l'optique d'une éventuelle dépendance, on peut imaginer, par exemple, que le donateur utilise cette technique pour donner le bien qui constitue son domicile, en se réservant la possibilité de donner à la place une somme d'argent ou des œuvres d'art, d'un montant identique. Ainsi il aura anticipé la transmission de son bien principal, sans pour autant perdre la maîtrise de ce dernier, de telle manière que si le bien devient inadapté à ses besoins, il pourra le vendre – sauf aux parties à avoir inséré une clause d'inaliénabilité dans l'acte – ou le louer, pour privilégier au final l'exécution de la donation par un autre biais.

1330 **– Utilité pratique des donations à terme. –** On peut légitimement s'interroger sur l'utilité pratique d'une donation dont l'exécution serait différée dans le temps, que l'arrivée du terme ouvre ou non d'ailleurs une option au disposant (434). Si le donateur est indécis quant à l'objet à transmettre, pourquoi alors ne pas attendre pour envisager la donation et remettre ainsi l'opération à une date ultérieure, lorsqu'il aura mûri sa décision ? Il faut bien reconnaître que l'optimisation fiscale constitue souvent le mobile déterminant des donations à terme, et notamment des donations alternatives et facultatives (435). Notamment dans l'optique d'une perte d'autonomie, le donateur cherche à prendre date fiscalement en anticipant la donation d'une partie de son patrimoine, tout en conservant la maîtrise des biens transmis pendant un délai prédéterminé, et en s'assurant une liberté de choix quant à l'objet à transmettre. L'intérêt, aujourd'hui plus restreint, est à rechercher dans la règle de non-rappel des donations de plus de quinze ans (CGI, art. 784). Il est aussi, en ces temps d'extrême instabilité législative, un moyen de prendre date pour qui craint une aggravation de la fiscalité. Il convient cependant de prendre

(431) V. X. Bouché et X. Guédé, art. préc., n° 25.
(432) Contrairement à l'obligation alternative, l'obligation facultative n'est pas évoquée par le Code civil. Elle est une construction doctrinale et jurisprudentielle.
(433) V. X. Bouché et X. Guédé, art. préc., n° 28.
(434) V. X. Bouché et X. Guédé, art. préc., n° 24.
(435) Sur la fiscalité de ces donations, V. F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarités, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2270 et s. (donations alternatives) et nos 2273 et s. (donations facultatives).

garde que la stipulation du terme ne soit pas exclusivement inspirée par la fiscalité, car alors la donation encourrait la critique sur le fondement de l'abus de droit (436). Une telle sanction doit logiquement être évitée dès lors que le donateur poursuit, en sus peut-être d'un intérêt fiscal, un intérêt personnel et/ou familial avéré.

– Conclusion sur l'anticipation par la transmission. – Le financement de sa dépendance est un axe majeur de la protection du majeur vulnérable. Pour celui qui dispose d'un patrimoine, et ils sont nombreux chez les seniors, encore faut-il trouver les outils qui permettent sa mobilisation pour faire face au coût de la vulnérabilité. Dans cette optique, les actes à titre gratuit demeurent relativement peu pratiqués. Il est vrai que leur portée est souvent restreinte en ce qu'ils concourent généralement à préserver le cadre de vie du disposant, mais pas nécessairement à lui procurer les ressources qui lui permettront d'entretenir le bien donné et de faire face aux dépenses liées à sa dépendance. Et puis, ils supposent pour le donateur la présence, au sein de son entourage, d'un donataire de confiance, ce qui réduit sensiblement les champs d'investigation. Quant aux actes à titre onéreux, et à l'exception de l'assurance-vie classique, ils sont mal connus, généralement complexes et/ou peu attractifs. L'assurance dépendance, la vente en viager ou encore le prêt viager hypothécaire doivent évoluer si l'on souhaite qu'ils se développent et constituent une réponse efficiente à cet enjeu majeur, aujourd'hui et dans les années à venir, que constitue pour nos sociétés industrialisées le financement de la dépendance. Les acteurs de ces différents produits doivent faire preuve d'imagination et d'une motivation non feinte pour trouver des solutions innovantes ou, à tout le moins, pour rendre attrayants les produits déjà sur le marché. Pour ce faire, il s'agit de concilier les intérêts en présence et de trouver un équilibre, d'une part, entre la logique économique et commerciale qui anime les assureurs et les établissements financiers et, d'autre part, la perspective sociale qui constitue la cause efficiente de ces produits, destinés à assurer une protection à la personne vulnérable. En sus, bien évidemment, les pouvoirs publics, dont le poids est déjà prépondérant dans le financement de l'autonomie, doivent non seulement continuer à assumer cette charge au nom d'un impératif républicain mais, plus encore, ils doivent redoubler d'efforts dans la perspective du vieillissement de la population française. Les inquiétudes sont cependant légitimes : si les idées ne manquent pas pour faire face à ce phénomène démographique, attendu et appréhendé – on songe notamment à la création possible du cinquième risque –, les caisses demeurent désespérément vides, ce qui laisse dubitatif sur le financement des mesures qui pourraient être consacrées. **1331**

Les notaires ont également un rôle non négligeable à jouer en la matière, même s'il s'agit parfois, en ce qui concerne les produits financiers, simplement d'orienter le client prévoyant vers d'autres professionnels. Toujours proche des familles, il appartient au notaire d'informer ses clients sur l'existence de ces différents outils et sur la nécessité d'anticiper car, au fur à mesure de l'avancée en âge, les solutions vont avoir tendance à disparaître les unes après les autres, rendant le financement de la dépendance au fil du temps de plus en plus délicat. Ici encore, le prêt-à-porter est à bannir au profit du sur-mesure. Les conseils prodigués au client désireux d'anticiper sa vulnérabilité par la transmission doivent être adaptés en fonction de la composition et de l'étendue de son patrimoine, de la nature et du montant de ses ressources, de ses besoins, de ses aspirations à se maintenir ou non à son domicile, et enfin du contexte familial.

(436) V., en ce sens, M. Grimaldi, *Les donations à terme*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à P. Catala*, LexisNexis, 2001, p. 423, qui exprime cette crainte en évoquant « ce qu'il peut y avoir de trouble dans ces donations à terme : un obsessionnel souci d'économie d'impôt en est parfois le ressort plus qu'une générosité mûrie et épanouie ; la jubilation fiscale y pollue, quand elle ne l'éclipse, l'intention libérale ».

DEUXIÈME PARTIE

Le traitement de la vulnérabilité

TITRE I

Le traitement de la vulnérabilité des mineurs

Le mineur est par nature un être vulnérable qui doit être protégé dès sa naissance. Cette mission protectrice incombe prioritairement aux parents et subsidiairement à l'État. La vulnérabilité ordinaire du mineur est prise en charge par les parents qui sont investis d'un devoir d'éducation et de protection à son égard. Nous étudierons le traitement de cette vulnérabilité ordinaire dans un premier sous-titre (**Sous-titre I**). Mais lorsque les parents ne remplissent plus cette mission par suite de décès, incapacité ou défaillance, le mineur peut se trouver dans une situation de vulnérabilité aggravée et nous verrons de quelle manière la loi organise alors sa protection (**Sous-titre II**). **1332**

SOUS-TITRE I

La vulnérabilité ordinaire du mineur

La protection des mineurs est assurée par les parents, titulaires de l'autorité parentale, définie à l'article 371-1 du Code civil comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant (437). Elle impose de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. L'administration légale qui y est attachée pour la gestion des biens impose également une gestion prudente et avisée. **1333**

Le format du présent rapport ne permet pas de traiter de manière exhaustive le régime de l'autorité parentale et de l'administration légale. Nous concentrerons donc nos développements sur les particularités qu'implique la présence d'un mineur dans la pratique notariale (**Chapitre II**). Par ailleurs, le régime de l'administration légale qui a été maintes fois réformé au cours des dernières décennies a perdu de sa cohérence et de sa lisibilité. C'est pourquoi une mise en perspective historique préalable permet d'en saisir la trajectoire (**Chapitre I**).

CHAPITRE I L'évolution législative de l'autorité parentale et l'administration légale

– Une instabilité législative. – De 1804 à 1964, il n'y a eu quasiment aucune modification du régime de protection des mineurs mis en place par les rédacteurs du Code civil. Après quelques retouches (438) vint le temps des réformes (439). La loi du 14 décembre 1964 constitue la première des grandes réformes contemporaines du droit de la famille (la pre- **1334**

(437) A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 9e éd. 2017, nos 559 et s, p. 231 et s.
(438) L. 2 juill. 1907, relative à la tutelle exercée sur les enfants naturels. – L. 6 avr. 1910, précisant les pouvoirs de l'administrateur légal.
(439) B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, 20e éd. 2018, no 655, p. 394.

mière loi Carbonnier). Cette loi avait pour ambition de rénover le dispositif de protection des mineurs en l'adaptant à la société et à ses nouvelles mœurs.

Cette réforme a ouvert la voie à bien d'autres qui ont suivi. Depuis, nous comptons jusqu'à ce jour, sauf erreur ou omission, vingt-neuf lois ou ordonnances qui ont réformé ou modifié le régime de la minorité, de l'autorité parentale, de l'administration légale ou de la tutelle :

- loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 « Tutelle et émancipation » ;
- loi n° 70-459 du 4 juin 1970 « Autorité parentale » ;
- loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 « Sur la filiation » ;
- loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 « Fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité » ;
- loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 « Égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs » ;
- loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 « Exercice de l'autorité parentale » ;
- loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 « Protection de l'enfance » ;
- loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 « État civil, famille et droits de l'enfant, juge aux affaires familiales » ;
- loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 « Adoption » ;
- loi n° 96-1238 du 30 décembre 1996 « Maintien des liens entre frères et sœurs » ;
- loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « Autorité parentale » ;
- loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 « Accueil et protection de l'enfance » ;
- ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 « Réforme de la filiation » ;
- loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 « Protection de l'enfance » ;
- loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « Prévention de la délinquance » ;
- loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 « Réforme de la protection juridique des majeurs » ;
- loi n° 2008-776 du 4 août 2008 « Modernisation de l'économie » ;
- loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 « Modification de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant "Réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation" » ;
- loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 « Simplification et clarification du droit et allègement des procédures » ;
- loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ;
- loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 « Violences faites spécifiquement aux femmes, violences au sein des couples et incidences de ces dernières sur les enfants » ;
- loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 « Simplification et amélioration de la qualité du droit » ;
- loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 « Ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » ;
- loi n° 2014-873 du 4 août 2014 « Égalité réelle entre les femmes et les hommes » ;
- ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 « Simplification et modernisation du droit de la famille » ;
- loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 « Protection de l'enfant » ;
- loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « Modernisation de la justice du XXIe siècle » ;
- loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 « Égalité et citoyenneté » ;
- loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 « Programmation 2018-2022 et de réforme de la justice ».

1335 – La passion de la réforme. – Que signifient cette frénésie législative, cette passion de la réforme et de ces retouches permanentes ?

Sur la forme, cette pratique législative, prolixe et instable, révèle un manque de cap et de méthode. Les lois sont constamment remises en chantier (440). Certaines semblent édictées

(440) J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2e éd. 2010, n° 78, p. 68.

à l'essai, pour voir quels effets elles peuvent produire. Pour d'autres, l'œuvre législative est scindée en deux étapes, la première pour poser le principe et la seconde, quelques années plus tard, pour en tirer toutes les conséquences. L'évolution législative se réalise à tâtons et la qualité rédactionnelle de la loi se ressent de ces réécritures permanentes et ponctuelles. La loi oscille entre une surabondance de textes méticuleux (441) et des incantations sans portée normative.

Sur le fond, le législateur a adapté le droit à l'évolution de la société et de ses mœurs. Sur ce point, en quarante ans, le droit de la famille a connu bien plus qu'une réforme, une révolution. Derrière l'apparence d'un désordre législatif se dessine en réalité une trajectoire très nette vers l'individualisme, l'égalitarisme et le libéralisme. Le droit de la famille et singulièrement de la protection des mineurs a plié sous l'effet de deux forces, l'une interne provenant de la sociologie familiale et l'autre externe provenant des conventions internationales.

1336 **– La transformation de la structure familiale. –** La première force qui a travaillé le droit de la famille est sociologique et s'appuie sur la transformation de la structure familiale. La loi de 1964 (442), qui était une loi de modernisation et d'adaptation du droit, continuait à se fonder sur la famille légitime qui demeurait le modèle de référence. Or ce modèle n'existe plus. Les familles sont fractionnées et la cellule familiale est protéiforme. La diversité de la structure familiale se révèle par la coexistence des familles légitimes dites « classiques », des familles naturelles, séparées, recomposées, monoparentales, homoparentales...

Face à cette diversité de situations familiales, il est difficile de constituer un *corpus* juridique cohérent qui permette de toutes les traiter de manière satisfaisante. D'autant plus que certaines personnes présentent le paradoxe de cultiver leur différence tout en revendiquant la banalisation et l'égalité de droits. La loi doit être conçue en des termes généraux pour s'appliquer à tout un chacun. Elle doit également être concrète pour être efficace, car elle ne peut se limiter à des déclarations de principes et des incantations.

La première équation est donc posée : comment légiférer de manière efficace et pragmatique pour tout le monde en intégrant cette diversité ? Comment intégrer cette diversité sans discriminer ?

1337 **– Les conventions internationales. –** La seconde force qui a miné les fondements de notre droit de la famille et de la protection des mineurs puise sa vitalité dans les conventions internationales et spécialement dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 ratifiée par la France en 1973 et dans la Convention internationale des droits de l'enfant (ou Convention de New York) du 20 novembre 1989 ratifiée le 26 janvier 1990.

Sur le fondement de l'article 55 de notre Constitution, ces conventions conclues entre États sont entrées de manière insidieuse dans notre droit interne en le soumettant. Rédigées en des termes généraux, elles posent des principes et protègent des droits fondamentaux de l'homme et de l'enfant en engageant les États à les garantir. Les juridictions ont pu en déduire l'existence de droits individuels qui trouvent des déclinaisons très concrètes. L'application directe de ces conventions dans notre droit interne l'a modifié substantiellement.

Ainsi, par voie d'interprétation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de Strasbourg s'est arrogé le pouvoir de développer et d'innover en matière de droits individuels. Un corps de droit autonome s'est

(441) Par ex., la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation remplace soixante et un articles du Code civil par cent trente-neuf.

(442) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 10e éd. 2018, no 620, p. 304.

constitué de manière jurisprudentielle et empirique, notamment en droit de la famille et de l'enfance (443). Cette création jurisprudentielle pèche cependant par son manque de clarté, de cohérence et de lisibilité. Mais lorsqu'un État se trouve sanctionné pour violation de la Convention sur une question particulière, il est sommé de mettre son droit interne en conformité.

La Convention de New York concerne spécifiquement les droits de l'enfant. Elle n'est pas adossée à une juridiction supranationale chargée de veiller à son application et à l'unification de son interprétation. Chaque État l'applique selon ses règles internes. En France, la Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé l'application directe de cette convention ; sans la médiation de la loi, la convention demeurait sans effet direct et immédiat. Puis, reconnaissant la supériorité des traités internationaux dans la hiérarchie des normes, la cour a fini par accepter son application directe en droit interne (444).

L'application directe et concrète de ces traités internationaux en droit interne pose problème car ils sont souvent conclus en des termes généraux ; ils manient des concepts mal définis tels que l'intérêt supérieur de l'enfant et ils sont souvent le fruit de compromis entre des États de systèmes juridiques différents et de cultures différentes. Ces conventions internationales ont dénaturé notre droit car elles sont axées sur la défense des droits subjectifs de la personne. La promotion des droits de l'homme et de l'enfant a exacerbé l'individualisme. Cet élément a contribué à déstructurer la famille en opposant les intérêts de l'individu aux intérêts collectifs de la famille et en opposant, au sein de la famille, les droits individuels de chacun de ses membres. Ces dernières décennies, beaucoup de lois ont été présentées comme de simples mesures techniques de mise en conformité de notre droit avec ces normes supérieures alors qu'en réalité, elles opéraient des réformes en profondeur affectant la nature et les principes directeurs de notre droit.

Or, pour reprendre l'analyse du doyen Carbonnier, ces droits venus d'ailleurs sont en réalité des droits venus de nulle part (445). Ils ne sont que des concepts, des abstractions, des droits sans histoire, sans territoire, sans culture. Ils n'ont aucune adhérence dans la société. Ces conventions conclues en réaction aux totalitarismes du XX^e^ siècle pour garantir des droits humains fondamentaux ont été détournées de cette mission universelle. Elles sont devenues le terreau des revendications de droits individuels opposés aux intérêts collectifs représentés par la République et la famille. Le doyen Carbonnier avait déjà signalé en 1996 que « la Cour de Strasbourg est sortie de son lit » et que « l'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer » (446). Aujourd'hui, certains auteurs ont pu qualifier, non sans paradoxe, la Cour européenne des droits de l'homme de « juridiction tyrannique » (447).

Ces alluvions de droit international ont, par certains aspects, enrichi notre droit et permis de déverrouiller certains blocages de notre société. Sur bien d'autres sujets, ils l'ont abâtardi en le dénaturant, en lui faisant perdre son identité et sa cohérence.

1338 – De l'ordre public au libéralisme. – Le régime de protection des mineurs issu de la loi de 1964 qui se fondait sur la structure familiale légitime se concevait globalement et avait sa cohérence. Le droit de la famille et de la protection des vulnérables se caractérisait par l'ordre public. La loi de 1964 a créé le juge des tutelles. Par le contrôle de ce nouveau juge,

(443) A. Gouttenoire et F. Marchadier, *La famille dans la jurisprudence de la CEDH (novembre 2017-avril 2018)* : *Dr. famille* juill. 2018, n^os^ 7-8, chron. 2.
(444) Cass. 1^re^ civ., 18 mai 2005, n^o^ 02-16.336. – Cass. 1^re^ civ., 14 juin 2005, n^o^ 04-16.942.
(445) J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Flammarion, 1996, p. 48.
(446) J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, préc., p. 56.
(447) Colloque « La CEDH et le droit de la famille », IODE – Institut de l'Ouest : Droit et Europe, à la Faculté de droit et de sciences politiques de Rennes, 16 mai 2019.

l'État était entré dans les familles. Il avait pénétré ce sanctuaire privé pour imposer son ordre et sa protection aux mineurs.

Puis le paradigme a changé. L'ordre public a reculé. Le cadre protecteur mais rigide de la société et de la famille a éclaté pour laisser la place à la promotion des droits individuels. Ainsi pour adapter le droit à l'évolution de la société, spécialement à l'éclatement des familles recomposées en différentes cellules et pour se conformer aux injonctions des traités internationaux, le législateur a œuvré à tâtons, modifiant successivement et ponctuellement le régime de protection des mineurs. Il a peiné à trouver l'équilibre entre les principes classiques, d'ordre public, guidant la matière et les principes de liberté et d'égalité qui dominent aujourd'hui le droit des personnes et de la famille.

Par exemple l'ordonnance du 15 octobre 2015 dite de « simplification et de modernisation du droit de la famille » (448), se fondant sur le principe d'égalité des familles a supprimé la distinction entre l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire jugée discriminatoire pour les familles monoparentales, pour ne retenir qu'un régime unique d'administration légale. Pour corriger une différence considérée comme une inégalité entre les parents selon la structure familiale, le législateur a supprimé toute différence de régime, créant de manière incidente une inégalité de protection entre les enfants.

La même ordonnance, se fondant sur le principe de liberté, a allégé considérablement le contrôle judiciaire sur la gestion des biens des mineurs. Le législateur a pris le parti, très louable, de faire confiance aux familles (449). Il n'en demeure pas moins que la liberté sans contrôle peut aboutir à des abus.

Sous l'apparence de modifications techniques et de simplification du droit pour épouser les mœurs du temps, le législateur a modifié substantiellement le régime de protection des mineurs qui se caractérise aujourd'hui par le libéralisme. Les juristes nomment ce mouvement législatif la déjudiciarisation ou la contractualisation du droit de la famille.

Nous observons qu'en France, la protection des enfants est, en principe, assurée par la famille et par l'État. Les familles sont aujourd'hui fractionnées, voire mises en pièces et les enfants en sont souvent les premières victimes. Parallèlement l'État se retire. Il renonce à ses missions pour les transférer aux familles ; l'intervention de l'État ne serait plus limitée qu'aux cas les plus graves de défaillance familiale. Les deux acteurs et garants de la protection des mineurs sont donc fragilisés ou en retrait. L'avenir nous dira si ce choix législatif de libéralisation du droit a été pertinent et un bilan pourra être dressé.

Dans l'attente de la prochaine réforme ou retouche législative, nous présentons le régime juridique applicable à ce jour aux mineurs dans la pratique notariale. **1339**

CHAPITRE II L'administration légale et la pratique notariale

– L'ordonnance nº 2015-1288 du 15 octobre 2015. – Le droit positif de l'administration légale résulte de l'ordonnance nº 2015-1288 du 15 octobre 2015 (450) complétée par la loi nº 2019-222 du 23 mars 2019. Les nouvelles dispositions relatives aux mineurs sont entrées en vigueur le 1er janvier 2016 et s'appliquent aux administrations légales en cours. **1340**

(448) S. Le Chuiton, *Le point sur la réforme de la gestion des biens des mineurs et majeurs protégés par l'ordonnance du 15 octobre 2015* : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv.-févr.-mars 2016, p. 52.

(449) N. Peterka, *Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs* : *JCP* G 26 oct. 2015, nº 44, p. 1971.

(450) A. Batteur, *Présentation critique de la réforme de l'administration légale* : *D.* 2015, p. 2330.

Cette ordonnance, qui a réécrit le droit de l'administration légale, a été diversement appréciée par la doctrine (451).

Constitution d'un corps de règles autonomes. L'ordonnance a opéré une refonte des dispositions applicables aux mineurs. Le chapitre II du titre IX du livre Ier du Code civil intitulé « De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant » regroupe désormais l'ensemble des dispositions régissant les mineurs relativement à leurs biens. La volonté de créer un régime autonome se traduit par la suppression du renvoi aux règles de la tutelle.

Constitution d'un régime d'administration légale unique. L'ordonnance a voulu instaurer une égalité de traitement des administrateurs légaux quelle que soit la structure familiale (452). Elle a ainsi supprimé la distinction issue de la loi de 1964 entre l'administration légale pure et simple exercée conjointement par les deux parents et l'administration légale sous contrôle judiciaire exercée par un seul parent.

Libéralisation du régime de l'administration légale. En présumant que les représentants légaux agissent dans le sens d'une bonne gestion des biens du mineur, l'ordonnance a simplifié le régime d'administration. Désormais le contrôle du juge est réservé à des situations considérées comme étant les plus à risque. Une plus grande liberté est laissée aux parents pour administrer, sous leur responsabilité, les biens de leur enfant.

1341 Avant d'étudier les applications concrètes à la pratique notariale des nouvelles règles de l'administration légale (**Section II**), l'exposé de ses principes généraux s'impose (**Section I**).

Section I Les principes généraux de l'administration légale

Sous-section I Le fonctionnement de l'administration légale

1342 Pour l'application du régime de l'administration légale, la distinction entre l'administration pure et simple et l'administration sous contrôle judiciaire doit être oubliée. Dorénavant, pour déterminer les pouvoirs des administrateurs, il convient uniquement de se référer à la nature des actes à accomplir.

§ I Les pouvoirs de l'administrateur légal

1343 L'administration légale appartient aux parents mais son exercice varie selon la configuration familiale (453). Si l'autorité parentale est exercée par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal (454). Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale.

1344 – L'administration légale exercée par les deux parents conjointement. – L'article 382-1, alinéa 1 du Code civil dispose que : « Lorsque l'administration légale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur ».

(451) J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015* : *JCP* N 11 déc. 2015, no 50, p. 41.
(452) I. Maria et G. Raoul-Cormeil, *La nouvelle administration légale : 1+1=1* : *Dr. famille* janv. 2016.
(453) J. Combret et A. Houis, *Focus sur la représentation du mineur non émancipé* : *JCP* N 14 déc. 2018, no 50, p. 40.
(454) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 10e éd. 2018, no 621, p. 305.

Un administrateur peut réaliser seul un acte d'administration pour le compte du mineur. *A contrario*, les actes de disposition ne nécessitant pas l'autorisation préalable du juge doivent être accomplis conjointement par les deux parents. La distinction entre les actes d'administration et de disposition retrouve ici un intérêt pratique pour déterminer si un parent peut agir seul ou si les deux parents doivent agir conjointement. Le deuxième alinéa de l'article 382-1 renvoie à l'article 496 du code pour la définition et l'énumération des actes d'administration et de disposition. Nous reviendrons au **§ II** suivant sur ces critères de distinction.

1345 **– L'administration légale exercée par un seul parent. –** L'article 382 du Code civil prévoit que lorsque l'autorité parentale n'est exercée que par un seul des parents, il est administrateur légal à part entière. Il exerce pleinement les prérogatives de l'administration légale et non plus sous le contrôle du juge comme antérieurement à l'ordonnance de 2015. Cette reconnaissance de la qualité d'administrateur au parent exerçant seul l'autorité parentale constitue la principale innovation de cette ordonnance. Dans le régime antérieur, la loi imposait à l'administrateur légal sous contrôle judiciaire la saisine du juge pour réaliser tout acte de disposition. Désormais, à l'exception des actes qui doivent être autorisés préalablement, cet administrateur légal unique peut réaliser seul les actes libres, qu'il s'agisse des actes d'administration ou de disposition.

§ II La classification des actes

1346 Dans le régime antérieur, la distinction entre les actes d'administration et de disposition constituait la clé de répartition des pouvoirs. Si elle n'a pas perdu tout son intérêt, elle doit être relativisée car le législateur distingue dorénavant les actes libres (**A**), les actes autorisés (**B**) et les actes interdits (**C**).

A/ Les actes libres

1347 **– Les actes libres. –** Dans le régime de l'administration légale issu de l'ordonnance de 2015, la liberté demeure le principe (455). Les actes libres n'y ont pas été définis. Ils constituent par défaut, ceux qui ne sont ni interdits ni soumis à autorisation préalable du juge. Les actes libres sont donc les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition qui ne sont pas visés aux articles 387-1 et 387-2 du Code civil.

1348 **– Les actes d'administration. –** L'article 1er du décret no 2008-1484 du 22 décembre 2008 dispose que « constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal ». Le législateur énumère en annexe une liste d'actes d'administration (456).

L'annexe 1 au décret établit, dans la colonne 1, une liste d'actes considérés comme actes d'administration. Nous y trouvons par exemple les conventions de jouissance précaire, la conclusion ou le renouvellement d'un bail de neuf ans au plus en tant que bailleur ou preneur, l'ouverture d'un premier compte ou livret, l'emploi et le remploi de sommes qui ne sont ni des capitaux ni des excédents de revenus, la perception de revenus, la réception de capitaux, la résiliation d'un contrat de gestion de valeurs mobilières, l'inventaire, l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net...

(455) N. Baillon-Wirtz, *Le renouveau et les limites de la gestion du patrimoine des mineurs : Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, no 3, p. 11.

(456) Le décret no 2008-1484 du 22 décembre 2008 contenant ses deux annexes complètes figure sous l'article 496 du *Code civil Dalloz*, 118e éd. 2019, p. 692.

L'annexe 2 au même décret établit, dans la colonne 1, une liste d'actes regardés comme des actes d'administration selon les circonstances. Y figurent notamment le paiement des dettes, y compris par prélèvement sur le capital, les actes de gestion d'un portefeuille d'instruments financiers, y compris les cessions de titres à condition qu'elles soient suivies de leur remplacement, l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales, la vente de droits ou des titres formant rompus, la conversion d'obligations convertibles en actions admises à la négociation sur un marché réglementé, la conclusion et la rupture d'un contrat de travail, l'acceptation de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie sans charge...

Les actes d'administration constituent toujours des actes libres. Ils sont exercés sans contrôle préalable par l'administrateur légal unique ou par l'un quelconque des administrateurs lorsque l'administration est exercée conjointement par les deux parents.

1349 – Les actes de disposition. – L'article 2 du décret précité du 22 décembre 2008 dispose que « constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ».

L'annexe 1 au décret établit, dans la colonne 2, une liste d'actes considérés comme actes de disposition. Nous y trouvons par exemple la vente, l'apport ou l'échange d'un immeuble, tout acte grave, notamment la conclusion et le renouvellement du bail, relatif aux baux ruraux, commerciaux, industriels, artisanaux, professionnels et mixtes, la constitution de droits réels principaux (usufruit, usage, servitude...) et de droits réels accessoires (hypothèques...) et autres sûretés réelles, l'emploi et le remploi de capitaux et des excédents de revenus, la conclusion d'un contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers, le partage amiable, l'acceptation pure et simple d'une succession...

L'annexe 2 au même décret établit, dans la colonne 2, une liste d'actes regardés comme des actes de disposition selon les circonstances. Y figurent notamment le prélèvement sur le capital à l'exclusion du paiement des dettes, l'emprunt de somme d'argent, la cession de portefeuille d'instruments financiers en pleine propriété ou en nue-propriété, l'acquisition et la cession d'instruments financiers non inclus dans un portefeuille, le nantissement et la mainlevée du nantissement d'instruments financiers, tout apport en société non visé à l'annexe 1, l'acceptation de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie avec charges, le versement de nouvelles primes sur un contrat d'assurance-vie...

À l'exception des actes limitativement énumérés à l'article 387-1 du Code civil qui doivent être préalablement autorisés par le juge, les actes de disposition constituent des actes libres (457). Ils sont exercés sans contrôle judiciaire préalable (458). Lorsque l'administration légale est exercée par un administrateur unique, ce dernier réalise seul ces actes de disposition. Lorsqu'elle est exercée conjointement par les deux parents, ces deux administrateurs doivent consentir ensemble à l'acte. Un administrateur, dans l'administration conjointe, n'est pas habilité à régulariser seul un acte de disposition pour le compte du mineur.

1350 – L'intérêt de la distinction entre les actes d'administration et de disposition. – L'approximation des définitions des actes d'administration et de disposition qui résultent des articles 1 et 2 du décret précité contraste avec la méticulosité des énumérations figurant

(457) N. Baillon-Wirtz, *La substance de la nouvelle administration légale* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3, p. 7.

(458) I. Maria et G. Raoul-Cormeil, *La nouvelle administration légale : 1+1=1 ?* : *Dr. famille* janv. 2016, p. 1.

aux annexes et le législateur n'évite pas le double écueil de cette méthode. D'un côté, il crée des notions imprécises et sujettes à des interprétations très subjectives, telles que le « risque anormal ». D'un autre côté, il se perd dans un luxe de détails souvent sans intérêt et oublie l'essentiel. Ce type de liste à la Prévert ne peut évidemment envisager toutes les opérations patrimoniales, mais on est saisi par le décalage de traitement entre, par exemple, la minutie des textes sur des opérations portant sur des instruments financiers et l'absence de disposition pour les autres sociétés, spécialement la société civile.

Qu'ils soient qualifiés d'administration ou de disposition, ces actes peuvent être exercés librement par l'administrateur légal, sans autorisation préalable du juge. Cette distinction pourrait donc sembler sans intérêt. Elle est cependant importante lorsque l'administration légale est exercée conjointement par les deux parents. Dans ce cas, n'importe lequel des administrateurs peut exercer seul tout acte d'administration. Cependant, la réalisation d'actes de disposition nécessite l'accord des deux administrateurs. Cette distinction retrouve donc un intérêt car elle constitue la clé de répartition des prérogatives entre les administrateurs conjoints. Le décret du 22 décembre 2008 recèle des approximations, des lacunes, voire les incohérences qui peuvent être source d'insécurité juridique. Le juriste doit donc qualifier l'acte pour déterminer le régime applicable. En cas de doute sur l'interprétation du texte, la prudence imposerait de recueillir l'accord des deux administrateurs pour régulariser un acte pour le compte d'un mineur. La situation se complique en cas de conflit entre les parents, et le juge devra alors être saisi.

1351 **– L'extension de la catégorie des actes libres. –** Le libéralisme déjà évoqué à propos de l'ordonnance de 2015 se manifeste notamment par l'extension de la catégorie des actes libres. Certains actes de disposition sont devenus libres, alors qu'antérieurement ils étaient soumis à une autorisation préalable (459).

Il en est ainsi du partage. Allant dans le sens d'un allègement du contrôle, la signature de l'acte de partage n'est plus subordonnée à l'autorisation du juge des tutelles (460). En effet, l'article 387-1 du Code civil n'a pas repris l'obligation de l'article 389-5 de saisir le juge des tutelles pour être autorisé à procéder à un partage, ni l'approbation de l'état liquidatif. Par conséquent, l'article 387-1 devant être interprété strictement, l'acte de partage pourra être signé par le ou les administrateurs légaux, sans autorisation judiciaire, et l'état liquidatif n'aura plus à être soumis au juge pour approbation. Pour un acte aussi important que le partage dans la constitution du patrimoine du mineur, cette déjudiciarisation ne nous semble pas opportune. Il est loin le temps où l'administrateur devait être préalablement autorisé à signer l'acte de partage qui devait ensuite être homologué par le tribunal de grande instance. Sans regretter un formalisme trop lourd, nous déplorons sa suppression totale car elle n'est pas de nature à garantir les droits du mineur.

La question de la simplification du formalisme du partage se pose également à la donation-partage et particulièrement à l'incorporation de biens donnés antérieurement. Peut-on incorporer, pour le compte d'un mineur, à la masse à partager un bien donné à ce dernier ? Dans les développements figurant en première partie, relatifs aux libéralités consenties à un mineur, nous avons considéré que cette incorporation peut se réaliser sans l'autorisation préalable du juge, mais la question peut se discuter. Nous pouvons compliquer la proposition. Peut-on incorporer une donation antérieure, sans donner de nouveau bien, en répartissant entre un nombre d'enfants supérieur, de telle sorte que l'incorporant reçoive moins

(459) J. Combret et A. Houis, *Focus sur la représentation du mineur non émancipé* : *JCP* N 14 déc. 2018, n° 50, p. 40.
(460) *Modernisation et simplification du droit régissant la minorité* : *Cah. Cridon Lyon* XXX, p. 9.

que ce qu'il a reçu, tout ceci sans l'autorisation du juge ? Nous n'irons pas aussi loin dans l'allègement du formalisme et de la suppression du contrôle judiciaire. On peut s'interroger sur l'intérêt de l'incorporant à réaliser une telle opération qui pourrait alors s'analyser en une renonciation de droits qui doit obligatoirement être autorisée par le juge sur le fondement de l'article 387-1, 4° du Code civil.

Il en est également ainsi des libéralités avec charges. Comme nous l'avons vu en première partie, une libéralité avec charges peut être acceptée par l'administrateur unique ou les deux administrateurs conjointement. Avant l'ordonnance de 2015, l'acceptation d'une telle libéralité devait être autorisée préalablement par le juge.

B/ Les actes soumis à autorisation judiciaire

1352 – Une liste exhaustive. – L'article 387-1 du Code civil énumère les actes de disposition pour lesquels le ou les administrateurs doivent obtenir préalablement l'autorisation du juge des tutelles (461).

Ainsi l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge :

1. vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ;
2. apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ;
3. contracter un emprunt au nom du mineur ;
4. renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom ;
5. accepter purement et simplement une succession revenant au mineur ;
6. acheter les biens du mineur, les prendre à bail ; pour la conclusion de l'acte, l'administrateur légal est réputé être en opposition d'intérêts avec le mineur ;
7. constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ;
8. procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur.

Cette liste est limitative et doit s'interpréter strictement (462). Il existe cependant d'autres textes spéciaux.

1353 – L'extension des actes soumis à autorisation qui étaient antérieurement interdits. – Le libéralisme de l'ordonnance de 2015 se manifeste également dans l'extension de la liste des actes autorisés alors qu'ils étaient antérieurement interdits. Il en est ainsi de l'achat d'un bien ou de la conclusion d'un bail sur un bien du mineur au profit de son administrateur. Il en est également ainsi de la constitution d'une sûreté au nom du mineur pour garantir les dettes d'un tiers. Par ailleurs, la transaction et le compromis qui étaient avant l'ordonnance de 2015 interdits, sont désormais possibles avec l'accord du juge des tutelles.

On ne perçoit pas en quoi les deux premières modifications sont susceptibles d'améliorer ou de fluidifier la gestion des biens du mineur. Au mieux, ces opérations lui font courir un risque inutile. Au contraire, la transaction et le compromis sont de nature à résoudre des litiges de manière moins dommageable qu'un procès et cette modification doit être saluée.

(461) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 10e éd. 2018, n° 621, p. 308.

(462) B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, 20e éd. 2018, p. 407.

– L'inclusion des actes soumis à autorisation qui étaient antérieurement libres. **1354**
– Paradoxalement à l'esprit libéral de l'ordonnance de 2015, certains actes qui étaient antérieurement libres deviennent soumis à autorisation judiciaire pour les administrateurs légaux conjoints. Ainsi l'acceptation pure et simple d'une succession, d'un legs universel ou à titre universel ou la réalisation d'un acte de disposition portant sur des valeurs mobilières ou des instruments financiers nécessitent, dans le nouveau régime d'administration légale, l'autorisation préalable du juge. Dans l'ancien régime d'administration légale pure et simple, les parents pouvaient réaliser ces opérations sans l'autorisation du juge.

Cet accroissement du formalisme pour les administrateurs légaux conjoints s'explique par l'unification du régime de l'administration, qu'elle soit bicéphale ou unicéphale. Cette harmonisation du régime s'est accompagnée d'une libéralisation des actes soumis à autorisation. Cependant, certains actes qui étaient libres dans l'administration légale pure et simple sont désormais soumis à autorisation car il a sans doute été jugé dangereux de laisser l'administrateur unique décider seul et sans contrôle de ces opérations. L'harmonisation a eu lieu sur ce point par un nivellement par le bas au détriment des administrateurs conjoints.

C/ Les actes interdits

– La suppression du renvoi aux règles de la tutelle. – L'ordonnance du 15 octobre 2015 **1355**
a abrogé le renvoi créé à l'article 389-7 du Code civil, qui prévoyait que les règles de la tutelle étaient, pour le surplus, applicables à l'administration légale (463). Par conséquent, l'article 509 du même code qui prévoit que certains actes sont interdits au tuteur, même avec l'accord du juge, s'appliquait antérieurement aux mineurs. Ce renvoi est supprimé et cet article n'est plus applicable à l'administration légale.

– La liste des actes interdits. – La liste des actes interdits résulte désormais de **1356**
l'article 387-2 du Code civil qui dispose que l'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation :
1. aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur ;
2. acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur ;
3. exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ;
4. transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur.

Cette liste n'est pas exhaustive, car certains textes spéciaux la complètent. Par exemple, l'article 930-1 du Code civil interdit au mineur de renoncer par anticipation à l'action en réduction.

En tout état de cause, le principe demeure la liberté. Les interdictions doivent être prévues par un texte spécial (464).

– La réduction de la liste des actes interdits. – Nous avons vu précédemment que **1357**
certains actes qui étaient antérieurement interdits sont devenus possibles sous réserve de l'autorisation du juge. Il s'agit de l'achat d'un bien ou de la conclusion d'un bail sur un bien du mineur au profit de son administrateur, de la constitution d'une sûreté au nom du mineur pour garantir les dettes d'un tiers, de la transaction et du compromis.

(463) A. Batteur, *Présentation critique de la réforme de l'administration légale* : *D.* 2015, p. 2330.
(464) N. Peterka, *Les actes interdits dans la gestion du patrimoine du mineur* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3, p. 25.

1358 Tableau de synthèse des pouvoirs de l'administrateur légal

ADMINISTRATION CONJOINTE	
Actes qu'aucun administrateur ne peut réaliser même avec une autorisation	Actes interdits, C. civ., art. 387-2 : • aliéner gratuitement les biens et droits du mineur ; • acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur ; • exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ; • transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens et droits du mineur. Renonciation anticipée à l'action en réduction – C. civ., art. 930-1.
Actes qu'un administrateur peut réaliser seul	Actes d'administration Définition et liste non exhaustive : D. 22 déc. 2008, ann. 1 et 2, col. 1.
Actes nécessitant l'accord des deux administrateurs	Actes de disposition non visés à l'article 387-1 du Code civil. Définition et liste non exhaustive : D. 22 déc. 2008, ann. 1 et 2, col. 2.
Cas où le juge des tutelles doit être saisi	1° Actes visés à l'article 387-1 du Code civil : • vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce ; • apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce ; • contracter un emprunt ; • renoncer à un droit, transiger ou compromettre ; • accepter purement et simplement une succession ; • acheter, par l'administrateur, les biens du mineur ou les prendre à bail ; • constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ; • procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers. 2° Actes ou liste d'actes soumis à autorisation sur décision du juge (C. civ., art. 387-3). 3° Opposition d'intérêts : nomination d'un administrateur *ad hoc* (C. civ., art. 383). 4° Désaccord entre les administrateurs.

ADMINISTRATION UNIQUE	
Actes que l'administrateur ne peut réaliser même avec une autorisation	Actes interdits – C. civ., art. 387-2 : • aliéner gratuitement les biens et droits du mineur ; • acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur ; • exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ; • transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens et droits du mineur. Renonciation anticipée à l'action en réduction C. civ., art. 930-1
Actes que l'administrateur peut réaliser seul	Actes d'administration et actes de disposition non visés à l'article 387-1 du Code civil.
Cas où le juge des tutelles doit être saisi	1° Actes visés à l'article 387-1 du Code civil : • vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce ; • apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce ; • contracter un emprunt ; • renoncer à un droit, transiger ou compromettre ; • accepter purement et simplement une succession ; • acheter, par l'administrateur, les biens du mineur ou les prendre à bail ; • constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ; • procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers. 2° Actes ou liste d'actes soumis à autorisation sur décision du juge (C. civ., art. 387-3). 3° Opposition d'intérêts : nomination d'un administrateur *ad hoc* (C. civ., art. 383).

Sous-section II Le contrôle de l'administration légale

Pour réguler le libéralisme du nouveau régime de l'administration légale, plusieurs mécanismes ont été prévus par la loi. **1359**

§ 1 Le conflit d'intérêts

– La nomination d'un administrateur *ad hoc* en cas de conflit d'intérêts. – Le premier alinéa de l'article 383 du Code civil dispose que : « Lorsque les intérêts de l'administrateur légal unique ou, selon le cas, des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, ces derniers demandent la nomination d'un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles. À défaut de diligence des administrateurs légaux, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office ». **1360**

Ce dispositif qui existait sous le droit antérieur a été complété par l'ordonnance de 2015 qui prévoit désormais que lorsque les intérêts de l'un des deux administrateurs légaux seulement

sont en opposition avec ceux du mineur, le juge des tutelles peut autoriser l'autre administrateur légal à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés (465). Antérieurement, la nomination d'un administrateur *ad hoc* s'imposait dans cette situation.

Ce texte d'équilibre et de bon sens pose deux questions pratiques.

1361 – La notion de conflit d'intérêts. – La notion de conflit d'intérêts n'est pas définie. Il s'agit d'une question de fait et, selon la Cour de cassation, les juges du fond déduisent souverainement des éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'administrateur légal et le mineur (466).

Certaines opérations entrent sans discussion dans cette catégorie, notamment lorsque le mineur et son administrateur sont parties au même contrat. Il en est ainsi lorsque l'administrateur acquiert les biens du mineur ou les prend à bail ou lorsqu'ils participent au même partage.

D'autres situations peuvent paraître plus incertaines, par exemple au sein d'une société civile familiale regroupant les parents et les enfants. Des intérêts distincts peuvent s'y opposer. L'intérêt social ne rejoint pas forcément l'intérêt personnel de chaque associé et au sein de la collectivité des associés, l'intérêt des minoritaires s'oppose parfois à celui des majoritaires. C'est pourquoi, en fonction des circonstances, la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter le mineur peut s'avérer opportune pour certaines délibérations et prises de décision lorsque l'assemblée générale réunit notamment un mineur et son administrateur.

1362 – La saisine du juge des tutelles. – Le juge est en principe saisi par l'administrateur légal aux fins de désignation d'un administrateur *ad hoc*. En cas de défaillance, le juge peut nommer un tel administrateur sur demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office. La question de l'effectivité de la loi se pose. Si l'administrateur ne saisit pas le juge, il est peu probable qu'il le soit par une autre personne. Sauf circonstances particulières pour des familles déjà suivies par les services judiciaires, comment le parquet ou le juge des tutelles peuvent-ils être informés d'un conflit d'intérêts ? Sauf conflit familial, comment le mineur pourrait-il saisir le juge ?

La désignation d'un administrateur *ad hoc* prévue en cas de conflit d'intérêts pose un problème pratique d'effectivité de la loi et donc de garantie des droits du mineur. La bonne application du texte dépend soit de l'administrateur, soit des tiers informés de l'opération réalisée pour le compte du mineur. S'il s'agit d'un acte notarié, le notaire saisira le juge des tutelles et veillera ainsi au respect des droits du mineur. Mais *quid* des autres acteurs, notamment des banques ?

§ II Le désaccord entre les administrateurs

1363 – L'intervention du juge dans l'administration légale conjointe. – L'article 387 du Code civil dispose qu'« en cas de désaccord entre les administrateurs légaux, le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte ». Cette situation de désaccord ne peut naturellement se produire qu'en cas d'administration légale conjointe (467). Le conflit peut porter sur la réalisation d'un acte d'administration ou de disposition. Les actes d'administration peuvent être réalisés par l'un seulement des administrateurs et le conflit surgit par l'opposition positive de l'autre. Les actes de disposition nécessitent l'accord des deux admi-

(465) B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, 20e éd. 2018, p. 401, no 669.
(466) Cass. 1re civ., 5 janv. 1999 : *Dr. amille* 1999, no 58, note Fossier ; *RTD civ.* 1999, 814, note Hauser.
(467) J. Combret et A. Houis, *Focus sur la représentation du mineur non émancipé* : *JCP* N 14 déc. 2018, no 50, p. 40.

nistrateurs et le désaccord se matérialise par l'opposition passive et l'abstention de l'un. Dans les deux cas, l'administrateur qui souhaite la réalisation de l'acte litigieux doit saisir le juge des tutelles afin qu'il l'autorise.

Ainsi dans l'administration légale conjointe, un contrôle mutuel des administrateurs s'opère et l'on peut considérer que cela constitue une garantie de bonne gestion des biens du mineur. Lorsque les administrateurs sont séparés, les enfants représentent souvent les enjeux des querelles des parents et, spécialement dans ces situations, il est sain qu'un magistrat tranche les débats dans l'intérêt du mineur.

1364 **– Une moindre protection du mineur dans l'administration légale unique. –** Un tel contre-pouvoir n'existe pas dans l'administration légale unique. L'administrateur peut réaliser seul et sans autorisation préalable tous les actes d'administration et tous les actes de disposition à l'exception de ceux interdits et ceux, limitativement énumérés, qui doivent être autorisés par le juge des tutelles. En dehors de ces exceptions, l'administrateur agit librement et sans contrôle *a priori*.

La loi présume que les représentants légaux œuvrent dans le sens d'une bonne administration des biens du mineur et l'on peut se féliciter de cette confiance reconnue aux familles. Sans défiance à leur égard, nous considérons cependant que cela constitue une régression de la protection du mineur. La gestion d'un patrimoine nécessite un minimum de connaissances économiques et juridiques et nous avons tendance à croire que deux têtes valent mieux qu'une ; la délibération et le débat ne nuisent jamais à une bonne décision. Cette situation peut être d'autant plus préjudiciable au mineur que la liste des actes libres a été augmentée de manière significative. La constitution d'un régime unique d'administration légale quelle que soit la situation familiale aboutit à une diminution des droits des enfants en présence d'un administrateur unique. L'égalitarisme des familles crée par ricochet une inégalité entre les enfants.

§ III Le contrôle du juge des tutelles

1365 **– Le contrôle du juge saisi sur le fondement de l'article 387-1 du Code civil. –** L'article 387-1 du Code civil énumère les huit catégories d'actes qui doivent être préalablement autorisés par le juge (468). Le contrôle opéré par le juge des tutelles porte sur la légalité, mais également sur l'opportunité de l'opération envisagée (469). Il peut et il doit refuser son autorisation s'il estime que l'acte proposé est contraire aux intérêts du mineur. S'il donne son agrément, le dernier alinéa de l'article 387-1 précise que : « L'autorisation détermine les conditions de l'acte et, s'il y a lieu, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé ».

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 octobre 2015, l'article 505, alinéa 3 du Code civil prévoyait que ; « L'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce, ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé ne peut être donnée qu'après la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés ». Par le renvoi de l'article 389-7, cette disposition était applicable aux mineurs. Par la suppression du renvoi aux articles régissant la tutelle, l'article 505 n'est plus applicable aux mineurs. Par conséquent, les mesures d'instruction préalables ont été supprimées.

(468) N. Peterka, *Procédure devant le juge des tutelles en cas d'administration légale et d'habilitation familiale* : *JCP* G 14 mars 2016, n° 11, 281.

(469) I. Tardy-Joubert, *L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ?* : *Dr. famille* mai 2007, n° 5, étude 22.

Conseil pratique

Même si ces mesures ont été supprimées, il est nécessaire de joindre à la requête adressée au juge les documents lui permettant d'apprécier l'équilibre financier de l'opération, son opportunité et ses risques pour le mineur. Ces documents sont le(s) projet(s) d'acte(s), les rapports d'évaluation et, selon la complexité de l'opération, une note de synthèse explicative.
En pratique, lorsqu'une opération a été proposée et préparée par un notaire, force est de constater que le juge des tutelles la valide dans la quasi-totalité des dossiers.

1366 – L'extension de la liste des actes soumis à l'autorisation préalable du juge (C. civ., art. 387-3, al. 1). – L'article 387-3, alinéa 1 du Code civil dispose qu'« à l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1, le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable ». Le juge peut ainsi étendre la liste des actes de disposition soumis à son autorisation par rapport à la liste de l'article 387-1. Ce dispositif permet d'adapter sur mesure le régime d'administration légale, mais il pose un problème pratique.

Focus pratique

Cette disposition permet au juge de resserrer son contrôle sur une famille s'il considère que le régime légal, plus libéral qu'auparavant, ne permet pas de protéger suffisamment les biens de l'enfant. Le notaire ou son clerc doit donc vérifier, avant de régulariser un acte de disposition pour le compte d'un mineur non visé à l'article 387-1, que le juge des tutelles n'a pas étendu la liste des actes soumis à son contrôle.

Exemple : Lors du règlement d'une succession, le juge des tutelles devra être saisi afin d'autoriser l'acceptation pure et simple de la succession. Il peut arriver qu'aux termes de l'ordonnance d'acceptation de la succession, le juge ordonne que la vente de tel bien immobilier dépendant de cette succession ou le partage des biens indivis soient soumis à son contrôle.

Mais une telle décision peut également être prise par le juge à l'occasion d'une procédure d'alerte. À défaut de publicité de la mesure, le notaire doit donc interroger les administrateurs ou plus sûrement le juge compétent, à savoir celui du lieu de résidence du mineur. Cette vérification risque d'alourdir le traitement des dossiers, le plus souvent inutilement. Rappelons cependant que la passation d'un acte par une personne non habilitée est frappée de nullité relative. Au minimum, il convient donc de faire déclarer dans l'acte, par le ou les administrateurs, que le juge des tutelles n'a pas soumis à son autorisation préalable la passation de l'acte en question.

1367 – Le contrôle du juge saisi par le déclenchement du dispositif d'alerte (C. civ., art. 387-3, al. 2). – L'article 387-3, alinéa 2 du Code civil dispose que : « Le juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci ».

Une procédure d'alerte est donc prévue pour saisir le juge des tutelles. Tout tiers peut et doit en informer le juge s'il a connaissance d'une situation visée par ce texte. Le notaire fait naturellement partie de ces tiers et il ne doit pas omettre ses devoirs.

Rappelons à cet égard que, concernant la procédure de changement de régime matrimonial, l'article 1397 du Code civil, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 mars 2019, a supprimé l'homologation judiciaire en présence d'enfant mineur. Le cinquième alinéa de cet article

dispose cependant que cette suppression s'accompagne du transfert au notaire de la charge de veiller aux intérêts du mineur en alertant le juge des tutelles si le projet compromet manifestement et substantiellement ses intérêts patrimoniaux ou est de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci. Cette alerte semble, toutefois, n'être qu'une faculté et non une obligation pour le notaire (470). En cas d'exercice de cette faculté d'alerte par ce dernier, le juge des tutelles pourra ordonner une mesure de contrôle renforcé et soumettre le changement de régime matrimonial à son autorisation.

1368 **– La production annuelle d'un compte de gestion. –** L'administrateur légal n'est pas tenu de réaliser un compte de gestion, sauf si le juge l'exige, conformément aux dispositions de l'article 387-5 du Code civil. Le ou les administrateurs peuvent alors être contraints de remettre un compte de gestion annuel au directeur des services de greffe judiciaire, puis au mineur âgé de seize ans révolus. Le compte de gestion doit être accompagné des pièces justificatives en vue de sa vérification dont les modalités sont détaillées à l'article 387-5. Cette obligation ne naît que si le juge l'estime nécessaire lors du contrôle exercé soit à l'occasion d'une demande d'autorisation d'un acte listé à l'article 387-1, soit lorsque la situation jugée grave pour les intérêts patrimoniaux du mineur le justifie.

1369 **– L'établissement d'un inventaire. –** L'ancien article 386 du Code civil prévoyait que la jouissance légale « n'aurait pas lieu au profit de l'époux survivant qui aurait omis de faire inventaire authentique ou sous seing privé, des biens échus au mineur ». Cette disposition a été supprimée par l'ordonnance de 2015 et n'a pas été reprise. Par conséquent, l'inventaire est facultatif et son absence ne prive plus l'administrateur légal de la jouissance des biens du mineur.

Cependant, lorsque le juge des tutelles exerce son contrôle à l'occasion d'une demande d'autorisation ou en cas de déclenchement de la procédure d'alerte, il peut demander à l'administrateur légal qu'un inventaire du patrimoine du mineur soit établi, ainsi qu'un inventaire actualisé chaque année.

Conseil pratique

Bien que l'établissement d'un inventaire ne soit plus obligatoire, nous recommandons à l'administrateur légal et au notaire chargé de la succession d'un parent du mineur, de le réaliser. Il présente deux intérêts. Pour préserver les droits du mineur, cet acte permet d'établir la composition et l'évaluation des biens lui revenant, ce qui constitue la preuve minimum de ses droits. L'inventaire présente également un intérêt pour protéger l'administrateur en cas de recherche ultérieure de sa responsabilité pour faute de gestion.

§ IV La sanction des fautes de l'administrateur

1370 **– La responsabilité de l'administrateur légal. –** L'article 386 du Code civil définit le régime de la responsabilité de l'administrateur légal. Ce dernier est responsable de tout dommage résultant d'une faute quelconque qu'il commet dans la gestion des biens du mineur (471). Si les deux parents exercent conjointement l'administration légale, ils sont responsables solidairement. L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la majorité de l'intéressé ou de son émancipation.

(470) N. Peterka, *La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ?* : *JCP* N 5 avr. 2019, n° 14, 1157.

(471) N. Peterka, *La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés* : *AJC* 2018, p. 107.

1371 – La sanction des actes irréguliers. – Aucune sanction n'est prévue en cas de dépassement de pouvoir du représentant légal ou en cas d'accomplissement d'acte interdit. Il convient de se reporter au droit commun des contrats et spécialement à l'article 1156 du Code civil. Le principe est le suivant : l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté. Cependant, cette inopposabilité ne s'appliquera pas si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant.

Soulignons que l'ordonnance de 2015 n'a pas repris le dispositif de l'article 465 du Code civil en matière de tutelle qui permet de valider *a posteriori* un acte irrégulier.

1372 – Conclusion de la section 1. Le changement de nature du contrôle des administrateurs. – Le libéralisme de l'ordonnance du 15 octobre 2015 se manifeste par la modification du contrôle judiciaire qui a changé de nature. Avant l'ordonnance, le contrôle du juge des tutelles s'exerçait principalement en amont, pour autoriser ou empêcher la réalisation d'un acte. Dorénavant, le contrôle judiciaire s'exerce principalement en aval, pour évaluer un acte déjà réalisé. Nous sommes passés d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori*.

Ce libéralisme manifeste la confiance reconnue aux familles, ce qui est positif. Cependant, les systèmes de protection *a posteriori* mis en place par l'ordonnance semblent illusoires. Les actes dommageables au mineur auront été réalisés puisque c'est justement leur réalisation qui entraînera l'alerte et le contrôle. Le mal sera fait et il ne pourra plus être réparé. Aucune sanction n'existe en cas de dépassement de pouvoir ou d'exécution d'un acte interdit par le représentant légal. Seule la responsabilité de l'administrateur pourra être engagée en cas de faute, mais les conditions de sa mise en œuvre rendent illusoire l'indemnisation correcte du mineur.

Section II Les cas particuliers de l'administration légale

1373 Nous étudions quelques cas concrets d'application à la pratique notariale du régime de l'administration légale issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015. Pour les points déjà traités par ailleurs, nous renvoyons le lecteur ; ainsi les questions relatives à l'assurance-vie, à la société civile et aux libéralités ont déjà été traitées en première partie et le règlement d'une succession dévolue à un mineur est traité au **sous-titre II** ci-après.

Sous-section I L'immeuble

§ I La vente ou l'apport en société d'un immeuble par un mineur

1374 – Un acte de disposition soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles. – La vente et l'apport d'un immeuble appartenant à un mineur constituent des actes de disposition qui doivent être préalablement autorisés par le juge des tutelles (C. civ., art. 387-1) (472). La notion d'immeuble s'entend ici largement, car toute cession de droits immobiliers entre dans le champ d'application du texte. Ainsi la cession de droits indivis, de nue-propriété, d'usufruit ou de tout autre droit réel immobilier doit être préalablement autorisée par le juge.

(472) J.-F. Sagaut, *La vente d'un bien immobilier d'un mineur* : *AJF* 2010, p. 421.

– La requête au juge des tutelles. – Pour être habilités à réaliser un tel acte, le ou les administrateurs doivent demander l'autorisation du juge des tutelles par voie de requête. Si le contenu de cette requête n'est pas réglementé, il semble nécessaire de fournir au magistrat l'ensemble des éléments lui permettant d'exercer son contrôle. Ainsi les motivations de la vente ou de l'apport, son intérêt pour le mineur, les justificatifs de son équilibre financier et le sort des capitaux dégagés par la vente sont des informations utiles qui permettent au juge d'exercer son office de manière pertinente. Nous constatons cependant qu'en pratique, même si cela peut varier selon les juridictions, le contrôle du magistrat reste formel ; le dossier préparé en amont par le notaire est bien souvent validé en l'état. **1375**

À quel moment faut-il adresser la requête au juge des tutelles ? Dès que la décision de vendre l'immeuble du mineur a été prise par le ou les administrateurs, le juge doit être saisi. En effet, pour réaliser les démarches en vue de la vente, notamment signer un mandat de vente ou une promesse de vente, le représentant doit être habilité. Par hypothèse, à ce stade du processus de vente, aucun acquéreur n'a émis d'offre qui pourrait satisfaire l'administrateur et le prix définitif n'est pas fixé. Il est donc opportun de prévoir dans la requête une fourchette de prix ou un prix minimum, ce qui laisse une souplesse d'action au profit de l'administrateur. À défaut, une nouvelle requête en vue de vendre moins cher que le prix initial devra être adressée au juge.

– La prohibition des promesses de vente sous condition suspensive d'autorisation du juge des tutelles. – Il est important de rappeler que les promesses de vente sous condition suspensive d'autorisation du juge des tutelles doivent être proscrites. Une condition suspensive ne peut affecter que les modalités d'une obligation. En aucun cas une condition de formation d'un contrat, dont la capacité, ne peut être érigée en condition suspensive. **1376**

Pour régulariser un avant-contrat de vente sur un immeuble appartenant à un mineur, il n'existe que deux solutions. Il est d'abord possible d'attendre la délivrance de l'ordonnance du juge. Dans certaines juridictions, le délai de traitement des dossiers est assez rapide et cette formalité préalable, parmi tant d'autres aujourd'hui nécessaires pour préparer une promesse de vente, peut ne pas allonger déraisonnablement le processus de vente. Sinon il n'y pas d'autre solution que de régulariser une promesse d'achat, car seul l'acheteur peut s'engager mais non le vendeur mineur.

Cette difficulté pratique est bien connue des notaires mais il est fréquent que d'autres intermédiaires sur le marché immobilier l'ignorent et établissent des compromis de vente sous condition suspensive de l'autorisation du juge. Que faire lorsque nous recevons dans nos études de tels documents ? Il est toujours possible d'instruire un dossier de vente sur la base des informations qui y figurent. Cependant, le contrat est frappé de nullité et le délai de rétractation de l'acquéreur n'a pas pu courir valablement. Pour garantir la sécurité juridique de la vente, il est nécessaire de procéder à une nouvelle notification à l'acquéreur en lui ouvrant un nouveau délai de rétractation.

§ II L'acquisition d'un immeuble par un mineur

– Acte de disposition libre. – L'acquisition d'un immeuble par un mineur constitue un acte de disposition non prévu par l'article 387-1 du Code civil (473). L'administrateur unique ou les administrateurs légaux conjointement peuvent acquérir un immeuble pour le compte d'un mineur sans autorisation préalable du juge. L'acquisition d'un immeuble est **1377**

(473) E. Buat-Ménard, *Le mineur et l'achat d'un immeuble* : *AJF* 2011, p. 356.

un acte important, mais il est considéré comme un acte d'enrichissement. L'enrichissement est une notion toute relative. Le marché immobilier, comme tout marché, présente des opportunités d'enrichissement mais réserve également parfois des surprises de moins-values et de dévaluation du capital. La vente immobilière est considérée comme un acte d'appauvrissement même lorsqu'elle permet la réalisation d'une plus-value alors que l'acquisition immobilière est considérée, par le droit civil, comme un acte d'enrichissement alors même que les conditions d'acquisition peuvent dévaluer le patrimoine du mineur. En réalité cet enrichissement dépend des conditions d'acquisition car les spécialistes du marché savent que la plus-value se réalise à l'achat. Les administrateurs devront donc redoubler de prudence pour réaliser une acquisition immobilière pour le compte d'un mineur.

1378 – L'opportunité d'un achat immobilier pour le compte d'un mineur. – Même si elles sont assez rares en pratique, les acquisitions immobilières peuvent présenter des opportunités pour le mineur. Tout dépend des conditions de financement. Il ne s'agit pas d'encourager des investissements spéculatifs ou d'utiliser l'effet de levier de l'endettement pour un mineur. Cependant, l'acquisition d'un immeuble peut être envisagée comme une opération d'emploi de fonds et un arbitrage opportun de son patrimoine. Si le mineur possède d'importantes liquidités, par exemple à la suite d'une succession ou d'une indemnisation d'un préjudice, il peut être plus avantageux d'investir ces liquidités dans un bien immobilier que de les laisser sur un compte sur livret ou un contrat de capitalisation. Les perspectives de rendement et de plus-value sont plus importantes. Cet investissement présente également l'avantage de protéger, dans une certaine mesure, le mineur contre lui-même à la majorité acquise. Il peut, certes, toujours vendre le bien et dilapider le prix. Mais un immeuble est tout de même moins liquide qu'un placement financier.

§ III Les baux portant sur un bien du mineur et la gestion locative

1379 – D'un acte d'administration à un acte de disposition. – Le régime d'habilitation de l'administrateur dépend de la qualification juridique de l'acte à réaliser et le bail est révélateur des difficultés pratiques que l'on peut rencontrer à cet égard.

Le bail constitue le type même d'acte d'administration car il permet l'exploitation d'un bien par la perception de revenus tout en préservant sa substance. Un tel acte peut donc être conclu pour le compte d'un mineur par l'administrateur seul, que l'administration soit unique ou conjointe.

Les statuts locatifs dérogatoires qui attribuent au locataire des droits importants lui conférant une grande stabilité dans les lieux loués compliquent l'analyse. Lorsque le bail reconnaît au locataire une durée de jouissance longue, un droit au renouvellement et la faculté de céder son bail, peut-on encore le qualifier d'acte d'administration ? La jurisprudence et la doctrine assimilent ce bail à un acte de disposition et l'article 504, alinéa 3 du Code civil réglemente la matière, dans la tutelle, de la manière suivante : « Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit au renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur ». La loi privilégie la protection du mineur sur celle du locataire. Mais cette primauté des intérêts du mineur peut se retourner contre lui, car un locataire commerçant ou agriculteur peut se détourner des biens appartenant à un mineur et revendiquer un bail qui lui attribue toutes les prérogatives attachées à son statut.

Pour contourner cette difficulté, la jurisprudence a autorisé la conclusion d'un bail commercial ou rural conférant au preneur l'intégralité des droits attribués par le statut, sous réserve de l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles. Bien que cette possibilité ne soit pas prévue par l'article 504, alinéa 3 précité, la jurisprudence a admis le raisonnement suivant : « Le juge des tutelles qui a le pouvoir d'autoriser les actes de disposition a, à plus forte raison, le droit d'autoriser l'administrateur légal des biens d'un mineur à consentir sur un bien dont le pupille est propriétaire un bail donnant droit au renouvellement au profit du preneur à l'encontre du mineur devenu majeur » (474).

1380 **– L'ordonnance du 15 octobre 2015. –** L'ordonnance du 15 octobre 2015 ne contient aucune disposition spécifique sur les baux donnant un droit au renouvellement au profit du locataire. La difficulté vient du fait qu'avant cette ordonnance, les règles de la tutelle s'appliquaient par renvoi à l'administration légale. Or ce renvoi a été supprimé. L'administration légale dispose de son corps de règles autonomes, mais aucune disposition particulière n'a été prévue concernant le bail.

Il convient donc de revenir aux principes généraux. L'article 387-1 du Code civil ne vise pas ce type d'acte. Faut-il en conclure qu'il n'est pas soumis à l'autorisation du juge des tutelles ? La liste de l'article 387-1 est limitative et il faudrait donc effectivement en conclure que l'autorisation judiciaire n'est pas requise. Cette conclusion semble cependant hasardeuse compte tenu de la gravité de l'acte. La doctrine tend d'ailleurs à considérer que l'autorisation préalable du juge demeure nécessaire (475). Nous pouvons ainsi déduire les règles d'habilitation de l'administrateur selon la durée du bail et du droit au renouvellement qu'il confère au locataire.

1381 **– Bail d'une durée de neuf ans au plus et ne conférant pas de droit au renouvellement. –** Le bail d'une durée de neuf ans au plus et ne conférant pas de droit au renouvellement au profit du preneur constitue un acte d'administration ordinaire (476). Il peut donc être librement régularisé par un administrateur seul, quelle que soit la nature unique ou conjointe de l'administration.

Il en va ainsi d'un bail d'habitation, qu'il s'agisse d'une location nue ou meublée (477). Malgré la complexité croissante des baux d'habitation et le durcissement des obligations à la charge du bailleur, la conclusion d'un tel acte, même au profit d'un locataire protégé notamment en raison de son âge, demeure un acte d'administration.

Il en va également ainsi d'un bail civil de droit commun (478) à condition qu'il n'accorde pas de droits exorbitants au locataire, ou d'un bail professionnel (479). Notons, concernant ce dernier, que le décret du 22 décembre 2008 est contradictoire car il classe la conclusion et le renouvellement d'un bail d'une durée de neuf ans au plus dans la colonne des actes d'administration tout en incluant le bail professionnel dans la colonne des actes de disposition. Or la durée de ce bail est de six ans et le bailleur peut le dénoncer sans indemnité à sa charge en respectant un préavis.

Il en va également ainsi, en matière rurale et commerciale, des baux précaires et baux dérogatoires de courte durée et ne conférant pas au preneur de droit au renouvellement.

(474) Cass. 1re civ., 21 juin 1989 : *Bull. civ.* 1989, I, n° 244 ; *Defrénois* 1989, 92, obs. J. Massip.
(475) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 10e éd. 2018, n° 627, p. 311. Dans le même sens B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, 20e éd. 2018, p. 406, n° 680.
(476) D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1, col. 1.
(477) L. n° 89-462, 6 juill. 1989.
(478) C. civ., art. 1713 et s.
(479) L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, art. 57 A.

Dans ce cas, il convient d'être extrêmement précis et rigoureux pour s'assurer que le bail envisagé remplit toutes les conditions d'exclusion du droit au renouvellement du preneur.

1382 – Bail conférant un droit au renouvellement. – Le bail conférant un droit au renouvellement au profit du preneur, tel que le bail commercial ou rural, constitue un acte de disposition (480). Soit il est considéré comme un acte de disposition libre ; dans ce cas, l'administrateur unique ou les deux administrateurs conjointement pourraient régulariser l'acte sans autorisation judiciaire. Soit il est considéré comme un acte de disposition soumis, par analogie, à l'autorisation préalable du juge ; dans ce cas, les administrateurs doivent être habilités par une ordonnance du juge des tutelles. Pour les raisons évoquées précédemment, bien que cet acte ne figure pas dans la liste de l'article 387-1 du Code civil, la seconde proposition nous semble plus juste et plus sécurisante.

Les administrateurs doivent donc adresser au juge des tutelles une requête en vue d'obtenir l'autorisation de consentir un bail rural ou commercial. Pour permettre au magistrat d'exercer son contrôle, la requête doit contenir les informations relatives à l'intérêt de l'opération pour le mineur ainsi que son équilibre financier par rapport au marché et à l'état du bien. Nous constatons en pratique que lorsque le dossier est correctement préparé et visé par le notaire, le contrôle du magistrat est souvent formel et l'opération validée en l'état. Il est possible que certains juges des tutelles s'estiment incompétents et opposent une fin de non-recevoir aux requérants. Cela constituera une reconnaissance des pouvoirs des administrateurs habilités à agir seuls et sous leur responsabilité.

1383 – Le renouvellement d'un bail. – Le renouvellement d'un bail constitue-t-il un acte d'administration ou de disposition ? Nous sommes dans la situation où le mineur est propriétaire d'un immeuble déjà loué en vertu d'un bail commercial ou rural. Les conditions du renouvellement sont fixées par la loi et sauf à saisir l'échéance du bail pour renégocier certaines clauses modifiant l'équilibre financier du contrat, il est reconduit aux mêmes charges et conditions que le bail antérieur. On peut alors s'interroger sur l'obligation de requérir l'autorisation du juge des tutelles.

Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 assimile la conclusion et le renouvellement d'un bail et les classe dans la catégorie des actes de disposition. Il n'y a donc pas de différence de traitement entre la conclusion d'un bail et son renouvellement. Il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, et nous considérons donc que si l'autorisation préalable du juge est nécessaire pour conclure un bail, elle l'est également pour le renouveler.

1384 – La gestion locative. – La plupart des autres actes induits par la gestion locative constituent des actes d'administration et peuvent être réalisés par un administrateur seul. Nous citons sans ordre particulier la conclusion d'un mandat de gestion, l'établissement d'un état des lieux, l'encaissement des loyers et la délivrance de quittance, le paiement des factures (syndic, petits travaux et réparations...), ainsi que les déclarations fiscales et le paiement des impôts et taxes.

1385 – Travaux et rénovation. – Les petits travaux et réparations sur un immeuble constituent des actes d'exploitation et de mise en valeur du patrimoine. Ils sont donc qualifiés d'actes d'administration et peuvent être régularisés par un administrateur seul.

À l'inverse, les grosses réparations sur un immeuble sont qualifiées d'acte de disposition par le décret du 22 décembre 2008. Elles ne figurent cependant pas dans la liste des actes autorisés de l'article 387-1 du Code civil. Par conséquent, l'administrateur unique peut

(480) D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1, col. 2.

seul les engager. Dans l'administration conjointe, l'accord des deux administrateurs est nécessaire.

La gestion d'un patrimoine immobilier nécessite de réaliser régulièrement des travaux d'entretien et parfois une rénovation plus importante s'impose. Par souci de simplification, et pour ne pas engager un mineur dans une opération de rénovation pouvant générer une responsabilité décennale, la décision de vendre l'immeuble est souvent préférée à celle de le rénover. Cette décision est souvent trop hâtive. Il peut au contraire être de l'intérêt du mineur de rénover ses biens pour les conserver.

§ IV La constitution de servitudes et autres droits réels principaux

1386 **– Acte de disposition en principe libre. –** La constitution de droits réels grevant les biens du mineur constitue un acte de disposition (481). Ces actes, non visés à l'article 387-1 du Code civil, ne nécessitent pas l'accord préalable du juge. L'administrateur unique peut les réaliser seul tandis que dans l'administration conjointe, les deux administrateurs devront donner leur consentement. Entrent dans cette catégorie les constitutions de servitude, d'usufruit ou de droit d'usage et d'habitation.

1387 **– Deux écueils à éviter. –** Il convient de rappeler que les actes réalisés pour le compte d'un mineur doivent l'être dans son intérêt. Comment justifier la constitution au profit de tiers de droits grevant les biens du mineur ? La question de la contrepartie doit être posée.

S'il n'existe aucune contrepartie, l'acte risque de tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 387-2, 1° du Code civil qui dispose que « l'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation, aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur ». En tout état de cause, on ne voit pas dans ce cas ce qui peut justifier la réalisation de l'acte pour le mineur.

S'il existe une contrepartie, il convient d'en analyser la nature et l'importance par rapport à la dévaluation du patrimoine du mineur. En effet, selon les circonstances, l'acte peut être analysé en une cession, un échange ou une transaction. Dans ce cas, il entre dans le champ d'application de l'article 387-1 du Code civil et l'autorisation préalable du juge des tutelles devient obligatoire.

Sous-section II Le fonds de commerce

1388 **– L'impossibilité pour un mineur de détenir et exploiter un fonds de commerce. –** Un mineur, même émancipé, ne peut pas avoir la qualité de commerçant (482). Par ailleurs, il est interdit à l'administrateur légal, même avec autorisation, d'exercer le commerce au nom du mineur (C. civ., art. 387-2). Par conséquent un mineur ne peut en aucun cas détenir et exploiter un fonds de commerce. L'hypothèse la plus courante où le mineur peut se retrouver propriétaire, seul ou en indivision, d'un fonds de commerce est la succession d'un parent commerçant. Dans ce cas, il n'y a pas d'autres solutions que d'envisager sa cession, son apport en société ou son attribution dans le cadre d'un partage à un autre héritier. Le partage successoral est traité au sous-titre suivant. Nous n'envisagerons donc que les deux autres solutions.

1389 **– L'apport en société du fonds de commerce. –** La conservation de l'entreprise familiale peut être de l'intérêt du mineur. Selon chaque circonstance particulière, notamment l'âge du

(481) D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1, col. 2.
(482) F. Julienne, *Le mineur, acteur de la vie économique ?* : *Dr. famille* nov. 2010, n° 11, étude 31.

mineur plus ou moins proche de la majorité, son souhait et sa capacité à reprendre l'entreprise, la structure de l'entreprise et sa pérennité après le décès du commerçant, et beaucoup d'autres éléments qui font la diversité des entreprises et des familles, la décision de conserver l'entreprise peut être la solution. L'apport du fonds de commerce pour organiser l'entreprise en structure sociétaire s'impose.

L'apport en société d'un fonds de commerce appartenant au mineur doit être préalablement autorisé par le juge des tutelles (C. civ., art. 387-1, 2°). Une requête doit lui être adressée à cet effet. Elle doit être suffisamment développée et pertinente sur le bien-fondé de l'opération pour le mineur et sur la viabilité économique du projet. Il peut y être joint les documents permettant au juge de forger son opinion : note de présentation du projet d'entreprise, bilan, rapport du commissaire aux apports, projet de statuts... Il va sans dire qu'il ne peut s'agir que d'une société à risque limité. Mais le juge aura à arbitrer entre la vente du fonds de commerce pour sécuriser le patrimoine du mineur et sa mise en société pour poursuivre son exploitation. Le mineur encourra alors le risque de décote de son patrimoine selon l'évolution des affaires.

1390 **– La cession du fonds de commerce. –** Lorsque le fonds de commerce ne disparaît pas avec son commerçant et que sa cession est envisageable, cette solution sera le plus souvent retenue afin de sécuriser le patrimoine du mineur. Cet acte doit être autorisé préalablement par le juge des tutelles (C. civ., art. 387-1, 2°). Le ou les administrateurs doivent donc lui adresser une requête en y joignant tous les éléments nécessaires à l'étude du dossier : bilan, rapport d'évaluation du comptable, offre de reprise et, le cas échéant, proposition de placement des fonds. Il n'est cependant pas inutile de rappeler que le projet de cession ne pourra être envisagé que si l'administrateur, aidé par son notaire, s'est préalablement assuré que l'intégralité des dettes du commerçant (dettes bancaires, fournisseurs, fiscales et sociales) peuvent être apurées par les liquidités de la succession ou par le prix de cession.

Sous-section III Les valeurs mobilières, instruments financiers et autres titres de société

1391 **– L'article 387-1, 8° issu de l'ordonnance du 15 octobre 2015. –** L'article 387-1, 8° du Code civil dispose que : « L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles (...) Procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur, pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur ». Le législateur contemporain est assez friand de ces périphrases verbeuses et confuses, mais deux questions demeurent quant au champ d'application de ce texte.

1392 **– La nature des actes concernés par l'article 387-1 du Code civil. –** L'article 387-1 vise les actes de disposition. Le décret du 22 décembre 2008 les énumère de manière non exhaustive (483). Ce décret qualifie d'actes de disposition la conclusion d'un contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers, la vente ou l'apport en société d'instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé et la vente d'instruments financiers. Il qualifie également d'actes de disposition, selon les circonstances, la cession du portefeuille en pleine propriété ou en nue-propriété, l'acquisition et la cession

(483) J.-F. Desbuquois et C. Farge, *Focus sur les pouvoirs de l'administrateur légal en matière bancaire, d'instruments financiers et de droits sociaux* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3, p. 15.

d'instruments financiers non inclus dans un portefeuille ainsi que le nantissement et la mainlevée du nantissement d'instruments financiers.

Le principe est donc que tous les actes de disposition (acquisition, cession, apport, nantissement) entrent dans le champ d'application de l'article 387-1 du Code civil et doivent être autorisés par le juge (484).

Il existe cependant une exception si l'acte envisagé n'engage pas le patrimoine du mineur, pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur. Cette exception relève d'une appréciation de pur fait, selon les circonstances particulières, très délicates en pratique. Les conditions de cette exception pourraient être remplies si par exemple les titres sont de faible valeur ou représentent une part non significative dans le patrimoine du mineur. Il peut en être également ainsi lorsque les cessions de titres suivies de l'acquisition de nouveaux titres constituent des actes de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières. Ces arbitrages ne portent pas atteinte à la substance du portefeuille qui demeure une universalité de fait. Dans ce cas, l'autorisation judiciaire ne s'impose pas et le ou les administrateurs peuvent réaliser l'opération.

1393 **– La nature des titres concernés par l'article 387-1 du Code civil. –** Cet article vise les valeurs mobilières et les instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier. Les titres explicitement concernés sont donc les titres de capital (actions ordinaires, privilégiées ou composées) émis par les sociétés par actions (société anonyme, société par actions simplifiée, société en commandite par actions), les titres de créances (obligations) ainsi que les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

La loi demeure muette pour les parts sociales, notamment de société civile et de SARL. Les parts sociales ne sont ni des valeurs mobilières ni des instruments financiers. Faut-il en conclure que les actes portant sur les parts sociales demeurent libres et que le juge n'a pas à exercer de contrôle préalable ? La doctrine considère, au sujet de l'article 505, alinéa 3 du Code civil qui s'appliquait auparavant par renvoi à l'administration légale, que le fait que ce texte ne vise pas expressément les parts sociales procède probablement d'une omission du législateur (485). Le professeur Massip, dans le même sens, indiquait que « les règles de précaution particulières imposées par la loi s'appliquent à tous les droits sociaux cessibles (parts sociales telles que parts de SARL ou de SCI) » (486). Il conviendrait donc d'en conclure que cet article 387-1 s'applique également aux parts sociales.

1394 **– Conclusion. –** Par conséquent, nous pensons que tout acte de disposition, sauf ceux qui n'engagent pas le patrimoine du mineur, opéré sur des actions ou des parts sociales doit faire l'objet d'une autorisation préalable du juge des tutelles.

Sous-section IV L'emprunt, la constitution de garanties, le prêt et la mainlevée

1395 **– L'emprunt. –** L'emprunt est une opération à risque constituant un acte de disposition. C'est pourquoi l'article 387-1, 3° du Code civil dispose que : « L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles (...) Contracter un emprunt au nom du mineur ». Le texte vise de manière très large tout emprunt, qu'il soit à long ou court

(484) N. Dupouy et A.-N. Zattara-Gros, *Ordonnance du 15 octobre 2015 et droit des sociétés* : *JCP* N 2016, n° 48, 1332.
(485) H. Hovasse, *La cession de droits sociaux appartenant à des mineurs sous l'administration légale pure et simple* : *JCP* N 2010, 1237.
(486) J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* : *Defrénois* 2009, n° 659, note 36, p. 551.

terme, voire un découvert ou un achat à tempérament. Aucune obligation mettant à la charge du mineur une obligation de remboursement ne peut être contractée sans l'accord préalable du juge des tutelles.

La requête adressée au juge devra développer au moins trois points : l'opportunité de l'opération pour le mineur en mettant en balance son intérêt patrimonial et le coût du crédit, les modalités de remboursement et la maîtrise du risque. Il devra y être joint le projet de prêt.

L'emprunt au nom du mineur est relativement rare en pratique. Cet acte, qualifié de risqué, est immédiatement proscrit pour le mineur sans prendre en compte son intérêt pour la constitution et la préservation d'un patrimoine. Ce rejet ne doit pas être systématique car chaque cas est particulier. Notre propos n'est évidemment pas de suggérer un usage spéculatif et déraisonnable de l'endettement sur la tête d'un mineur. Cependant, dans beaucoup de situations, la décision de vendre un immeuble est prise hâtivement car il est jugé plus sage de vendre un bien que de réaliser des travaux qui seraient nécessaires à sa mise en valeur. La sagesse peut au contraire être de contracter un emprunt à des conditions raisonnables par rapport aux loyers générés par le bien pour le rénover et le conserver dans le patrimoine du mineur. De la même manière, lorsque des droits de succession sont dus par le mineur, il peut être plus intéressant d'emprunter le montant de ces droits ou de demander un paiement fractionné ou différé que de liquider les biens transmis.

1396 – La constitution de garanties réelles. – Pour garantir un emprunt contracté par le mineur, l'établissement financier peut souhaiter une garantie réelle sur le bien financé.

Lorsque la garantie est légale, aucune autorisation n'est nécessaire. Ainsi en est-il du privilège de vendeur et du privilège de prêteur de deniers qui résultent de l'effet de la loi. Si l'emprunt est régulièrement autorisé et si les conditions légales de ces garanties réelles sont remplies, elles bénéficient automatiquement au créancier. L'autorisation du juge des tutelles n'est pas nécessaire.

À l'inverse, l'hypothèque ou le nantissement, droits réels accessoires, sont des actes de disposition qui ne peuvent être constitués qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. L'article 387-1 du Code civil ne les vise pas expressément dans la liste des actes autorisés, mais l'intervention préalable du juge se déduit du recoupement de plusieurs textes. D'abord, l'emprunt est soumis à l'autorisation du juge. Or les garanties constituées au profit du créancier constituent l'accessoire de l'emprunt, obligation principale. Sans garantie, il n'y a pas d'emprunt. Ensuite, la vente d'un immeuble ou d'un fonds de commerce requiert également l'autorisation judiciaire. Si disposer activement du bien nécessite l'accord du juge, la disposition passive doit également être soumise à son contrôle. Enfin, l'article 387-1, 8° impose l'autorisation du juge pour tout acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers, y compris le nantissement (487). Si l'intervention du juge est nécessaire pour le nantissement de compte d'instruments financiers, par souci de cohérence il doit l'être pour le nantissement de fonds de commerce ou l'hypothèque mobilière ou immobilière.

1397 – La constitution de garanties personnelles. – L'article 387-1, 7° du Code civil dispose que : « L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles (...) Constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ». Le cautionnement, compte tenu de sa gravité, constitue un acte de disposition soumis à l'autorisation préalable du juge. L'engagement de caution du mineur pose deux questions.

(487) V. *supra*, n^os^ 1391 et s.

L'administrateur doit, de manière générale, gérer les biens du mineur dans son seul intérêt. Le cautionnement, conclu dans l'intérêt d'un tiers, ne remplit pas *a priori* cette condition et il ne devrait jamais être conclu à la charge d'un mineur. Cependant, il peut arriver qu'un mineur soit associé d'une société et qu'un créancier de cette dernière demande l'engagement de caution de ses associés pour lui accorder un crédit. L'engagement de caution trouve alors sa cause dans la qualité d'associé et il peut être de l'intérêt du mineur de consentir une garantie personnelle.

Par ailleurs, le cautionnement du mineur doit répondre aux conditions de droit commun du cautionnement. Ainsi son engagement ne doit pas être excessif par rapport à son patrimoine et ses revenus.

La requête adressée au juge par les administrateurs en vue d'être habilités à réaliser cet acte doit être particulièrement développée sur ces points. On peut considérer que, par principe, ce type d'acte ne sera pas autorisé. Il conviendra donc d'être spécialement convaincant sur l'intérêt du mineur à s'engager comme caution et sur la maîtrise du risque.

1398 **– Le prêt. –** Le prêt est qualifié par le décret du 22 décembre 2008 d'acte de disposition « sauf circonstances d'espèces ». Cet acte est très dangereux. L'activité de prêt réalisé à titre habituel constitue le commerce de banque, ce qui est interdit aux particuliers. Le prêt entre particuliers ne peut donc être réalisé qu'à titre occasionnel, voire exceptionnel. Lorsqu'il est consenti, c'est souvent dans le cercle familial ou entre amis.

Cet acte devrait être interdit aux mineurs afin de les protéger des prédateurs. Cependant, il ne figure ni dans la liste des actes interdits (C. civ., art. 387-2) ni dans la liste des actes soumis à autorisation du juge (C. civ., art. 387-1). La protection du mineur est laissée, sur ce point comme sur d'autres, à l'appréciation de son ou ses administrateurs.

1399 **– La mainlevée. –** La mainlevée après paiement et libération totale et définitive du débiteur constitue un acte d'administration. Il peut être réalisé par l'un quelconque des administrateurs.

À l'inverse, la mainlevée sans paiement constitue un acte de disposition nécessitant l'autorisation préalable du juge des tutelles car elle est qualifiée de renonciation à un droit.

Sous-section V La gestion des fonds

1400 **– La libre gestion des fonds par les administrateurs. –** L'ordonnance de 2015 a confié aux administrateurs le soin de gérer les fonds et liquidités appartenant au mineur (488).

Les actes d'administration. Le décret du 22 décembre 2008 qualifie d'actes d'administration notamment les opérations suivantes : ouverture d'un compte ou livret, emploi ou remploi de sommes d'argent non judiciairement prescrits par le juge des tutelles, perception de revenus, réception de capitaux, quittance d'un paiement et paiement de dettes y compris par prélèvement sur le capital. Ces actes peuvent être réalisés par l'administrateur unique ou par l'un des administrateurs lorsque l'administration est conjointe (489).

Les actes de disposition. Le même décret qualifie d'actes de disposition les opérations suivantes : modification de tout compte ou livrets ouverts, ouverture de tout nouveau compte ou livret, emploi et remploi des capitaux et des excédents de revenus, clôture d'un

(488) J.-F. Desbuquois et C. Farge, *Focus sur les pouvoirs de l'administrateur légal en matière bancaire, d'instruments financiers et de droits sociaux* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3, p. 15.
(489) J.-F. Le Coq, *Le placement de fonds du mineur* : *AJF* 2011, p. 361.

compte bancaire, prélèvement sur le capital à l'exclusion du paiement des dettes. Ces actes de disposition peuvent être réalisés par l'administrateur unique ou par les deux administrateurs conjointement lorsque l'administration est bicéphale.

Les administrateurs peuvent donc gérer comme ils l'entendent les fonds appartenant au mineur (490). Ils peuvent ainsi recevoir les paiements même s'ils ont pour objet des capitaux (491) et retirer du compte en banque du mineur une somme d'argent, même si elle constitue un capital (492). Si à l'occasion d'un contrôle ou d'une demande d'autorisation, le juge des tutelles n'impose pas l'emploi des fonds du mineur, ni leur placement, l'administrateur unique ou les deux administrateurs conjointement pourront décider librement et sans contrôle de leur emploi. La loi n'interdit pas au parent administrateur d'encaisser les fonds sur des comptes à son nom propre. Pour autant, nous recommandons au parent de ne pas encaisser l'argent revenant au mineur sur un compte autre qu'à son nom. Ne pas respecter cette règle de séparation génère automatiquement une confusion de patrimoine entre le mineur et l'administrateur. Pour éviter cette confusion et pour être en mesure de justifier de la bonne gestion des fonds, le mineur doit être titulaire d'un compte ouvert à son nom (493). Le notaire doit donc exiger le relevé d'identité bancaire d'un compte personnel du mineur pour virer des fonds lui revenant et transitant par la comptabilité de l'office.

1401 – Le droit de jouissance légal. – Nous venons de rappeler des règles de saine gestion des fonds du mineur en respectant la séparation des patrimoines. Il convient cependant de ne pas oublier le droit de jouissance légal dont bénéficie l'administrateur sur les biens de l'enfant jusqu'aux seize ans de ce dernier (494). Ce droit de jouissance permet aux parents de s'attribuer les revenus de l'enfant. Il porte sur tous ses biens à l'exception de ceux qui en ont été exclus aux termes d'une libéralité et de ceux qui ont été acquis par le travail du mineur.

En vertu de son droit de jouissance légal, l'administrateur se trouve dans la situation d'un usufruitier. Ce droit de jouissance portant sur les liquidités du mineur pourrait muer en quasi-usufruit. Les pouvoirs très larges reconnus aux administrateurs en matière de gestion des fonds du mineur combinés avec le quasi-usufruit permettent aux parents de disposer comme bon leur semble de l'argent du mineur. Il convient cependant de nuancer ce propos en rappelant que les revenus appréhendés par l'administrateur en vertu de ce droit de jouissance, doivent être affectés à l'entretien du mineur.

Sous-section VI L'aliénation de meubles

1402 – Actes de disposition libres. – L'aliénation de biens meubles constitue un acte de disposition. Certaines ventes mobilières sont expressément réglementées. Comme nous l'avons vu précédemment, il en est ainsi de la cession de fonds de commerce et des cessions de valeurs mobilières et instruments financiers qui doivent être autorisées par le juge.

(490) B. Fernandez, *Les instruments financiers de gestion du patrimoine du mineur* : *JCP* N 23 juin 2017, n° 25, p. 29.
(491) Cass. 1re civ., 2 oct. 1979 : *Bull. civ.* 1979, I, n° 229 ; *Defrénois* 1980, art. 32236, n° 6, p. 380, obs. J. Massip.
(492) Cass. 1re civ., 20 mars 1989 : *Bull. civ.* 1989, I, n° 126 ; *Defrénois* 1989, art. 34548, n° 47, p. 698, obs. J. Massip.
(493) J. Lasserre Capdeville, *Le compte en banque du mineur* : *RD bancaire et fin.* mars 2008, n° 2, étude 6.
(494) C. civ., art. 386-1.

Les ventes des autres biens meubles ne sont pas énoncées à l'article 387-1 du Code civil. L'administrateur unique ou les deux administrateurs conjointement peuvent donc les aliéner sans autorisation judiciaire.

Il n'est fait aucune distinction selon l'importance des meubles en question. La loi ne module pas le contrôle du juge selon qu'il s'agit de meubles meublants sans valeur vénale ou de biens meubles d'une valeur beaucoup plus importante (voitures, bateaux, matériels professionnels, œuvres d'art...). Le régime juridique est identique et le ou les administrateur(s) disposent d'une grande liberté d'action. Il existe cependant une exception. L'administrateur devra obtenir l'autorisation du juge s'il veut acquérir lui-même les biens du mineur (495).

Sous-section VII La renonciation à un droit et la transaction

1403 **– La renonciation à un droit. –** La renonciation à un droit est qualifiée d'acte de disposition et sa réalisation est soit interdite, soit soumise à l'autorisation préalable du juge. La renonciation à un droit est une notion difficile à définir et recèle de nombreuses difficultés pratiques (496). Sans entrer dans les controverses doctrinales, nous présentons quelques cas, parmi les plus courants dans la pratique notariale, sur lesquels nous devons être vigilants.

1404 **– Les renonciations interdites. –** Certaines renonciations à un droit sont jugées tellement dangereuses pour le mineur que cette faculté a été interdite à son administrateur.

Il en est ainsi de la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR). L'article 930-1 du Code civil prévoit que « le mineur émancipé [*a fortiori* le mineur non émancipé] ne peut renoncer par anticipation à l'action en réduction ».

Il en est également ainsi de l'aliénation gratuite des biens du mineur. L'article 387-2, 1° du Code civil dispose que : « L'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation (...) Aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur ». Ce texte plus large peut générer des difficultés d'interprétation et d'application. Il vise les actes d'appauvrissement sans contrepartie pour le mineur. Il s'agit principalement des libéralités entre vifs, de la remise de dette et de la constitution de servitude grevant le fonds du mineur.

1405 **– Les renonciations soumises à autorisation du juge. –** L'article 387-1, 4° du Code civil dispose que : « L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles (...) Renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom ».

Les renonciations qui ne sont pas par principe interdites sont tout de même soumises au contrôle du juge qui doit s'assurer du respect des intérêts du mineur. Il en est ainsi de la renonciation à une succession (497) ou à un legs, au bénéfice d'un contrat d'assurance-vie, à la demande de réduction d'une libéralité après l'ouverture de la succession et de la renonciation au droit de suite prévue à l'article 924-4, alinéa 2 du Code civil (498).

Il en est également ainsi de la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement, de l'acquiescement donné par l'administrateur à un jugement intéressant le mineur et du désistement d'instance.

(495) C. civ., art. 387-1, 6°.
(496) J. Combret, *Focus sur les renonciations* : *Actes prat. strat. patrimoniale* juill.-août-sept. 2017, n° 3, p. 30.
(497) Cass. 1re civ., 6 oct. 2010, n° 09-67.827 : *Dr. famille* 2011, comm. 1, note I. Maria.
(498) D. Epailly, P. Lalanne et Y. Puyo, *Le consentement à aliénation de l'article 924-4 du Code civil* : *Nota-Bene Cridon Bordeaux-Toulouse* mai 2008, n° 134, fiche 541.

1406 **– La transaction. –** La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Compte tenu des délais d'instruction inadmissibles des juridictions, du coût exorbitant de l'accès à la justice et de l'aléa des décisions judiciaires, la transaction constitue un mode de résolution de litige qui doit être privilégié.

La transaction, qui était auparavant interdite au mineur, lui a été ouverte par l'ordonnance du 15 octobre 2015. Sa conclusion demeure soumise à l'autorisation du juge des tutelles qui doit veiller au respect des intérêts du mineur.

1407 **– Le partage transactionnel. –** Dans la pratique notariale, pour régler une succession et sortir d'une impasse familiale, nous recourons parfois au partage dit « transactionnel ». De sa nature hybride et mal définie découle un régime ambigu et incertain. Il constitue un partage et, depuis 2015, les administrateurs peuvent librement le conclure au nom du mineur sans autorisation judiciaire. Mais il constitue également une transaction, et si l'acte de partage transactionnel contient des renonciations réciproques de droits, il doit être autorisé préalablement par le juge des tutelles.

Il convient donc d'être vigilant avec cet acte. Soit il constitue véritablement une transaction au sens juridique car l'acte énonce les renonciations réalisées de part et d'autre et dans ce cas il doit être soumis à l'autorisation du juge si l'un des copartageants est mineur. Soit il ne contient pas de renonciation de droits et il est alors improprement dénommé partage transactionnel. Il s'agit le plus souvent d'un accord obtenu à l'usure des parties représentant une cote mal taillée dont tout le monde se satisfait. Pour ne pas créer de confusion quant au régime juridique de cet acte, il convient d'éviter de le nommer « partage transactionnel ».

1408 Après avoir exposé les règles de traitement de la vulnérabilité ordinaire d'un mineur, il convient d'étudier les dispositifs de protection lorsqu'il se trouve dans des situations de vulnérabilité aggravée.

SOUS-TITRE II

La vulnérabilité aggravée du mineur

1409 Si le mineur est par nature un être vulnérable qui doit être protégé, il est des situations où sa vulnérabilité se trouve aggravée et par conséquent son besoin de protection accru. Il en est ainsi en cas de défaillance des parents, notamment par suite d'un décès, d'une séparation ou d'une incapacité, voire d'un abandon. Nous envisageons donc d'étudier de quelle manière la loi protège le mineur lors du décès (**Chapitre I**) ou de la séparation de ses parents (**Chapitre II**). Nous terminerons par l'étude de la tutelle du mineur (**Chapitre III**).

CHAPITRE I Le décès des parents : le règlement d'une succession dévolue à un mineur

1410 Le décès de l'un ou des deux parents peut plonger le mineur dans une grande vulnérabilité. Sur le plan patrimonial, le notaire doit appliquer scrupuleusement les règles protectrices du mineur dans le cadre du règlement de la succession. Cette transmission successorale est fondatrice dans la vie patrimoniale du mineur. Ce dernier ne bénéficiera pas d'autre libéra-

lité de ses parents disparus pour l'aider à démarrer dans la vie ou acquérir un toit. Il est donc capital de veiller à la préservation de ses intérêts et à la structuration de son patrimoine.

Section I La représentation du mineur héritier

1411 **– Le représentant du mineur. –** Lors du règlement d'une succession échue à un mineur, ce dernier est représenté, pour l'exercice de ses droits d'héritier, soit par son ou ses administrateurs, soit par son tuteur selon le régime juridique applicable. Lorsque son représentant est en situation de conflit d'intérêts avec le mineur, un administrateur *ad hoc* devra être désigné par le juge des tutelles.

1412 **– La saisine. –** Il résulte de l'article 724 du Code civil que la saisine porte sur « les biens, droits et actions du défunt ». La saisine permet aux héritiers qui sont censés recueillir la succession de « la prendre en main » dès la survenance du décès, sans attendre le partage. Elle permet de veiller sur la succession en prévenant notamment les détournements de biens. La saisine constitue une autorisation, une habilitation. Elle n'est pas l'appréhension, mais la possibilité d'appréhender la succession (499).

Lorsqu'une succession est dévolue à un mineur, il se trouve saisi au même titre que les autres héritiers. Son état d'incapacité l'empêche évidemment d'exercer ses droits d'héritiers. Ceux-ci seront exercés par son représentant.

Administration légale. S'il est placé sous le régime de l'administration légale, le mineur est représenté par son ou ses administrateurs qui sont habilités à réaliser seuls tous les actes conservatoires et actes d'administration nécessaires à la préservation de la succession. Ils ne peuvent cependant réaliser aucun acte de disposition qui serait assimilé à une acceptation pure et simple de la succession.

Tutelle. Si le mineur est placé sous le régime de la tutelle, il est représenté par son tuteur qui est également autorisé à réaliser seul, sans autorisation du conseil de famille, les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine du mineur (500).

1413 **– La gestion de l'indivision. –** Les droits et obligations de l'indivisaire mineur sont exercés et exécutées par son représentant qui est, selon son régime juridique, l'administrateur ou le tuteur.

Actes conservatoires et actes d'administration provisoire. Avant l'acceptation formelle de la succession, le représentant ne peut réaliser que des actes conservatoires ou des actes d'administration provisoire. Pour réaliser de tels actes, l'administrateur ou le tuteur peut agir seul, sans l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Il en est ainsi notamment du règlement de factures, de l'assurance des biens de la succession, de l'établissement d'un inventaire ou de l'apposition de scellés.

Actes de disposition. Lorsque la succession est acceptée, les indivisaires peuvent vouloir réaliser des actes de disposition sur les biens indivis. Dans ce cas, les règles particulières applicables au mineur s'imposent à tous les indivisaires. Si le mineur relève de l'administration légale, l'administrateur unique est habilité à réaliser seul les actes de disposition. Si l'administration légale est conjointe, les deux parents doivent agir ensemble. Cependant, le

(499) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, p. 599, nº 41000.
(500) C. civ., art. 504.

ou les administrateurs doivent obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles pour réaliser les actes énoncés à l'article 387-1 du Code civil (501). Si le mineur relève du régime de la tutelle, son tuteur devra obtenir l'autorisation préalable du conseil de famille (502).

Convention d'indivision. Pour organiser les rapports des indivisaires et la gestion des biens indivis, il peut être utile de conclure une convention d'indivision. En principe, la conclusion d'une telle convention requiert la capacité ou le pouvoir de disposer des biens indivis. Cependant, l'article 1873-4, alinéa 2 dispose qu'« elle [la convention] peut, toutefois, être conclue au nom d'un mineur, par son représentant légal seul ; mais, dans ce cas, le mineur devenu majeur peut y mettre fin, quelle qu'en soit la durée, dans l'année qui suit sa majorité ». Ainsi, en matière d'administration légale, l'administrateur unique peut conclure seul, sans autorisation préalable, une convention d'indivision. S'agissant d'un acte de disposition, les deux administrateurs devront agir conjointement pour réaliser un tel acte. À sa majorité, le jeune peut la résilier dans l'année ; à défaut, elle l'engage et produit les effets convenus au contrat. En matière de tutelle, le tuteur doit obtenir l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles.

1414 – L'acte de notoriété. – L'acte de notoriété constitue un acte à portée probatoire. Il fait foi des vocations successorales mentionnées jusqu'à preuve contraire. Les héritiers désignés sont présumés avoir des droits successoraux dans les proportions indiquées dans l'acte de notoriété. Rappelons que la déclaration de la vocation successorale ne vaut pas par elle-même acceptation de la succession.

L'acte de notoriété peut être dressé par le notaire, à la demande d'un ou plusieurs ayants droit. La signature de l'acte de notoriété n'engage pas le patrimoine du mineur. L'un de ses administrateurs ou son tuteur peut donc requérir un notaire de l'établir. Rappelons que l'établissement d'un acte de notoriété par mandataire n'est pas possible. Cet acte contient la déclaration par l'héritier que la dévolution est correcte et qu'il n'y a pas d'autres héritiers que ceux qui y sont mentionnés. Cela permet notamment d'appliquer les peines du recel successoral. On ne peut donc pas faire déclarer le représentant du mineur au nom de celui-ci. S'il n'y a que des héritiers mineurs, il convient de revenir à l'ancienne méthode et d'établir l'acte de notoriété avec des témoins.

1415 – L'option successorale. – L'option successorale est un acte juridique important. Elle est exercée au nom du mineur par ses administrateurs légaux ou son tuteur. Son régime juridique varie selon la branche de l'option.

Acceptation à concurrence de l'actif net. L'acceptation à concurrence de l'actif net constitue un acte d'administration. Même si elle protège les intérêts du mineur, elle demeure relativement rare en pratique en raison de sa lourdeur. Lorsque l'administration légale est exercée conjointement par les deux parents, cette acceptation peut émaner d'un seul d'entre eux, légalement réputé représenter l'autre. Cependant, en cas de désaccord entre les deux, le juge des tutelles peut être saisi pour autoriser l'acte. Lorsque l'administration légale est exercée par un seul parent, celui-ci peut réaliser cette acceptation seul, sans autorisation judiciaire. Lorsque la tutelle s'applique au mineur, le tuteur peut effectuer cette acceptation seul.

Acceptation pure et simple. L'acceptation pure et simple d'une succession déficitaire peut engendrer un appauvrissement de l'héritier. Elle constitue un acte de disposition. Dans l'administration légale, qu'elle soit exercée par les deux parents ou par un parent unique,

(501) V. *infra*, Titre 1.
(502) C. civ., art. 505.

l'autorisation préalable du juge des tutelles est nécessaire (503). Pour lui permettre de réaliser son office, il convient de joindre à la requête les justificatifs des forces et charges de la succession permettant d'établir son caractère excédentaire.

En cas de tutelle, jusqu'à la loi du 23 mars 2019, le conseil de famille, ou à défaut le juge des tutelles, pouvait par une délibération ou une décision spéciale autoriser le tuteur à accepter purement et simplement la succession si l'actif dépassait manifestement le passif. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'acceptation pure et simple de la succession au nom du mineur en tutelle ne requiert plus l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge dès lors qu'il est démontré par une attestation du notaire chargé du règlement de la succession que l'actif dépasse manifestement le passif (504). Pour les successions non réglées par un notaire ou dans le cas où il n'est pas envisageable de produire une attestation selon laquelle la succession est manifestement bénéficiaire, l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge reste requise.

Cette disposition issue de la loi de programmation et de réforme pour la justice libéralise et déjudiciarise davantage la protection des mineurs sous tutelle. Cette disposition ne s'applique pas à l'administration légale et il est contradictoire de relever que l'acceptation d'une succession par deux administrateurs légaux demeure soumise à l'autorisation préalable du juge des tutelles alors que désormais un tuteur peut accepter une succession pour un mineur sous tutelle sans autorisation.

Par cette évolution, le législateur confie au notaire une mission assurée antérieurement par le juge des tutelles. Cela ne modifie pas fondamentalement la mission du notaire. Avant cette modification législative, n'était-ce pas déjà son rôle de rassembler les éléments d'actif et de passif afin de déterminer la consistance de la succession ? La tâche du notaire n'évolue pas. Sa responsabilité est cependant mise en avant, car il est placé en vigie de la protection des intérêts du mineur dans le cadre du règlement successoral.

La renonciation. La renonciation à une succession est envisagée lorsqu'elle est déficitaire. Mais, dans la mesure où une renonciation à une succession bénéficiaire peut causer à l'héritier un manque à gagner, elle constitue un acte de disposition, spécialement encadré. En matière d'administration légale, qu'elle soit conjointe ou unique, l'autorisation préalable du juge des tutelles est obligatoire (505). En cas de tutelle, l'autorisation du conseil de famille ou à défaut du juge des tutelles est également obligatoire (506). Pour révoquer une renonciation, sous réserve qu'elle soit possible, une nouvelle décision du juge ou du conseil de famille sera nécessaire, sauf si, entre-temps, le mineur est devenu majeur.

– L'inventaire. – Avant l'ordonnance du 15 octobre 2015, l'établissement d'un inventaire était obligatoire en présence d'un héritier mineur. Depuis cette réforme, l'inventaire s'impose dans certaines situations, mais il n'est plus systématique. **1416**

Acceptation à concurrence de l'actif. L'inventaire demeure obligatoire en cas d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net. La déclaration d'acceptation doit être accompagnée ou suivie de l'inventaire de la succession (507). Ce document est la clé de voûte de cette branche de l'option, car il permet une connaissance précise des forces et charges de la succession acceptée et de rendre opposable la consistance de la masse active.

(503) C. civ., art. 387-5, 5°.
(504) C. civ., art. 507-1, al. 1.
(505) C. civ., art. 387-1, 4°.
(506) C. civ., art. 507-1, al. 2.
(507) C. civ., art. 789, al. 1.

L'inventaire constitue un acte conservatoire. Il peut donc être réalisé pour le compte du mineur par l'un ou l'autre de ses administrateurs ou par son tuteur.

Le démembrement de propriété. L'article 600 du Code civil dispose que l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. Cependant, la jurisprudence a considéré depuis longtemps que le défaut d'inventaire ne saurait être considéré comme une cause nécessaire de déchéance de l'usufruit (508).

Tutelle. Si l'ouverture de la succession à laquelle est appelé le mineur constitue également le fait générateur de la mise en place d'une tutelle, un inventaire devra être obligatoirement établi par le tuteur. L'article 503 du Code civil dispose que : « Dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle, le tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur s'il a été désigné, à un inventaire des biens de la personne protégée et le transmet au juge ».

Administration légale. Avant l'ordonnance du 15 octobre 2015, l'article 386 du Code civil prévoyait que la jouissance légale « n'aurait pas lieu au profit de l'époux survivant qui aurait omis de faire inventaire, authentique ou sous seing privé, des biens échus au mineur ». Cet article a été supprimé par l'ordonnance. L'inventaire est devenu facultatif. Son absence ne prive plus l'administrateur légal de la jouissance des biens du mineur. Cependant, s'ils souhaitent le réaliser, le ou les administrateurs sont habilités à le faire seuls s'agissant d'un acte conservatoire destiné à préserver le patrimoine du mineur.

1417 – L'acceptation d'un legs dévolu au mineur. – Nous avons déjà traité en première partie le régime de l'acceptation et de la renonciation des legs au mineur (509).

1418 – La délivrance d'un legs par le mineur. – Un légataire peut être amené à demander à un hériter mineur la délivrance de son legs. Le représentant du mineur peut-il librement procéder à une telle délivrance ? La délivrance d'un legs constitue une mesure essentiellement provisoire qui n'enlève aux héritiers aucun moyen pour faire établir leurs droits dans la succession. La délivrance d'un legs par les héritiers réservataires ne vaut pas renonciation tacite à leur action en réduction (510). Il s'agit donc d'un acte d'administration de la succession qui peut être réalisé, pour le compte du mineur, par l'un de ses administrateurs ou par son tuteur. Ceci n'est que le rappel du régime juridique de la délivrance de legs. Il ne faut cependant pas occulter les contraintes pratiques. Si la libéralité est réductible, il convient, préalablement à la délivrance du legs, de liquider le montant de l'indemnité de réduction et de s'assurer de son règlement. Cette précaution est nécessaire pour préserver les intérêts de l'héritier.

1419 – La souscription de la déclaration de succession et le paiement des droits. – La souscription de la déclaration de succession et le paiement des droits de succession constituent une obligation légale. Ils ne peuvent être réalisés qu'en tant qu'héritier ou légataire ayant accepté la succession ou son legs. Ces obligations devront être exécutées par le représentant du mineur après l'exercice de l'option.

Les héritiers et légataires sont tenus, sauf exception, de souscrire une déclaration de succession. La souscription de cette déclaration constitue un acte d'administration. En matière d'administration légale, un administrateur seul, même si elle est conjointe, peut donc souscrire la déclaration. En matière de tutelle, elle sera souscrite par le tuteur.

(508) Cass. req., 17 juill. 1861 : *DP* 1861, 1, 480.
(509) V. *infra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II, Chapitre II.
(510) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, p. 302, n° 16990.

S'agissant d'une obligation fiscale, le paiement des droits de succession constitue un acte d'administration. Il résulte du décret du 22 décembre 2008 que le prélèvement de sommes d'argent pour le paiement de dettes constitue, sauf circonstances d'espèce, un acte d'administration. Il pourra donc être réalisé par l'un des administrateurs ou par le tuteur seul.

On peut s'interroger sur le régime juridique du paiement différé ou fractionné des droits de mutation. L'enjeu est de déterminer si l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille est nécessaire ou non. Si l'on considère que le paiement différé ou fractionné constitue un crédit et donc un acte de disposition, cette autorisation préalable est nécessaire. Si, au contraire, on estime que cette possibilité ne constitue qu'une modalité de paiement, voire une facilité de paiement d'une dette fiscale qui préexiste, il ne s'agit que d'un acte d'administration que les représentants du mineur peuvent réaliser seuls. Dans la mesure où cette modalité de paiement met à la charge du mineur une obligation de règlement de sommes d'argent qui s'échelonne dans le temps, nous aurions tendance à considérer qu'elle est assimilable à un crédit nécessitant l'autorisation préalable du juge ou du conseil de famille.

1420 **– L'attestation immobilière de propriété. –** L'attestation immobilière de propriété doit être établie par acte notarié lorsque le décès opère transmission d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier. L'intervention des successibles n'est pas requise. Mais, en pratique, le notaire les sollicite pour leur faire préciser l'évaluation des biens immobiliers et également les modalités de l'option successorale. Lorsqu'une succession est dévolue à un mineur, cette attestation sera signée par l'un des administrateurs ou le tuteur, après validation par le juge des tutelles de l'option successorale.

1421 **– Le certificat de mutation. –** Le certificat de mutation permet d'établir la mutation à cause de mort de certains titres ou valeurs mobilières. L'établissement émetteur ou teneur de compte des valeurs connaît ainsi les nouveaux titulaires. Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, un tel document est devenu rare. Cependant, pour opérer la mutation des parts sociales, de société civile ou de SARL notamment, et pour mettre à jour les statuts suite au décès d'un associé, ce certificat de mutation conserve tout son intérêt. Selon le même raisonnement que pour l'attestation immobilière, ce document ne fait que constater la mutation de titres et, le cas échéant, l'option successorale si elle n'est pas contenue dans un autre acte. Ce certificat pourra donc être signé par l'un des administrateurs ou le tuteur, après validation par le juge des tutelles de l'option successorale.

Section II La protection du mineur héritier

Sous-section I L'inventaire

1422 **– L'intérêt d'établir un inventaire. –** L'inventaire permet d'établir la composition active et passive du patrimoine du mineur. Il doit contenir la description et l'évaluation des immeubles, des meubles meublants, des biens mobiliers, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des autres valeurs mobilières. En matière de tutelle, la loi impose qu'il soit actualisé au cours de la mesure. Même lorsqu'il n'est pas obligatoire, il est fortement recommandé d'établir un inventaire lorsqu'une succession échoit à un mineur. Cette preuve préconstituée de l'état du patrimoine du mineur présente un intérêt pour ce dernier, mais également pour son représentant.

1423 – La protection du mineur. – Cet acte revêt une importance cardinale dans la mise en œuvre de la protection des mineurs. Il constitue le point de départ de la gestion de son patrimoine par l'administrateur ou le tuteur. Il permet au juge ou au conseil de famille de vérifier la pertinence du budget prévisionnel et les comptes annuels. À la majorité, il permet de s'assurer de la bonne gestion et de la sauvegarde du patrimoine du mineur. S'agissant de la protection des majeurs, la Cour des comptes estime que l'inventaire constitue « la clé de voûte » de la protection des biens (511). Cette analyse vaut pour les mineurs.

1424 – La protection du représentant du mineur. – L'inventaire permet également de préserver les intérêts de l'administrateur ou du tuteur. En étant dès le début de sa mission diligent et rigoureux, le représentant démontre son sérieux. Ce document lui permettrait de rendre compte de sa gestion si cela lui était demandé, voire sa responsabilité recherchée. L'écueil de la confusion de son patrimoine avec celui du mineur est prévenu si un inventaire est établi et actualisé.

Sous-section II Le mineur nu-propriétaire

1425 – La vulnérabilité du mineur nu-propriétaire. – Lorsque tout ou partie des biens de la succession sont dévolus en usufruit au conjoint du défunt, le mineur reçoit son héritage en nue-propriété. Il doit souffrir l'usufruit de son parent, voire de son beau parent. Dans ces deux hypothèses, il doit être protégé. Ses droits doivent être préservés pour qu'il puisse entrer en jouissance, lors de l'extinction de l'usufruit, de tous les biens qui lui ont été transmis.

Si l'usufruit est constitué au profit du beau-parent du mineur, on perçoit immédiatement la nécessité de protéger les droits du nu-propriétaire mineur. Mais, même lorsque l'usufruit profite à l'autre parent du mineur, il est important de protéger ce dernier en anticipant des événements futurs. En effet, le parent survivant peut constituer une nouvelle famille, avoir un autre conjoint et d'autres enfants.

Dans ces situations de plus en plus fréquentes où les parents d'un enfant n'ont pas les mêmes héritiers, la traçabilité des droits et des biens revenant à chaque enfant est capitale. À défaut de preuve de l'état du patrimoine transmis en nue-propriété et de garantie de restitution à l'extinction de l'usufruit, l'héritage s'évapore et l'enfant nu-propriétaire ne percevra jamais son héritage en totalité. Ce problème se pose essentiellement pour les actifs liquides pour lesquels l'usufruit mue en quasi-usufruit (512).

1426 – La protection du mineur nu-propriétaire. – Quatre dispositifs permettent d'organiser la protection du mineur nu-propriétaire afin de lui garantir la transmission de son héritage à l'extinction de l'usufruit.

L'inventaire. Nous nous bornons à rappeler que l'inventaire représente la preuve préconstituée de la composition et de l'état du patrimoine transmis au mineur. Dans la mesure où l'héritier n'a pas la jouissance immédiate des biens transmis, l'établissement de l'inventaire est capital. Il permettra à l'héritier, le jour de l'extinction de l'usufruit, d'apporter la preuve de son droit de propriété sur les biens qui lui ont été transmis plusieurs années, voire décennies plus tôt. Pour les biens meubles et les liquidités, si cette preuve n'a pas été

(511) Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs - Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante*, rapport sept. 2016.

(512) M. Robineau, S. Feauveau, V. Prado et M. Vivant, *Le quasi-usufruit. Aspects civils et fiscaux*, éd. de Verneuil, 1999.

préconstituée, l'héritier ne pourra pas établir son droit et entrer en jouissance de son héritage.

La caution. Pour garantir au nu-propriétaire la restitution de ses biens à l'extinction de l'usufruit, il peut être constitué des sûretés. L'article 601 du Code civil prévoit à cet effet le cautionnement. Cette sûreté personnelle est effectivement de nature à protéger efficacement les intérêts du nu-propriétaire. Mais les exceptions prévues par le texte en réduisent tellement sa portée qu'elles ruinent son efficacité. Ainsi les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants sont dispensés de fournir une caution. Il en est de même lorsque l'acte constitutif de l'usufruit contient une dispense au profit de l'usufruitier. Les formules usuelles de donation entre époux contiennent à cet égard en général de telles dispenses.

Cependant, dans les familles recomposées, si le nu-propriétaire n'est pas l'enfant de l'usufruitier, il n'entre pas dans le champ de l'exception légale précitée. Par conséquent, s'il n'en a pas été dispensé aux termes d'une donation entre époux, le nu-propriétaire pourrait exiger de l'usufruitier qu'il lui fournisse une caution.

L'obligation d'emploi. Une protection efficace pour garantir la conservation et la traçabilité des biens démembrés est de contraindre l'usufruitier à employer les liquidités de la succession dans des biens non consomptibles, voire non fongibles. Cette obligation d'emploi des fonds est prévue à l'article 602 du Code civil. Il convient de déterminer un juste équilibre entre la protection nécessaire du nu-propriétaire et la liberté de gestion de l'usufruitier.

Lorsque les parents sont mariés, ils ont pu se consentir une donation entre époux. Les formules usuelles de ces donations prévoient en général une dispense d'emploi des fonds. Cette préférence accordée au conjoint peut se justifier lorsque les parents ont les mêmes héritiers, car le nu-propriétaire entrera en possession de son héritage au décès de l'usufruitier. Il en va différemment lorsque les parents n'ont pas les mêmes héritiers. Dans ce cas, la dispense d'emploi des fonds de la succession peut causer un préjudice irréparable au nu-propriétaire.

Lorsque les conjoints ne sont pas mariés ou ne se sont pas consentis de donation entre époux, l'article 602 du Code civil prévoit que les fonds soumis à usufruit soient placés. Force est de constater qu'en pratique, cette obligation est peu respectée. Les fonds sont, en application de l'article 587 du Code civil, mis à la disposition de l'usufruitier qui en dispose librement. Si l'on se préoccupe de la protection des intérêts du nu-propriétaire, ceci peut lui causer un préjudice. C'est pourquoi cette mise à disposition des fonds au profit de l'usufruitier nécessite l'accord du nu-propriétaire et l'on peut s'interroger sur le régime de cette autorisation consentie au nom d'un nu-propriétaire mineur. Cette mise à disposition de fonds au profit de l'usufruitier, avec dispense d'emploi, constitue une renonciation à un droit. Elle nécessiterait donc l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille.

La convention de quasi-usufruit. Si les fonds dépendant de la succession ne sont pas employés dans des actifs garantissant la conservation des biens démembrés, ceux-ci sont remis à l'usufruitier qui en dispose librement. Ceci est conforme à l'article 587 du Code civil qui dispose que : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit la valeur estimée à la date de la restitution ». Dans ce cas, il convient *a minima*, pour garantir les droits du nu-propriétaire, de régulariser une convention de quasi-usufruit. Cette convention doit traiter au moins deux points.

Elle doit d'abord déterminer le montant de la créance de restitution que le nu-propriétaire pourra recouvrer au décès de l'usufruitier. La convention de quasi-usufruit préconstitue la preuve d'une créance certaine et déterminée qui sera opposable aux ayants droit de l'usufruitier. Cette créance peut demeurer figée à sa valeur nominale ou revalorisée.

Elle doit également arrêter les règles de gestion des fonds, déterminer les pouvoirs de l'usufruitier et son degré de liberté. Celle-ci peut être totale. Dans ce cas, l'usufruitier dispose des fonds librement sans rendre compte de sa gestion. Cette liberté peut au contraire être encadrée. La convention peut prévoir des règles de gestion, une obligation d'emploi des fonds démembrés ou un contrôle de gestion par le nu-propriétaire, voire une autorisation préalable de ce dernier pour la réalisation d'actes de disposition sur les actifs soumis au démembrement. L'équilibre à déterminer, aux termes de cette convention, entre les parties dépend de la situation familiale et patrimoniale particulière.

Sous-section III Le partage en présence d'un mineur

1427 Le partage est un acte fondateur dans la vie patrimoniale du mineur. Il constitue un acte de disposition qui engage son patrimoine de manière durable et structurante. Il est donc impératif de veiller à la préservation de ses intérêts lors de la préparation de l'acte de partage.

La présence d'un mineur parmi les copartageants n'est pas un obstacle à la réalisation d'un partage. La voie judiciaire demeure possible (513), mais le partage amiable sera toujours favorisé. L'article 836, alinéa 2 du Code civil dispose à cet effet que « si un indivisaire fait l'objet d'un régime de protection, un partage amiable peut intervenir dans les conditions prévues aux titres X et XI du livre Ier ». Les modalités juridiques du partage en présence d'un mineur varient selon son régime de protection.

1428 **– Le partage dans le régime de l'administration légale. –** Depuis l'ordonnance du 15 octobre 2015, le partage amiable et l'état liquidatif ne figurent plus dans la liste des actes soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles (514). Cet acte, pourtant essentiel, a été soustrait au contrôle judiciaire. Il constitue un acte de disposition que les administrateurs peuvent réaliser librement. S'il n'y a qu'un seul administrateur, il peut consentir au partage amiable de son enfant mineur sans l'autorisation du juge. En présence de deux administrateurs légaux, ils devront agir conjointement pour la réalisation du partage amiable. Cette absence d'autorisation préalable du juge ne nous semble pas constituer une déjudiciarisation opportune, garantissant suffisamment les droits du mineur.

Il importe de rappeler que l'intervention du juge redevient obligatoire dans cinq hypothèses :

1. l'autorisation préalable du juge des tutelles est nécessaire si le partage comporte une opération soumise à son autorisation en vertu de l'article 387-1 du Code civil. Il en est ainsi de l'acte contenant une transaction ou une renonciation à un droit du mineur. Il en est également ainsi lorsque le partage porte sur des valeurs mobilières ou des instruments financiers et, par extension, tous titres sociaux, et si « celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur » (515) ;

(513) C. civ., art. 840 et 507.
(514) C. civ., art. 387-1.
(515) C. civ., art. 387-1, 8°.

2. le juge des tutelles doit également être saisi afin de désigner un administrateur *ad hoc* lorsqu'il existe une opposition d'intérêts entre le mineur et son administrateur (516). Tel est le cas lorsqu'ils sont tous deux parties au même partage ;
3. l'autorisation préalable du juge des tutelles s'impose encore lorsque les administrateurs légaux sont en désaccord (517) ;
4. cette autorisation judiciaire est également nécessaire si, à l'occasion du contrôle d'un des actes qui requiert son autorisation préalable, le juge des tutelles l'a estimé indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale (518). Ainsi, dans le cadre du règlement d'une succession dévolue à un mineur, le juge des tutelles est obligatoirement saisi sur le fondement de l'article 387-1 du Code civil pour exercer l'option successorale. Aux termes de l'ordonnance qui autorise l'acceptation de la succession, il peut imposer que son autorisation sera nécessaire pour réaliser le partage amiable ;
5. le juge peut enfin être saisi, sur le fondement de l'article 387-3, alinéa 2, par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter préjudice grave à ceux-ci. Selon la complexité du partage et des arrangements familiaux qu'il peut contenir, cet acte peut entrer dans cette catégorie.

1429 **– Le partage dans le régime de la tutelle. –** Jusqu'à la loi du 23 mars 2019, lorsque le mineur était placé sous le régime de la tutelle, son tuteur ne pouvait pas réaliser librement un partage successoral en son nom. Il devait obtenir préalablement l'autorisation du partage amiable et l'approbation de l'état liquidatif par le conseil de famille. La loi de programmation et de réforme pour la justice a allégé le formalisme du partage en présence d'un mineur sous tutelle. Désormais, l'autorisation du conseil de famille ou du juge n'est plus requise pour régulariser le partage. Elle demeure cependant exigée en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur. Par ailleurs, dans tous les cas, l'état liquidatif reste soumis à l'approbation du conseil de famille ou du juge. Le partage réalisé avec un mineur sous tutelle qui ne respecterait pas ce formalisme de l'autorisation et de l'approbation vaudrait comme partage provisionnel (519).

Sous-section IV L'organisation du patrimoine du mineur

1430 **– Des soins prudents, diligents et avisés dans le seul intérêt du mineur. –** L'héritage constitue une opération patrimoniale capitale dans la vie d'un mineur. Lorsque les formalités juridiques et fiscales de cette transmission sont réalisées, son représentant doit administrer ses biens en y apportant des « soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur » (520). Que signifie cette directive de gestion dans le contexte économique actuel ? Même si elles prescrivent la sagesse, ces formules obscures présentent l'avantage d'une grande souplesse d'interprétation. Et la question très concrète qui se pose au repré-

(516) C. civ., art. 383.
(517) C. civ., art. 387.
(518) C. civ., art. 387-3, al. 1.
(519) C. civ., art. 507.
(520) C. civ., art. 385 pour l'administration légale et art. 496 pour la tutelle.

sentant du mineur est de déterminer si sa mission est de conserver et préserver en l'état les biens transmis à cet héritier où s'il doit restructurer complètement ce patrimoine.

La réponse varie naturellement en fonction de la nature des biens transmis et de l'âge du mineur. Cette réponse de principe ne résout pas les cas concrets. Que faire d'un portefeuille de valeurs mobilières transmis à un mineur ? Ces actifs présentent un risque de dépréciation élevé, mais leur liquidation s'impose-t-elle automatiquement dès lors qu'ils sont transmis à un mineur alors qu'ils ont pu constituer la fortune de ses parents ? Cette question se pose dans les mêmes termes pour une entreprise familiale recueillie par un mineur. Est-il de l'intérêt du mineur de s'en débarrasser sous prétexte de son inaptitude à la gérer et du risque de décote ? Un dernier exemple permet d'illustrer les difficultés de gestion d'un patrimoine pour le compte d'un mineur. Quel sort réserver à un immeuble nécessitant des travaux, spécialement s'il s'agit d'un bien de famille ?

La prescription de la prudence et de la diligence conduit souvent, par simplicité, à la liquidation des actifs et au remploi des fonds sur des produits de placement exempts de risque. Ce profil de gestion, très sécuritaire, peut pourtant heurter l'intérêt de l'enfant surtout à une époque où les taux d'intérêt sont très faibles. Même si l'inflation reste elle-même contenue, elle demeure supérieure au taux d'intérêt et il en résulte une érosion du capital, ce qui peut engendrer une perte importante sur une longue durée. L'intérêt de l'enfant peut au contraire, parfois, requérir la recherche d'autres solutions. Par exemple le portefeuille de valeurs mobilières peut, selon sa composition et sa prépondérance dans le patrimoine du mineur, être conservé en tout ou partie et sa gestion confiée à un professionnel. La direction de l'entreprise et la répartition de son capital peuvent également être adaptées à la présence d'un associé mineur afin de conserver l'entreprise familiale. Enfin, pour conserver un patrimoine immobilier, des solutions financières peuvent être trouvées et mises en œuvre sans faire courir de risques inconsidérés au mineur.

La simplicité et l'absence totale de risque sont souvent privilégiées, car derrière ces choix de gestion se profile la responsabilité du décideur. L'administrateur légal et tous les organes de la tutelle sont responsables de tout dommage résultant d'une faute quelconque commise dans l'exercice de leur fonction (521). Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le juge des tutelles, le directeur des services de greffe judiciaire ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'État. Ces menaces de recours expliquent l'absence totale de risque dans la gestion des biens du mineur même si cela le prive d'un certain dynamisme.

CHAPITRE II La séparation des parents

1431 – La séparation des parents, facteur de vulnérabilité des enfants. – Trois cent mille couples se séparent chaque année en France, dont la moitié ont des enfants mineurs à charge. Ces ruptures entraînent une baisse de niveau de vie qui touche d'abord les femmes et les enfants. Suite à un divorce, 20 % des femmes basculent dans la pauvreté (522). La grande pauvreté guette même les mères isolées. Une étude de l'Observatoire des inégalités a démontré qu'en 2011, 38 % d'entre elles avaient un niveau de vie inférieur à 60 % du niveau de vie médian, soit 980 € par mois cette année-là.

(521) C. civ., art. 386 pour la responsabilité de l'administrateur et art. 412 pour celle des organes de la tutelle.
(522) *La séparation : un choc financier, surtout pour les femmes* : *Insee Analyses* oct. 2018, n° 64.

Les enfants sont les victimes collatérales de la séparation de leurs parents. Cette séparation a pour eux des conséquences économiques, sociales, psychologiques et éducatives. Ces conséquences sont indéniables, mais nous ne les traiterons pas ici car elles sortent de notre champ de compétence. Nous concentrerons nos développements sur le traitement juridique et civiliste de la protection du mineur lors de la séparation de ses parents. Pour mettre en perspective ce régime juridique, il convient de revenir sur le libéralisme du droit de la famille en la matière.

– Le libéralisme des unions et des désunions. – Nous avons déjà souligné précédemment que, sous l'influence de la sociologie familiale et des conventions internationales, le droit de la famille s'est libéralisé. L'ordre public a régressé au profit du libéralisme. Les droits individuels, les droits subjectifs ont pulvérisé le droit objectif (523). Sous la pression des idéologies libérales, égalitaristes et individualistes, le législateur qui privilégiait antérieurement la famille légitime a renoncé à l'organisation juridique d'un modèle familial en tant que cellule de base de régulation des rapports sociaux. **1432**

L'organisation familiale ne relève plus d'un choix étatique, mais d'une liberté individuelle. On peut considérer que c'est l'honneur des démocraties que de respecter et défendre la vie privée des personnes et leur liberté de choisir leur vie familiale. Cette liberté implique celle de s'unir ou non et de choisir la forme de cette union, maritale, contractuelle ou libre. Cette liberté inclut également celle de se désunir conjointement, voire unilatéralement.

On peut cependant s'interroger sur le sens de cette liberté qui jette dans la précarité les personnes les plus vulnérables et qui détruit les liens familiaux et les solidarités sous-jacentes. La liberté a deux facettes : la liberté de choisir et de s'engager avec en contrepartie la responsabilité de ses actes et faits juridiques. La responsabilité est le contrepoids nécessaire de la liberté. Comme le pouvoir sans contre-pouvoir devient la tyrannie, la liberté sans responsabilité redevient l'instinct. Cette liberté-là ne s'encombre pas d'autrui. Elle ne supporte pas d'entrave et s'exerce sans se préoccuper des dommages qu'elle cause. Elle prend, jette, construit puis démolit sans jamais devoir rendre compte.

Le droit civil est l'instrument de cette idéologie libérale. Le législateur a renoncé à imposer un modèle de famille et il va plus loin en libéralisant le divorce et en supprimant par voie de conséquence le contrôle du juge quant au sort des enfants. Il transfère cette mission régalienne à des professionnels libéraux soumis aux contraintes clientélistes et concurrentielles pour veiller à l'équilibre du divorce et à la préservation des droits des enfants. L'union et la désunion sont devenues des affaires privées. Le juge n'interviendra qu'en cas de conflit.

Nous ne sommes pas nostalgiques d'un ordre moral, mais nous constatons que la liberté d'union et de désunion fragilise les individus qui sont déjà souvent les plus vulnérables. L'exercice de cette liberté a abouti à l'éclatement des familles et, par voie de conséquence, à l'effritement des solidarités familiales. L'ordre moral et la conception traditionaliste de la famille ont pu, par certains aspects, étouffer l'individu. En s'affranchissant du groupe familial et des valeurs morales traditionnelles, l'individu a acquis une liberté, mais il a également perdu la protection que peut apporter la solidarité familiale. Les personnes les plus vulnérables, dont les enfants, paient le prix de cette liberté individuelle car aucune autre structure dans la société n'a pris le relais de leur protection. L'histoire jugera ce désengagement de l'État dans la régulation des rapports familiaux et sociaux.

(523) J. Carbonnier, *Droit et passion du doit sous la V^e^ République*, Flammarion, 2008, p. 121.

Section I L'attribution et l'exercice de l'autorité parentale

1433 – Une diversité de situations familiales. – Après une séparation, la famille présente un nouveau visage. La liberté individuelle constituant désormais le principe d'organisation familiale, la diversité des situations en est la conséquence. La famille peut demeurer fractionnée. Parfois, assez rarement, elle se reconstitue. Le plus souvent, elle se recompose en s'adjoignant un autre conjoint ou un groupe familial complet et là, toutes les combinaisons sont possibles. Ces combinaisons peuvent se compliquer en mélangeant les générations, voire les genres. En outre, ce mouvement de construction, dissolution et reconstitution de liens familiaux peut se produire plusieurs fois durant une vie.

Lorsque les parents se séparent, les enfants sont souvent malgré eux au cœur des conflits familiaux. Ils sont l'enjeu et le prétexte de disputes entre les parents, parfois une prise de guerre. Dans ces situations familiales conflictuelles, il convient d'étudier comment la loi les protège et comment sont alors aménagées les conditions d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale. Pour appréhender la diversité des situations familiales, la loi a posé deux principes directeurs : la coparentalité et l'intérêt de l'enfant.

1434 – La coparentalité. – L'article 372 du Code civil pose le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale par les père et mère. Les deux parents, qu'ils soient mariés ou non, exercent conjointement l'autorité parentale si la filiation de l'enfant est établie à leur égard avant qu'il n'ait l'âge d'un an.

Lorsque les parents sont séparés, le principe demeure. L'article 373-2 du Code civil est rédigé ainsi : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ». La loi du 4 mars 2002 a posé le principe du maintien de l'autorité parentale conjointe même en cas de séparation, qu'il y ait divorce ou séparation de fait du couple. Bien que séparés, les parents doivent continuer à élever ensemble leurs enfants. Selon les vœux du législateur, la séparation du couple conjugal ne doit pas conduire à la remise en cause du couple parental.

Cet article 373-2 pourrait être considéré comme une hypocrisie législative, un déni de la réalité des familles. Le législateur tire au contraire les conséquences du principe de liberté de la désunion en appliquant celui de la responsabilité. Les parents qui usent de leur liberté de séparation doivent assumer leurs responsabilités collectives et individuelles de parents en adaptant les modalités d'exercice de l'autorité parentale à leur nouvelle situation familiale. La loi encourage à cet égard la conclusion de conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale (524). En cas de conflit, le juge doit s'efforcer de concilier les parties. Il peut leur proposer une mesure de médiation, voire leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial (525). Le juge régalien qui dit le droit et tranche des litiges s'efface désormais derrière le juge conciliateur qui peut enjoindre aux parties de trouver un accord.

Ces principes de liberté et de responsabilité étant rappelés, la réalité est cependant plus complexe. Dans des situations familiales conflictuelles, l'émotion et le ressentiment prennent souvent l'ascendant sur la raison et la négociation d'un accord sur l'exercice de l'autorité parentale s'en trouve compliquée. La culture du *deal* et de la transaction propre aux affaires se déploie difficilement dans les relations familiales. Lorsque aucune solution négociée n'a été trouvée, le juge doit finalement trancher en fonction de l'intérêt de l'enfant.

(524) C. civ., art. 373-2-7.
(525) C. civ., art. 373-2-10.

1435 **– L'intérêt de l'enfant. –** « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » Ainsi s'exprime la Convention internationale des droits de l'enfant en son article 3-1. Le législateur français a repris à son compte cette notion d'intérêt de l'enfant qui constitue le fil conducteur des dispositions relatives à l'autorité parentale. En cas de conflit entre les parents, le juge aux affaires familiales doit régler les questions qui lui sont soumises « en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs » (526).

Le juge doit donc se référer à l'intérêt de l'enfant pour fonder sa décision. La doctrine a toujours considéré que cette notion devait être utilisée avec prudence, tant elle est fuyante et propre à favoriser l'arbitraire judiciaire (527). Bien que malléable et subjective, cette notion constitue la clé des décisions judiciaires concernant les enfants rendues en matière familiale. Au doyen Carbonnier d'ajouter, non sans malice, que cette clé ouvre sur un terrain vague (528).

Que signifie en effet une notion aussi insaisissable que l'intérêt de l'enfant ? Doit-on considérer son intérêt financier et social ? Doit-on privilégier son intérêt éducatif ou encore faire primer le lien affectif ? Cette notion que l'on ne peut définir a pourtant pris une place prépondérante dans le droit de l'enfance. Elle présente de multiples facettes et fait appel à la fois à la raison et à la subjectivité. Elle offre au juge une grande marge d'appréciation, voire un arbitraire.

La pénétration de l'intérêt de l'enfant dans le droit de la famille a modifié sa nature. Le juge n'applique plus des règles de droit objectif qui organisent les rapports familiaux selon un modèle familial privilégié par le législateur. Le droit est à géométrie variable en fonction de chaque situation familiale. Le juge doit faire la balance des intérêts en cause et privilégier celui de l'enfant. Le juge aux affaires familiales est ainsi amené à juger en équité. On peut se féliciter de la primauté accordée à la protection des personnes vulnérables. Cependant, la prévisibilité et la compréhension de la règle de droit souffrent de ces notions qui font appel à la subjectivité, voire l'empathie.

1436 **– Le droit des enfants lors de la séparation des parents non mariés. –** Lorsque les parents sont concubins, l'union se défait comme elle s'est faite, sans formalisme ni procédure. Les parents doivent s'accorder sur le sort de leur enfant. À défaut, le juge sera saisi par le plus diligent.

Lorsque les parents sont soumis à un Pacs, la désunion, qu'elle soit une décision commune ou unilatérale, doit respecter un certain formalisme (529). Ce dernier est très sommaire et la loi ne contient aucune disposition quant au sort des enfants en cas de dissolution du Pacs. Là encore, les parents doivent convenir des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de contribution à l'entretien des enfants. En cas de conflit, le juge aux affaires familiales tranchera.

1437 **– Les droits de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents. –** Il n'y a que dans la procédure de divorce s'appliquant aux parents mariés que la loi contient quelques

(526) C. civ., art. 373-2-6.

(527) Cour de cassation, 11 déc. 2006, Cycle droit et technique de cassation 2005-2006, 9e conférence, *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, intervention Mme le Professeur Gobert.

(528) J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, *in* C. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p. 99.

(529) C. civ., art. 515-7.

dispositions relatives aux enfants. Il convient de distinguer selon la procédure de divorce mise en œuvre.

1438 – Divorce par consentement mutuel sous signature privée. – Le divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire est ouvert aux époux qui sont d'accord tant sur le principe de la rupture du mariage que sur ses conséquences (530). La convention de divorce doit contenir certaines mentions obligatoires. Elle doit définir les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur les enfants et notamment leur résidence, le montant des pensions alimentaires qui leurs sont dues ou la justification de l'absence de versement, la prise en charge, financière et matérielle, des trajets entre les domiciles des parents et, en cas de résidence alternée des enfants, il est utile de désigner le parent qui sera attributaire des prestations familiales.

Deux précisions s'imposent concernant les droits des enfants dans cette procédure de divorce totalement libéralisée.

Le divorce par consentement mutuel sans juge est exclu lorsque l'un des enfants mineurs du couple exerce son droit de demander à être entendu par le juge. Le divorce par consentement mutuel demeure possible, mais selon la procédure judiciaire.

La convention de divorce doit mentionner, à peine de nullité, que le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté (531). Cette obligation d'information est mise à la charge des parents qui doivent attester, dans la convention, l'avoir remplie. Les mineurs concernés sont les enfants communs aux deux époux. Ceux issus d'une précédente union ne semblent pas devoir être informés, même s'ils vivent avec le couple (532). En outre, les enfants communs doivent être capables de discernement.

1439 – Divorce par consentement mutuel judiciaire. – Lorsque le mineur demande à être entendu par le juge, le divorce peut être demandé conjointement par les époux s'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets. Dans ce cas, ils doivent soumettre au contrôle du juge en vue de son homologation une convention réglant les effets du divorce. Celle-ci doit préciser les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur les enfants et notamment leur résidence et le montant des pensions alimentaires.

Lors de l'audience, le juge doit s'assurer que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il attire l'attention des conjoints sur l'importance des engagements pris par eux, notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale (533). Le juge doit également veiller à ce que les intérêts des enfants et de chacun des époux soient suffisamment préservés. Dans le cas contraire, le juge refuse d'homologuer la convention et de prononcer le divorce.

1440 – Autres cas de divorce relevant d'une procédure judiciaire. – Dans les autres cas de divorce prévus par la loi (divorce accepté, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute), la procédure est judiciaire et l'intérêt de l'enfant est soumis au contrôle du juge.

Aux termes de l'audience de conciliation, le juge rend une ordonnance de non-conciliation dans laquelle il prescrit les mesures provisoires et nécessaires pour organiser la séparation des époux et le sort des enfants le temps de la procédure. Concernant ces derniers, le juge décide notamment des conditions d'exercice de l'autorité parentale, de leur lieu de résidence et du montant de la pension alimentaire.

(530) C. civ., art. 229-1 et s. issus de L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.
(531) C. civ., art. 229-3, 6°.
(532) *Mémento Lefebvre Droit de la famille* 2018-2019, n° 9032, p. 166.
(533) CPC, art. 1099.

Les époux peuvent, à tout moment durant la procédure, conclure une convention réglant les conséquences du divorce. Les époux étant invités par le juge conciliateur à régler à l'amiable leurs différends, ils sont autorisés à soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (534), concernant notamment le sort des enfants. Si aucune voie amiable n'a pu aboutir, le jugement prononçant le divorce précisera également la situation des enfants et notamment les conditions d'exercice de l'autorité parentale.

Section II La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants

1441 **– L'obligation de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. –** Aux termes de l'article 371-2 du Code civil, « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ». Cette obligation constitue l'un des devoirs de l'autorité parentale. Cette obligation va au-delà de celle, strictement alimentaire, à laquelle les parents sont tenus en vertu des articles 205 et suivants du Code civil. Elle vise tous les besoins de l'enfant, qu'il s'agisse de sa santé, son éducation, ses loisirs, sa culture...

Cette obligation s'exécute, en principe, en nature. Cependant, en cas de séparation des parents, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prend généralement la forme d'une pension alimentaire versée par l'un des parents à l'autre. En cas de résidence alternée égalitaire, il peut ne pas y avoir de pension alimentaire, chacun assumant directement les frais engagés pendant les périodes de cohabitation avec l'enfant. Mais cette dispense de paiement d'une pension n'est pas automatique.

La résidence de l'enfant est fixée par décision du juge dans 73 % des cas chez sa mère. Elle est fixée chez le père dans 7 % des cas et la résidence alternée représente 17 % des situations. C'est donc la mère qui est le plus souvent créancière de cette pension due par le père. Dans des situations familiales conflictuelles ou en raison de l'éloignement géographique consécutif à une séparation, le lien paternel peut se trouver réduit à cette obligation financière.

1442 **– Le montant de la pension alimentaire. –** Quelles que soient les modalités de séparation des parents (séparation de fait, dissolution de Pacs ou divorce), ceux-ci peuvent convenir du lieu de résidence de l'enfant et du montant de la pension alimentaire. À défaut d'accord, la pension est fixée par le juge en fonction des revenus et charges de chacun et des besoins de l'enfant.

Un barème, réévalué chaque année, est publié par le ministère de la Justice (535). Ce barème est indicatif. Il constitue un outil d'aide à la décision, mais il ne dispense pas le juge d'apprécier au cas par cas chaque situation et de statuer en considération des seules facultés contributives des parents et des besoins des enfants (536). À titre d'exemple, selon le barème 2017, pour un revenu mensuel de 1 600 € le montant de la pension par enfant s'élevait à 142,31 € pour un enfant à charge, à 121,27 € pour deux enfants, et à 105,47 € pour trois enfants. Certaines études de l'Observatoire des inégalités et de l'Insee (537)

(534) C. civ., art. 268.
(535) www.vos-droits.justice.gouv.fr/art_pix/table_reference_pa.pdf.
(536) Cass. 1re civ., 23 oct. 2013, no 12-25.301 : *Bull. civ.* 2013, I, no 203.
(537) *Insee Analyses Nouvelle-Aquitaine* oct. 2018, no 64.

mettent en évidence la faiblesse des pensions alimentaires, source de paupérisation après une séparation, surtout pour les femmes vivant seules avec leurs enfants.

1443 – L'indexation et la révision de la pension alimentaire. – La pension alimentaire peut être indexée afin qu'elle ne subisse pas l'érosion liée à l'évolution du coût de la vie. Le juge dispose d'un pouvoir souverain pour décider l'indexation de la pension. Généralement, l'indice de référence retenu est l'indice des prix à la consommation publié par l'Insee.

La pension alimentaire peut également faire l'objet d'une révision à la demande de l'un ou l'autre des parents. Le demandeur doit démontrer un élément nouveau pour justifier sa demande à la hausse (dépenses de santé, frais de scolarité,) ou à la baisse (augmentation des revenus du créancier). Ainsi 170 000 demandes de révision sont introduites en France chaque année. Ce contentieux contribue à l'engorgement des juridictions. Pour y remédier, le législateur (538) a souhaité transférer aux caisses d'allocations familiales la mission de procéder aux révisions des pensions alimentaires. Le Conseil constitutionnel (539) a censuré cette disposition y voyant l'introduction d'un principe dangereux, à savoir la modification par une personne privée d'une décision judiciaire, sans garantie suffisante ; d'autant plus que les caisses d'allocations familiales risquaient d'être en conflit d'intérêts.

1444 – Les garanties de paiement. – Pour garantir le paiement des pensions alimentaires, le parent créancier dispose, outre des voies de recours ordinaires de tout créancier muni d'un titre exécutoire, de règles particulières que sont le paiement direct et le recouvrement public.

Le paiement direct (540)**.** Tout créancier d'une pension alimentaire dispose de cette voie d'exécution spécifique pour recouvrer sa créance. Il peut se faire payer directement le montant de cette pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. Pour mettre en œuvre la procédure de paiement direct, le créancier doit justifier d'un acte exécutoire et d'une échéance totalement ou partiellement impayée. La demande de paiement direct doit être faite par l'intermédiaire d'un huissier de justice. Cette voie d'exécution permet le recouvrement des sommes à venir ainsi que l'arriéré impayé, mais seulement dans la limite des six dernières échéances.

Le recouvrement public (541)**.** En cas d'échec du recouvrement de la pension alimentaire, le créancier peut requérir le procureur de la République afin de faire recouvrer la créance par le comptable public. Comme pour le paiement direct, il peut être recouru au recouvrement public pour toute pension alimentaire ou assimilée. Mais le recouvrement public a un caractère subsidiaire : le créancier doit prouver qu'il a épuisé tous les autres moyens de recouvrement. Le créancier doit adresser sa demande au procureur de la République et, si ce dernier autorise le recouvrement public, il saisira le comptable public qui sera chargé d'obtenir le paiement des sommes dues. Le recouvrement porte sur les termes à échoir et l'arriéré des six dernières échéances à compter de la demande.

Malgré les voies d'exécution particulières qui garantissent le paiement des pensions alimentaires, le problème des impayés constitue un fait de société.

1445 – Le problème des impayés. – Le règlement de la pension alimentaire constitue la forme de substitution de l'obligation d'entretien et d'éducation de son enfant. Ce règlement n'est pas une option. Il oblige son débiteur. Pourtant, sur fond de misère sociale, de mauvaise foi ou de destruction des liens familiaux, 30 % à 40 % des pensions alimentaires ne sont pas payées ou le sont irrégulièrement. Ce fléau des pensions alimentaires impayées gangrène les

(538) L. nº 2019-222, 23 mars 2019, « Programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », art. 7.
(539) Cons. const., 21 mars 2019, nº 2019-778 DC.
(540) CPC ex., art. L. 213-1.
(541) L. nº 75-618, 11 juill. 1975, art. 1 et 15.

relations familiales et fragilise les personnes les plus vulnérables et particulièrement les enfants vivant au sein de familles monoparentales.

Rappelons que le défaut de paiement d'une pension alimentaire est sanctionné pénalement par le délit d'abandon de famille. L'infraction est constituée par le fait de ne pas exécuter pendant plus de deux mois une décision judiciaire, une convention judiciairement homologuée ou une convention de divorce sous seing privé déposée au rang des minutes d'un notaire, imposant de verser au profit d'un mineur une pension (542). L'abandon de famille est sanctionné d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

1446 **– Le rôle de la caisse d'allocations familiales. –** La fixation, la révision et le recouvrement des pensions alimentaires génèrent un contentieux important. Pour désengorger les tribunaux de ce contentieux familial, le législateur a chargé les caisses d'allocations familiales de plusieurs missions.

Agence de recouvrement des impayés de pensions alimentaires (Aripa). Une agence spécifique au sein des caisses d'allocations familiales a été créée pour centraliser la gestion des pensions alimentaires. Elle constitue le service centralisé pour l'information des créanciers et des débiteurs de pensions alimentaires, la gestion des demandes d'allocation de soutien familial, l'aide au recouvrement des pensions impayées et les demandes en vue de rendre les accords exécutoires.

L'allocation de soutien familial. Cette allocation est attribuée au parent qui assume seul un enfant. Elle peut être versée soit à titre d'avance, dans l'attente du recouvrement contre le débiteur, soit à titre définitif si le débiteur s'avère insolvable. Elle peut être versée en substitution d'un débiteur défaillant ou en complément d'une pension dont le montant est inférieur à l'allocation de soutien familial.

Le recouvrement de la pension par la CAF. La caisse d'allocations familiales (CAF) remplit également une mission en matière de recouvrement des pensions alimentaires. La caisse peut apporter son aide au recouvrement des créances dues au titre de l'entretien des enfants. Ces interventions peuvent prendre différentes formes. D'abord, lorsque la CAF verse à titre d'avance l'allocation de soutien familial, elle est automatiquement subrogée dans les droits du créancier. Ensuite, même si le créancier ne bénéficie pas de cette allocation, il peut donner mandat à la CAF de recouvrer la pension qui lui est due. Enfin, la CAF est habilitée à mettre en œuvre un paiement direct, une saisie sur salaire, voire un recouvrement public.

L'émission de titres exécutoires. Depuis le 1er avril 2018, les concubins et les partenaires de Pacs qui se séparent peuvent demander au directeur de la CAF de donner force exécutoire à l'accord par lequel ils fixent le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de leur enfant (543). La décision de la CAF produira les effets d'un jugement et constituera un titre exécutoire pouvant fonder notamment une procédure de recouvrement public.

1447 **– La déjudiciarisation du contentieux des pensions alimentaires. –** L'accroissement des missions de la CAF en matière de pensions alimentaires et la création d'une agence spécifique en son sein révèlent la volonté du législateur de déjudiciariser cette matière. La loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 adoptée par le Parlement prévoyait que la révision des pensions serait réalisée par la CAF. Il n'y a plus qu'un pas pour lui confier le soin de fixer elle-même le montant de la pension. Comme nous l'avons indiqué, le Conseil

(542) C. pén., art. L. 227-3.
(543) CSS, art. L. 582-2.

constitutionnel a invalidé cette disposition qui n'est donc pas entrée en vigueur. Mais cette politique des petits pas démontre clairement la voie de la déjudiciarisation. Est-ce que la CAF serait meilleure garante des intérêts des enfants et des parents aux lieu et place des magistrats ? Nous ne sommes pas de cet avis. Nous pouvons au contraire craindre qu'une administration soit pourvue d'autant de pouvoirs pour fixer le montant d'une créance, émettre un titre exécutoire et procéder à son recouvrement.

1448 **– Conclusion du chapitre II. –** Quatre décennies de libéralisme juridique ont mis en coupe réglée la famille. Traditionnellement, la famille était considérée comme la racine de la société, la communauté naturelle qui encadre et protège l'individu, particulièrement les plus vulnérables dont les enfants. Pour assurer cette protection, la cohésion du groupe familial devait être garantie et privilégiée.

Le paradigme a changé. La liberté individuelle de s'unir et de se désunir, de constituer une famille, puis de la dissoudre est consacrée en droit. La primauté de cette liberté individuelle est affirmée contre la cohérence du groupe familial et du corps social et contre les droits individuels des autres membres de la famille.

La responsabilité individuelle vis-à-vis des enfants constitue le contrepoids de cette liberté. L'obligation d'éducation et d'entretien ne disparaît pas avec la séparation des parents. Mais, dans les situations familiales conflictuelles, les relations entre l'enfant et ses parents s'altèrent et le rôle d'un parent peut se réduire au seul lien financier de versement d'une pension alimentaire. Cette situation porte le germe d'une destruction de la solidarité familiale.

Ce droit de la famille destructeur de la famille produit des effets délétères en matière de cohésion familiale et de protection des individus et surtout des enfants. Les difficultés économiques et sociales achèvent de précariser les plus vulnérables, car la société ne protège pas ceux que la famille ne protège plus.

CHAPITRE III La tutelle du mineur

1449 Pour protéger ceux que la vie a maltraités dès l'enfance, le législateur a institué la tutelle. Elle constitue une charge publique, un devoir des familles et de la collectivité publique (544).

L'ouverture d'une tutelle est le signe d'une défaillance parentale. Lorsque les parents ne sont pas en mesure d'assurer la protection de leur enfant, par suite de décès, incapacité ou abandon, le cercle élargi de la famille et la société doivent prendre le relais pour garantir la protection due à ses plus jeunes membres.

Deux conceptions de la tutelle s'opposent, l'une familiale et l'autre administrative. La première représente le mode prioritaire d'organisation de la tutelle dans la mesure où elle constitue d'abord un devoir des familles sous le contrôle de l'État. La tutelle administrative est le signe d'une défaillance complète de la famille. Elle est mise en place lorsque le juge a constaté la vacance de la tutelle. Dans ce cas, la tutelle est déférée à la collectivité publique compétente en matière sociale à l'enfance, à savoir le département. Une autre tutelle administrative peut être organisée au profit des pupilles de l'État. L'enfant est alors placé sous la tutelle du préfet qui délègue cette tâche au directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.

(544) C. civ., art. 394.

Nous concentrerons nos développements sur la tutelle familiale en présentant d'abord son économie générale (**Section I**), puis quelques spécificités de son fonctionnement dans la pratique notariale (**Section II**).

Section I L'économie générale de la tutelle du mineur

1450 **– Cas d'ouverture de la tutelle. –** Une tutelle s'ouvre lorsque le mineur est dépourvu de parents capables d'assurer son éducation et sa protection. La loi distingue quatre cas d'ouverture (545).

La tutelle s'ouvre lorsque :
- le père et la mère sont tous deux décédés ;
- le père et la mère sont tous deux privés de l'exercice de l'autorité parentale ;
- l'enfant n'a pas de filiation légalement établie ;
- le juge des tutelles estime que l'administration légale ne protège pas suffisamment les biens du mineur.

1451 **– La tutelle : une protection familiale sous le contrôle de l'État. –** Les principaux organes de la tutelle sont le tuteur, le subrogé tuteur et le conseil de famille. Ces différents organes exercent leur mission sous la surveillance et le contrôle du juge des tutelles et du procureur de la République.

1452 **– Le tuteur. –** En principe confiée à une personne physique, la charge de tuteur est essentielle.

La désignation du tuteur. Le survivant des père et mère peut, par testament ou déclaration notariée spéciale, choisir un tuteur, parent ou non, qui entrera en fonction après sa mort (546). À défaut de tutelle testamentaire, le tuteur est alors désigné par le conseil de famille et l'on parle alors de tutelle dative.

Le choix du tuteur est en principe libre. Cependant, ne peuvent pas exercer les charges de la tutelle les mineurs non émancipés, les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection, les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée et les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal. De même, toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, la négligence, l'inconduite, la fraude ou la contradiction d'intérêts avec le mineur.

En fonction de la situation familiale et de la composition du patrimoine du mineur, plusieurs tuteurs peuvent être nommés pour exercer conjointement la mesure de protection. À l'égard des tiers, chacun est réputé avoir le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'a besoin d'aucune autorisation. Il peut également être nommé un tuteur à la personne et un tuteur aux biens ou un tuteur et un tuteur adjoint chargé de la gestion de certains biens particuliers.

Le tuteur est désigné pour la durée de la tutelle. Sauf cas particulier, notamment en raison d'un changement important dans sa situation, il ne peut renoncer à sa mission.

Les missions du tuteur. Le tuteur est investi d'une charge publique, personnelle et en principe gratuite. Le tuteur a une double obligation de prendre soin du mineur et de gérer ses biens.

(545) C. civ., art. 390 et 391.
(546) Sur la tutelle testamentaire, V. *infra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I, Chapitre I.

En ce qui concerne la protection de la personne du mineur, le tuteur est surtout un organe d'exécution, car c'est le conseil de famille qui fixe les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant.

En ce qui concerne la gestion de ses biens, le tuteur doit apporter des soins prudents, diligents et avisés dans le seul intérêt du mineur. Le tuteur a l'obligation d'établir un inventaire du patrimoine du mineur dans les trois mois qui suivent sa nomination et d'actualiser cet inventaire tout au long de la tutelle. Le tuteur doit également arrêter le budget de la tutelle en déterminant les sommes annuellement nécessaires. Il est encore tenu de déposer les fonds du mineur sur un compte ouvert exclusivement à son nom et mentionnant l'existence de la tutelle. Il doit encore employer les capitaux et l'excédent de revenu du protégé.

Le tuteur a par ailleurs l'obligation de rendre compte de sa gestion chaque année et à la fin de sa mission. Il doit établir un compte de gestion auquel sont annexées les pièces justificatives.

Le tuteur demeure responsable des fautes commises dans l'exercice de sa mission.

1453 – Le subrogé tuteur. – Le subrogé tuteur (547) constitue l'un des organes de contrôle du tuteur. Il est choisi parmi les membres du conseil de famille. Si le tuteur est parent ou allié du mineur dans une branche, le subrogé tuteur est choisi de préférence dans l'autre branche. En dehors de cette prescription, le choix du subrogé tuteur demeure libre. Il subit cependant les mêmes interdictions et empêchements que le tuteur.

La principale mission du subrogé tuteur est de surveiller l'exercice de la mission tutélaire. S'il constate des fautes de gestion du tuteur, il doit en informer immédiatement le juge des tutelles. À défaut, il engage sa responsabilité. Il doit notamment assister à l'établissement de l'inventaire des biens du mineur, attester auprès du juge des tutelles de l'emploi ou du remploi des capitaux reçus conformément aux prescriptions du conseil de famille ou du juge des tutelles, vérifier le compte annuel de gestion établi par le tuteur avant de le transmettre avec ses observations au greffier en chef du tribunal de grande instance.

Le subrogé tuteur a également pour mission de remplacer le tuteur en cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur. S'il est lui-même en conflit d'intérêts, un tuteur *ad hoc* devra alors être nommé par le conseil de famille.

La mission du subrogé tuteur cesse avec la fin de la mesure de protection. Elle cesse également si les fonctions du tuteur prennent fin. Dans ce cas, le subrogé tuteur est tenu de provoquer le remplacement du tuteur sous peine d'engager sa responsabilité.

1454 – Le conseil de famille. – Manifestation d'une conception familiale de la tutelle, le conseil de famille, organe collégial, constitue l'autorité supérieure de la tutelle. Sauf lorsque la tutelle est vacante, toute tutelle concernant un mineur est organisée avec un conseil de famille.

Cet organe comporte au moins quatre membres, y compris le tuteur et le subrogé tuteur. Il n'y a pas de nombre maximum de membres. Sous réserve des exclusions prévues à l'article 395 du Code civil, peuvent être membres du conseil de famille les parents ou alliés des père et mère de l'enfant ainsi que toute personne qui manifeste un intérêt pour lui. Le juge des tutelles choisit les membres du conseil de famille en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations qu'ils entretenaient avec les parents du mineur, des liens qu'ils ont avec lui et de leur disponibilité. Le juge doit éviter de laisser l'une des deux branches maternelle ou paternelle non représentée.

(547) Le statut du subrogé tuteur est réglementé aux articles 409 et suivants du Code civil.

Le rôle du conseil de famille est capital et ses attributions multiples.

Il doit d'abord désigner les agents tutélaires (tuteur, tuteur adjoint, subrogé tuteur). Il statue également sur les empêchements, les retraits et les remplacements qui intéressent le tuteur et le subrogé tuteur.

C'est également un organe de décision concernant la direction de la personne du mineur et la gestion de son patrimoine. Ainsi le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur. Il est également compétent pour autoriser le tuteur à réaliser les actes de disposition, pour déterminer la somme à partir de laquelle commence l'obligation pour le tuteur d'employer les capitaux liquides du mineur et l'excédent de revenus et pour arrêter le budget en cas de difficultés du tuteur.

Le conseil de famille est également un organe de contrôle et de surveillance de la bonne exécution de la charge tutélaire par le tuteur.

1455 **– Le juge des tutelles. –** Le juge des tutelles est un magistrat du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est située la résidence habituelle du pupille ou le domicile du tuteur. Dans le fonctionnement de la tutelle des mineurs, il exerce plusieurs fonctions. À titre principal, il exerce une surveillance générale de la tutelle (548). Il dispose de la faculté de convoquer le tuteur, le subrogé tuteur ou les membres du conseil de famille afin de leur demander des éclaircissements ; il peut exiger d'eux la communication de toute information qu'il estime utile et leur adresser des injonctions.

Le juge des tutelles dispose en outre de pouvoirs spéciaux. Il peut décider d'ouvrir une tutelle. Il désigne les membres du conseil de famille, convoque cet organe et le préside. Il peut également adopter des mesures urgentes si l'intérêt de l'enfant le commande.

Les dommages subis par le pupille par suite d'une faute commise par le juge des tutelles dans l'organisation ou le fonctionnement de ce régime de protection peuvent être indemnisés. L'action en responsabilité doit être dirigée contre l'État. Cette action se prescrit par cinq ans à compter de la majorité du pupille.

1456 **– Le greffier en chef du tribunal de grande instance. –** Une mission de vérification des comptes de gestion a été attribuée au greffier en chef du tribunal de grande instance. Le tuteur doit établir chaque année un compte de gestion qui contient les pièces justificatives. Le subrogé tuteur doit vérifier ce compte avant de le transmettre au greffier en chef, accompagné le cas échéant de ses observations. Si le greffier en chef refuse d'approuver les comptes de gestion, il dresse un rapport des difficultés rencontrées qu'il transmet au juge des tutelles. Il revient alors à ce dernier de statuer sur la conformité des comptes.

Une faute commise par le greffier en chef dans l'exercice de cette mission de vérification des comptes de gestion peut engager la responsabilité de l'État si cette faute cause un préjudice au pupille. Cette action se prescrit également par cinq ans après la majorité.

1457 **– Le parquet. –** Le parquet est chargé de certaines missions dans le fonctionnement de la tutelle. À l'instar du juge des tutelles, le procureur de la République exerce une surveillance générale des mesures de protection dans son ressort (549).

1458 **– Le notaire. –** Le notaire a-t-il un rôle à jouer dans le fonctionnement de la tutelle ? Il ne fait pas partie des personnes investies de charge tutélaire et la loi ne lui assigne aucun rôle particulier dans le fonctionnement de la tutelle. Il doit cependant être vigilant sur deux points particuliers lors de la réalisation d'actes pour le compte de mineur en tutelle.

(548) C. civ., art. 388-3.
(549) C. civ., art. 416.

D'une part, il doit vérifier les pouvoirs du représentant du mineur. Il doit donc obtenir la décision de nomination du tuteur et vérifier les autorisations nécessaires à la passation de l'acte envisagé.

D'autre part, l'article 499 du Code civil dispose que : « Les tiers peuvent informer le juge des tutelles des actes ou omissions du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée. Ils ne sont pas garants de l'emploi des capitaux. Toutefois, si à l'occasion de cet emploi ils ont connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement l'intérêt de la personne protégée, ils en avisent le juge ». Le notaire fait partie de ces tiers qui peuvent être amenés à alerter le juge s'il constate des opérations non conformes à l'intérêt du mineur.

Section II La tutelle du mineur dans la pratique notariale

1459 **– L'établissement obligatoire d'un inventaire. –** Le tuteur a l'obligation de faire procéder à un inventaire du patrimoine du mineur dans les trois mois qui suivent sa nomination et d'actualiser cet inventaire tout au long de la tutelle. Le subrogé tuteur doit assister à cet inventaire.

L'inventaire contient une description des meubles meublants, une situation des immeubles et des biens mobiliers ayant une valeur de réalisation supérieure à 1 500 €, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des valeurs mobilières (550).

L'inventaire peut être établi sous seing privé. Dans ce cas, il doit être réalisé en présence de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée ni du tuteur. L'inventaire peut également être établi par un officier public ou ministériel. En fonction de l'importance et de la complexité du patrimoine, il peut être souhaitable de faire appel à un professionnel spécialisé.

1460 **– La représentation du mineur par le tuteur. –** Pendant le cours de la tutelle, le tuteur est chargé de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile, sous réserve des situations dans lesquelles la loi ou l'usage autorise l'enfant à agir lui-même. Le tuteur est tenu d'apporter à la gestion du patrimoine des soins prudents, diligents et avisés dans l'intérêt du mineur.

Les pouvoirs du tuteur varient selon la nature des actes à réaliser. Ces actes peuvent, selon leur gravité, être libres, soumis à autorisation préalable, interdits ou obligatoires.

1461 **– Les actes libres. –** Le tuteur peut accomplir seul, sans autorisation préalable, les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine du mineur.

Les actes conservatoires. Le tuteur peut, et dans certaines situations doit accomplir tous les actes conservatoires requis pour la gestion du patrimoine de l'enfant. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 définit comme tels les actes qui permettent de sauvegarder le patrimoine de la personne protégée ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre aucune des prérogatives de son titulaire. Pour cette catégorie d'acte, le tuteur est autorisé à agir librement sans autorisation préalable du conseil de famille. Il peut par exemple inscrire une hypothèque pour garantir une créance,

(550) CPC, art. 1253.

interrompre une prescription qui court contre le mineur, payer une prime d'assurance d'un contrat arrivé à échéance, réaliser des travaux urgents sur un immeuble.

Les actes d'administration. Le tuteur est également autorisé à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine du mineur. La distinction entre les actes d'administration relatifs à la gestion courante des biens et les actes de disposition engageant durablement et substantiellement ces biens n'est pas toujours évidente en pratique.

L'article 1er du décret précité du 22 décembre 2008 dispose que « constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal ». Ce décret contient en annexe 1 une liste d'actes qui sont qualifiés d'actes d'administration en toutes circonstances et en annexe 2 une liste d'actes qualifiés d'actes d'administration selon les circonstances de l'espèce. Nous avons déjà analysé ce décret lors de l'étude de l'administration légale (551) et nous y renvoyons le lecteur pour déterminer ce qui constitue un acte d'administration et un acte de disposition.

La difficulté pratique porte surtout sur les actes qualifiés d'administration, sauf circonstances particulières. Certains actes qui constituent *a priori* des actes d'administration peuvent être qualifiés d'actes de disposition « en raison de leurs conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie » (552). C'est le tuteur qui décide, compte tenu des circonstances de l'espèce, si l'acte d'administration qu'il envisage d'accomplir doit être considéré comme un acte de disposition soumis à autorisation.

– Les actes soumis à autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles. **1462**
– L'article 505 du Code civil dispose que : « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée ». Tout acte de disposition doit être préalablement autorisé par le conseil de famille.

Définition et nomenclature des actes de disposition. L'article 2 du décret précité du 22 décembre 2008 précise que « constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ». L'annexe 1 de ce décret énumère une liste d'actes regardés comme des actes de disposition. L'annexe 2 contient une autre liste d'actes regardés comme des actes de disposition, à moins que les circonstances de l'espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu'ils répondent aux critères de l'acte de disposition en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie. Là encore, nous renvoyons le lecteur aux développements consacrés à l'administration légale sur la qualification et la nomenclature des actes de disposition.

Le régime particulier de certains actes de disposition. Pour la réalisation de certains actes de disposition, certaines normes et formes particulières sont prévues par la loi.

Il en est ainsi de l'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé qui ne peut être donnée par le conseil de famille qu'après la réalisation d'une

(551) V. *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I, Chapitre II.
(552) D. nº 2008-1484, 22 déc. 2008, art. 1.

mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés. Néanmoins en cas d'urgence, le juge peut, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, autoriser, en lieu et place du conseil de famille, la vente d'instruments financiers à charge qu'il en soit rendu compte sans délai au conseil, appelé à décider du remploi des fonds (553).

Par ailleurs, aux termes de l'article 506 du Code civil, le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom du mineur qu'après avoir fait spécialement approuver par le conseil de famille les clauses de la transaction ou du compromis et, le cas échéant, la clause compromissoire.

Enfin, concernant le règlement d'une succession dévolue à un mineur sous tutelle, des règles particulières sont applicables à l'acceptation pure et simple de la succession, à sa renonciation et au partage de la succession. Nous avons déjà exposé ces règles et nous y renvoyons le lecteur (554).

1463 – Les actes interdits. – Le législateur a déterminé une liste d'actes que le tuteur ne peut en aucun cas réaliser, même avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles, en raison de leur gravité. Cette liste figure à l'article 509 du Code civil.

Il est ainsi interdit au tuteur :

- d'accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits du mineur (par ex. : remise de dette, renonciation gratuite à un droit acquis, mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement, constitution gratuite de servitude ou de sûreté pour garantir la dette d'un tiers) ;
- d'acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre le mineur ;
- d'exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur.

Le même article dispose que le tuteur ne peut acheter les biens du mineur ou les prendre à bail. Cependant, l'article 508 du Code civil admet néanmoins qu'à titre exceptionnel et dans l'intérêt du mineur, le tuteur achète les biens de ce dernier ou les prenne à bail avec l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge des tutelles. Il est alors réputé être en opposition d'intérêts avec l'enfant et ce dernier devra alors être représenté par le subrogé tuteur.

1464 – Les actes obligatoires. – Deux opérations peuvent être imposées au tuteur.

Le dépôt de fonds. Les capitaux revenant au mineur sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant la mesure de tutelle, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public. Par ailleurs, aux termes de l'article 501, alinéa 3 du Code civil, le conseil de famille ou, à défaut, le juge des tutelles, peut ordonner au tuteur de déposer certains fonds appartenant au mineur sur un compte frappé d'indisponibilité. Il est précisé que les comptes de gestion du patrimoine du mineur sont exclusivement ouverts, si le conseil de famille ou à défaut le juge des tutelles l'estime nécessaire, auprès de la Caisse des dépôts et consignations.

Emploi et remploi de fonds. Lorsque le patrimoine du mineur comporte des capitaux liquides ou est source de revenus, le conseil de famille ou à défaut le juge des tutelles détermine la somme à partir de laquelle le tuteur a l'obligation de les employer. Le conseil ou le juge prescrit toutes les mesures qu'il estime utiles pour l'emploi ou le remploi des fonds, soit par avance, soit pour chaque opération. L'emploi ou le remploi doit être réalisé par le tuteur dans le délai fixé par la décision. À défaut, il peut être déclaré débiteur des intérêts.

(553) C. civ., art. 509, al. 3 et 4.
(554) V. *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre II, Chapitre I.

– L'opposition d'intérêts avec le tuteur. – Lorsque le tuteur est en situation de conflit d'intérêts avec son pupille, il ne peut plus le représenter valablement. Dans ce cas, le mineur est représenté par le subrogé tuteur. Cette situation nécessite une délibération du conseil de famille, constatant le conflit d'intérêts et chargeant le subrogé tuteur de prendre ponctuellement sa place pour représenter le mineur. **1465**

Si l'opposition d'intérêts existe non seulement entre le tuteur et le pupille, mais également entre ce dernier et le subrogé tuteur, un tuteur *ad hoc* devra alors être désigné par le conseil de famille.

– La délégation de pouvoir. – La tutelle est une charge personnelle. Elle n'est ni cessible ni transmissible. Le tuteur doit exercer personnellement cette charge tutélaire et il ne peut déléguer ses pouvoirs. Par conséquent, le tuteur ne peut consentir aucune procuration pour être représenté dans l'exercice de sa mission. Cependant, il semble admis qu'il consente un pouvoir spécial pour le représenter à la signature d'un acte déterminé. Cette souplesse doit être utilisée avec parcimonie. Dans ce cas exceptionnel, il pourra être représenté par un tiers auquel il consentira un pouvoir spécial. Il doit s'agir d'une délégation de signature et non d'un pouvoir de représentation. Le mandataire n'est, pour la régularisation de l'acte, que la main du mandant. Le rôle du mandataire est réduit à une mission matérielle de signature d'un acte négocié et approuvé par le tuteur. **1466**

TITRE II

Le traitement de la vulnérabilité des majeurs

– Plan. – La volonté d'un individu, initialement éclairée, peut devenir évanescente jusqu'à disparaître totalement. En pareil cas, lorsque la vulnérabilité est révélée et dûment constatée par un juge, elle fait l'objet d'un régime de protection organisée par le droit, dont les différents visages sont certes connus, mais manquent singulièrement de lisibilité et, parfois, de cohérence entre eux à défaut de toujours répondre aux exigences de la protection due à la personne dont la capacité est altérée. Plus délicate est la situation du vulnérable qui s'ignore, et que l'on ignore, ce que l'on nomme communément la « zone grise ». En effet, l'altération des capacités physiques ou mentales d'une personne ne la place pas nécessairement dans un état de vulnérabilité tel qu'elle doive bénéficier d'une mesure de protection juridique. Bien au contraire, dans la majorité des cas, les personnes vulnérables restent des personnes « capables », au sens juridique, leurs facultés n'étant pas altérées ; néanmoins leur âge, leur pathologie, le contexte social, sanitaire et économique dans lequel elles vivent rendent leur volonté fragile et difficiles leurs capacités d'expression. Toutes peuvent consentir un acte juridique, en dépit d'une conscience tronquée du sens et de la portée de leurs engagements et sans le voile protecteur et sécurisant d'une assistance ou d'une représentation. Se pose alors immanquablement la question des modalités d'une protection, par essence inorganisée. C'est pourquoi, après avoir défini les contours de la protection du majeur déclaré vulnérable en droit (**Sous-titre I**), nous envisagerons la protection du majeur reconnu vulnérable en fait (**Sous-titre II**). **1467**

SOUS-TITRE I

La protection du majeur déclaré vulnérable en droit

1468 – Dualité de systèmes de protection des personnes vulnérables. – Si le droit essaye de privilégier la mise en place d'un dispositif volontaire de pré-incapacité, il arrive encore trop souvent qu'un individu ne soit pas prévoyant s'agissant d'une éventuelle vulnérabilité. Que faire lorsque celle-ci survient alors que rien n'a été préparé à cet effet ? Depuis 2007, la loi distingue, s'agissant de la protection de la personne vulnérable, l'aspect juridique et l'aspect social. Si le majeur souffre d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles, il doit faire l'objet d'une mesure de protection juridique : habilitation familiale, sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle. En revanche, si le majeur, dont les facultés ne sont pas altérées au point de justifier d'entrée l'intervention du juge, ne gère pas de manière satisfaisante ses prestations sociales et que sa santé ou sa sécurité s'en trouve menacée ou compromise, il peut faire l'objet de mesures de protection sociale.

1469 – Les mesures de protection sociale. – Les mesures de protection sociale, qui font l'objet d'une réglementation spécifique dans le Code civil et dans le Code de la famille et de l'aide sociale, sont destinées à combler un vide, depuis que les oisifs, prodigues et autres intempérants ne peuvent plus relever d'un régime de protection juridique. Ces mesures, qui s'adressent presque exclusivement à ceux, déjà connus des services sociaux des départements, dont les fragilités multiples et diverses ont fait échouer les accompagnements classiques ou qui se sont isolés d'eux-mêmes de toute intervention sociale, sont au nombre de deux (555) et sont alternatives : dans un premier temps, la *mesure d'accompagnement social personnalisé* (Masp), non judiciaire, est mise en œuvre par les services sociaux du département sur la base d'un contrat, et ce pour une durée limitée n'excédant pas quatre ans. Elle se décline en trois niveaux d'accompagnement, ce qui lui confère un caractère gradué, afin de s'adapter aux capacités et aux problématiques de chaque bénéficiaire, pour évoluer d'un « accompagnement social renforcé » à la gestion des prestations puis à une mesure contraignante (556). Dans un second temps, en cas d'échec de cette phase sociale, la *mesure d'accompagnement judiciaire* (MAJ) peut être confiée par le juge à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, qui gère tout ou partie des prestations sociales perçues par la personne, dans l'intérêt de celle-ci, étant ici souligné que cette dernière garde pour le reste toute sa capacité civile.

La frontière entre les deux types de mesures, sociales et juridiques, est en principe infranchissable car une mesure d'accompagnement judiciaire ne peut être prononcée si la personne bénéficie d'une mesure de protection juridique et, à l'inverse, le prononcé d'une mesure de protection juridique met fin de plein droit à la mesure d'accompagnement

(555) Notons que ces mesures interviennent toujours en complémentarité – jamais en substitution – d'autres dispositifs d'accompagnement social, généralement en relais de l'aide budgétaire des travailleurs sociaux de polyvalence ou des mesures liées au logement (accompagnement social lié au logement).

(556) Masp 1 : il s'agit de la mesure de base, laquelle comprend un accompagnement social et une aide à la gestion du budget ; Masp 2 : le bénéficiaire de la mesure peut demander, en complément de l'accompagnement social, la gestion déléguée de tout ou partie de ses prestations sociales, pour qu'elles soient affectées en priorité au paiement du loyer et des charges locatives et Masp 3 : il s'agit, en cas de non-paiement du loyer depuis au moins deux mois, d'un dispositif contraint de gestion des prestations sociales sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'adhésion de la personne.

judiciaire (C. civ., art. 495-1). Cette frontière n'est cependant pas totalement imperméable puisque l'article L. 271-6 du Code de l'action sociale et des familles prévoit qu'en cas d'échec de la Masp, le président du conseil départemental transmet au procureur de la République un rapport comportant une évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu'un bilan des actions personnalisées menées auprès d'elle. Il joint à ce rapport, sous pli cacheté, les informations dont il dispose sur la situation médicale du bénéficiaire. Si, au vu de ces éléments, le procureur de la République saisit le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire, il en informe le président du conseil départemental.

À côté des personnes mentalement ou physiquement vulnérables, les textes entendent ainsi protéger une autre catégorie de majeurs, ceux qui sont socialement vulnérables. Ce sont les personnes désocialisées, les « accidentés de la vie », en situation de précarité et d'exclusion, ceux que l'on a pu nommer « les nouveaux prodigues » (557). On peut cependant constater, et regretter que ces mesures soient peu utilisées (558). Les raisons de cette confidentialité sont nombreuses et connues (559). Outre le vice congénital dont souffrent ces mesures, leur champ d'application se limitant aux seules personnes qui perçoivent des prestations sociales et uniquement celles-ci, ce qui exclut par exemple un certain nombre de personnes âgées, il ressort notamment d'une enquête de la Cour des comptes (560) que les parquets et les juges ne réorientent pas les demandes d'ouverture de mesures de protection juridique vers les travailleurs sociaux du département lorsque le majeur concerné paraît relever davantage d'un dispositif social que d'une mesure judiciaire. On constate également que le champ des bénéficiaires potentiels de ces mesures alternatives est plus étroit que le législateur ne l'avait imaginé en raison d'un cumul de critères exigeants et d'une limite dans le temps. Enfin, les bonnes volontés sont ici éprouvées par les faits, en l'occurrence le manque de moyens. On constate, en effet, que les départements qui ont assuré la mise en œuvre « opérationnelle » de la Masp ont dû le faire, pour la grande majorité d'entre eux, à moyens constants (561). Or, ces moyens s'essoufflent inexorablement tant au regard de l'accroissement des vulnérabilités que de l'important investissement que la mesure impose pour aller au plus près des besoins de la personne.

Recommandation du Défenseur des droits

Plusieurs recommandations du Défenseur des droits concernant les mesures de protection sociale méritent d'être soulignées. On songe notamment à celle qui vise à élargir la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) « aux personnes majeures faisant face à de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources lorsque ces difficultés sont susceptibles de les mettre en danger, et ce quand bien même elles ne seraient pas bénéficiaires de prestations sociales » (562). Cette suggestion, qui devrait naturellement concerner la Masp qui précède la MAJ dans la hiérarchie des mesures, imposerait cependant, dans les faits, de fournir des moyens supplémentaires aux départements pour faire face aux surcoûts inévitables qu'engendrerait cet élargissement

(557) V., en ce sens, L. Mauger-Vielpeau, *Le retour du prodigue* : *JCP* N 2008, 1269.
(558) V. Statistiques *in* Rapp. AN n° 2075, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p. 35.
(559) V. A. Caron-Déglise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 ; *JCP* N 2018, n° 39, act. 771, spéc. p. 21 et s.
(560) V. Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs, une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante*, rapport sept. 2016, p. 52.
(561) V. N. Alazard, *La mesure d'accompagnement social personnalisé, deux ans après* : *AJF* 2011, 181.
(562) V. Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, rapport sept. 2016, p. 19.

des critères d'éligibilité. Signalons par ailleurs que le Défenseur des droits propose également de permettre au juge des tutelles de prononcer une MAJ si elle apparaît plus appropriée qu'une autre mesure de protection au regard de la situation du majeur concerné.

1470 – Les mesures de protection juridique. – S'agissant de la protection juridique, sur laquelle nous allons désormais concentrer nos propos, le législateur a bâti, au fil du temps, au gré des réformes, un système de protection organisé mais complexe, comportant en son sein toute une série de mesures dont le point commun résulte dans le fait, d'une part, qu'elles découlent toutes d'une décision judiciaire (563) et, d'autre part, qu'elles peuvent être mises en place soit pour protéger le patrimoine, ce qui est classique, soit pour protéger la personne, ce qui est plus novateur, soit pour protéger les deux (C. civ., art. 415, al. 1er). En attendant l'avènement d'une possible « mesure unique de protection », appelée de ses vœux par le rapport Caron-Déglise (564), elles sont aujourd'hui au nombre de quatre : trois d'entre elles sont classiques ; la quatrième est plus récente.

S'agissant des mesures traditionnelles, et si l'on respecte un système de graduation, la première d'entre elles est la **sauvegarde de justice**. Traitée aux articles 433 à 439 du Code civil, il s'agit d'une mesure provisoire qui n'emporte ni assistance ni représentation. La personne sous sauvegarde de justice conserve ainsi le droit d'accomplir tous les actes de la vie civile, sauf, le cas échéant, ceux confiés par le juge à un mandataire spécial. La protection de la personne vénérable réside ici dans le fait que « les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès », outre qu'ils pourraient être annulés pour insanité d'esprit en vertu de l'article 414-1 du Code civil (C. civ., art. 435, al. 2). La sauvegarde de justice est la mesure de protection juridique la plus légère et la plus courte, sa durée ne pouvant pas dépasser un an, renouvelable une fois par le juge des tutelles. Elle peut cesser dans l'intervalle dès que la personne a recouvré ses capacités ou qu'une mesure plus contraignante a été mise en place.

La deuxième est la curatelle, qui est un régime d'assistance instauré au soutien de la personne vulnérable qui, en raison d'une altération de ses facultés personnelles, a « besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile » (C. civ., art. 440, al. 1er). Destinée à s'appliquer à la protection de la personne ou à la protection de ses biens, la curatelle peut être simple ou renforcée, auquel cas le curateur représente son protégé pour les actes de la vie courante (principalement la perception des revenus et le règlement des dépenses), tout en continuant à associer ce dernier aux actes les plus importants (C. civ., art. 472) (565).

La troisième mesure classique, la plus incapacitante, est la tutelle, qui est un régime de représentation pour les personnes qui doivent être représentées de manière continue dans les actes de la vie civile (C. civ., art. 440, al. 3). Elle concerne les personnes majeures qui ne peuvent plus veiller sur leurs intérêts du fait de l'altération de leurs facultés mentales ou lorsque leurs facultés corporelles sont altérées au point d'empêcher l'expression de leur volonté. Ces personnes sont alors frappées d'une incapacité d'exercice quasi générale, en ce qui concerne les actes patrimoniaux, mais non, en principe, dans le domaine des actes personnels puisqu'elles conservent notamment le droit de vote, le droit de se marier et de

(563) La seule exception à la règle concerne la sauvegarde de justice, qui peut être ouverte également sur avis médical (C. civ., art. 434).

(564) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 68 et s.

(565) Dans le système de la curatelle renforcée, ultime option avant la tutelle, le curateur est soumis – à l'instar du tuteur – à l'obligation d'établir un inventaire et de rendre des comptes (C. civ., art. 472, al. 3).

se pacser ou encore le droit d'accepter seules le principe de la rupture du mariage. La personne sous tutelle peut accomplir seule les actes autorisés par l'usage, tels que les présents d'usage, les dons ou les achats modiques. Elle peut bénéficier d'un allègement de la tutelle, soit dans le jugement d'ouverture de la mesure, soit au cours de celle-ci. Le juge peut ainsi autoriser la personne sous tutelle à accomplir seule, ou avec l'assistance du tuteur (et non plus par voie de représentation), un certain nombre d'actes énumérés par le juge (C. civ., art. 472).

Notons que le Code civil envisage ces deux derniers régimes de protection dans une seule et même section. La raison de ce traitement unifié est simple : tutelle et curatelle, bien que différentes, sont soumises à des règles communes. Elles demeurent néanmoins deux mesures de protection distinctes répondant à des règles spécifiques à chacune d'entre elles. Enfin, rappelons que pour ces mesures, à défaut de choix du majeur pour désigner par avance l'organe protecteur (C. civ., art. 448), la loi prend le parti de la confiance faite aux proches : en vertu du principe général de priorité familiale (566), le juge ne peut désigner un mandataire professionnel en qualité de curateur ou de tuteur qu'après avoir épuisé les solutions au sein du couple puis, à défaut, dans l'entourage familial ou amical de la personne protégée (C. civ., art. 449) (567).

Ce souci d'associer plus étroitement encore les familles à la protection d'un proche vulnérable, mais aussi – il ne faut pas se leurrer – de désengorger les tribunaux, a poussé le législateur, au travers de l'ordonnance du 15 octobre 2015 (568), à créer une nouvelle mesure de protection juridique : **l'habilitation familiale**, laquelle a fait l'objet d'un toilettage depuis lors à l'occasion de la loi du 23 mars 2019 (569). Cette mesure hybride – en ce qu'elle est ordonnée par le juge mais emprunte, dans le même temps, certaines règles du mandat de protection future – permet au proche (ascendants, descendants, frères et sœurs, conjoint, partenaire ou concubin) d'une personne qui souffre d'une altération de ses facultés personnelles, de la représenter (dans sa version initiale) ou simplement de l'assister (dans sa version amendée) pour la réalisation de certains actes relatifs à son patrimoine ou à sa personne. Elle peut être prévue soit pour un acte déterminé, soit pour une série d'actes (habilitation spéciale), soit pour tous les actes, quelle que soit leur qualification (habilitation générale). Concrètement, il s'agit ainsi d'offrir aux familles où règne une bonne entente une solution plus souple et plus facile à mettre en œuvre que les mesures de protection traditionnelles. Aussi ce dispositif repose-t-il sur le consensus familial et n'a vocation à être ordonné que dans les situations non conflictuelles où chacun s'accorde sur le choix d'un proche pour représenter la personne en situation de vulnérabilité et sur les modalités de protection de celle-ci. Cette absence de conflit familial justifie, aux yeux du législateur, que l'habilité soit exonéré du formalisme prévu habituellement dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle, à savoir l'autorisation préalable du juge pour passer certains actes et l'obligation de rendre annuellement des comptes.

– Les principes généraux applicables à toute mesure de protection juridique. – Si certains principes généraux destinés à s'appliquer aux mesures de protection juridique des **1471**

(566) Ce principe est énoncé à l'art. 415, alinéa 4, du Code civil, qui envisage la protection juridique du majeur vulnérable comme « un devoir des familles », avant d'être celui « de la collectivité publique ».

(567) V. cependant, *Tuteurs et curateurs des majeurs : des mandataires aux périls différents* : *Infostat Justice* juin 2018, n° 162, qui témoigne de ce que 55 % des mesures de protection judiciaire sont confiées à des mandataires professionnels et 45 % à des mandataires familiaux.

(568) Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille, art. 10 à 15 : *JO* 16 oct. 2015, p. 19301.

(569) L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : *JO* 24 mars 2019 ; *JCP* N 2019, n° 13, act. 335.

majeurs vulnérables avaient été dégagés antérieurement par la doctrine et par la jurisprudence, c'est bien la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (570) qui a parachevé le travail de révélation de ces principes en leur donnant pleine force normative par l'édiction, notamment, de deux dispositions phares du Code civil : les articles 415 et 428.

L'article 415 du Code civil, applicable à toutes les mesures de protection juridique, affirme solennellement que : « Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ». Le texte consacre l'idée qu'il ne saurait être question d'évincer ces préoccupations dominantes du droit au prétexte que le « vulnérable de droit » n'a pas de volonté propre et qu'il ne peut, par principe, juger de son intérêt. Le texte fixe par ailleurs une double finalité à la protection : l'intérêt de la personne protégée et son autonomie. Il s'agit ici, dans la mouvance des textes internationaux, de limiter « l'incapacité » – dont le terme est du reste désormais banni du Code civil – à ce qui est strictement nécessaire à la personne protégée, et donc à prendre en compte « dans la mesure du possible » sa volonté, c'est-à-dire lorsqu'elle peut s'exprimer. On peut souligner qu'au-delà de cette affirmation de principe des droits fondamentaux des majeurs protégés, qui ne prête à aucun débat, se pose surtout la question de l'effectivité de leur exercice. Concrètement, les mesures de protection doivent parvenir à un juste équilibre entre, d'un côté, la préservation de la capacité juridique des majeurs afin qu'ils puissent vivre et faire leur choix comme l'ensemble des citoyens et, d'un autre côté, un accompagnement spécifique ou une représentation afin que leurs droits soient effectifs et ne se transforment pas en risque. Dans les faits, on peut constater que le modèle français de protection juridique prévoit un niveau élevé de prise en charge des majeurs qui peut parfois restreindre notablement leur autonomie et leur capacité à exercer leur volonté, notamment au regard des standards fixés par la Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH). À cet égard, les règles mises en œuvre par la loi du 23 mars 2019 sont destinées à combler, en partie, cette lacune.

1472 – Les principes directeurs gouvernant les mesures de protection judiciaire. – En sus de l'article 415, l'article 428 du Code civil, propre aux différentes mesures de protection judiciaire, soumet ces dernières à trois principes directeurs : la nécessité, la proportionnalité – et son corollaire, l'individualisation – et la subsidiarité de la mesure.

Tout d'abord, une mesure de protection est toujours instituée par **nécessité**, ce qui implique qu'un majeur ne peut être placé sous un régime de protection que si cela est nécessaire, autrement dit s'il a besoin d'être protégé et que les soutiens de proximité, mobilisés par priorité lorsqu'une personne éprouve des difficultés à pourvoir seule à ses intérêts en raison des troubles qui l'affectent, ne parviennent plus à faire face à la situation. Plusieurs garanties ont été posées par le législateur afin que le respect de ce principe soit assuré : l'absence de saisine d'office du juge et le passage obligé par le ministère public, l'incontournable certificat médical constatant l'altération des facultés du majeur, la durée limitée des mesures de protection, la levée des mesures devenues inutiles et le décès comme cause de cessation automatique de la mesure.

Ensuite, lorsqu'une mesure de protection est nécessaire, elle doit encore être **proportionnelle** au degré de capacité de la personne concernée et **individualisée**, c'est-à-dire adaptée aux circonstances particulières et aux besoins de cette dernière. Concrètement, il appartient au juge de choisir le mode de protection qui correspond au cas particulier en respectant la

(570) L. nº 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs : *JO* nº 56, 7 mars 2007, p. 4325.

gradation voulue par le législateur selon le degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé. Ces deux exigences impliquent notamment que les mesures de protection juridique soient révisées régulièrement afin que le juge puisse s'assurer qu'elles sont toujours adaptées et qu'elles ne privent pas inutilement de leur liberté d'agir les personnes concernées. Elles supposent également qu'il est toujours possible qu'une mesure moins grave soit substituée à une autre conformément à l'article 442, alinéa 3 du Code civil, mais aussi que le majeur soit entendu afin que son état soit correctement évalué. En dernier lieu, la proportionnalité implique, tout comme la nécessité, que la mesure soit limitée dans le temps.

Enfin, les mesures de protection judiciaire obéissent au principe de **subsidiarité**, lequel revêt un double sens. En premier lieu, le principe déploie ses effets au sein même des systèmes de protection, lesquels se caractérisent par une hiérarchie en fonction du caractère plus ou moins « invasif » des mesures envisagées : telle mesure ne peut être ordonnée que si telle autre, moins contraignante, moins incapacitante, ne permet pas de protéger adéquatement les intérêts de la personne. Ainsi une curatelle ne pourra être ouverte que si une sauvegarde de justice est insuffisante à protéger le majeur vulnérable (C. civ., art. 440, al. 2), une tutelle que s'il est établi que ni une sauvegarde de justice ni une curatelle ne suffisent pour protéger la personne dont les facultés sont altérées (C. civ., art. 440, al. 4) (571) et, d'une manière plus générale, une mesure de protection traditionnelle que si aucune habilitation familiale n'est envisageable (C. civ., art. 428). En second lieu, le principe postule qu'une mesure de protection judiciaire, quelle qu'elle soit, ne peut être prononcée que si les intérêts de la personne vulnérable ne sont pas suffisamment protégés par la mise en œuvre d'autres règles, moins restrictives de droits.

1473 **– Subsidiarité des mesures de protection judiciaire. –** Les mesures de protection judiciaire sont toujours subsidiaires, ce qui signifie qu'elles ne constituent qu'un *ultimum remedium* à l'impossibilité pour la personne de pourvoir seule à ses intérêts et qu'il convient toujours de favoriser, en pareil cas, une réponse issue d'autres dispositifs juridiques moins contraignants. Ce principe de subsidiarité, qui est un pilier du droit de la protection des majeurs, est exprimé à l'article 428, alinéa 1er du Code civil, lequel dispose que : « La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé, par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 ou, par une autre mesure de protection moins contraignante ».

Ainsi, depuis la loi du 23 mars 2019, lorsqu'une personne ne peut plus subvenir seule à ses besoins en raison d'une altération de ses facultés personnelles, les juges doivent en priorité examiner si un **mandat de protection future** n'a pas été signé. Une telle promotion du mandat de protection future, nous l'avons souligné, n'est pas simplement symbolique et formelle mais témoigne d'une volonté législative de faire primer, dans la mesure du pos-

(571) Les données chiffrées de la Justice témoignent du non-respect de la hiérarchie des mesures, puisque le nombre de tutelles ouvertes chaque année dépasse celui des curatelles. Ainsi par exemple, en 2015, 42 200 tutelles ont été ouvertes contre 33 500 curatelles et 1 500 sauvegardes de justice (*Tuteurs et curateurs des majeurs : des mandataires aux périls différents* : *Infostat Justice* juin 2018, préc.). V. cependant, G. Raoul-Cormeil, *Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés* : *JCP* G 4 févr. 2019, nº 5, 121, qui souligne, à juste titre, que ces données chiffrées pourraient être analysées « de manière moins pessimiste », en constatant que si le juge est conduit une fois sur deux à choisir la mesure la plus grave c'est que tout avait été entrepris par l'intéressé ou par sa famille pour reculer le jour où la mesure s'avérerait inéluctable et le recours à un professionnel jugé nécessaire par l'entourage du sujet à protéger.

sible, une organisation volontaire et anticipée de la protection sur l'ouverture d'une mesure de protection, considérée comme plus attentatoire aux droits et libertés du majeur vulnérable.

En second lieu, avant de prononcer à l'égard de celui-ci un système plus lourd et restrictif de droits, les juges doivent examiner si les règles du droit commun de la représentation ou si les règles des régimes matrimoniaux applicables entre conjoints suffisent ou non à résoudre les difficultés rencontrées par la personne vulnérable.

Au sein du couple marié, il doit donc être fait usage prioritairement des règles issues du **régime primaire impératif**, lequel recèle deux dispositions permettant de protéger un époux « hors d'état de manifester sa volonté » : l'autorisation judiciaire de l'article 217 du Code civil et la représentation judiciaire de l'article 219 du même code. Sans s'étendre à leur sujet (572), rappelons brièvement que le premier de ces textes permet à l'époux demandeur, muni d'une autorisation spéciale, d'accomplir un acte nécessitant en principe l'accord de son conjoint empêché (acte soumis à la cogestion en régime de communauté, acte relatif au logement de la famille, *etc.*) et pour lequel il sera seul engagé. Le second, en revanche, permet à l'époux requérant non pas de pallier ponctuellement l'empêchement de son conjoint, mais de le représenter de façon générale ou pour plusieurs actes déterminés relatifs à ses biens propres ou personnels. Le juge des tutelles confie alors un véritable mandat judiciaire à l'époux requérant qui agit au nom et pour le compte de l'époux empêché. En complément de ce dispositif, par essence temporaire, des **règles propres au régime de communauté** sont appelées, le cas échéant, à prendre le relais (573). Lorsqu'un époux se trouve « d'une manière durable » hors d'état de manifester sa volonté, son conjoint peut ainsi demander au juge aux affaires familiales le retrait de ses pouvoirs sur les biens communs (C. civ., art. 1426) et sur ses propres (C. civ., art. 1429). Le premier de ces textes organise ainsi une substitution de pouvoirs, l'époux empêché se voyant privé de ses prérogatives sur les biens communs au profit de son conjoint, alors que le second consacre un véritable dessaisissement de pouvoirs, l'époux empêché se voyant privé de ses prérogatives sur ses biens propres au profit de son conjoint, ainsi doté d'un pouvoir de représentation (574).

Par ailleurs, le texte prévoyant la prévalence des règles du **droit commun de la représentation**, l'ouverture d'un régime de protection des majeurs doit être écartée en présence d'un mandat exprès entre époux (575), à condition que cet acte ait été souscrit avant l'altération des facultés mentales et qu'il suffise à préserver les intérêts du conjoint (576). Le principe de subsidiarité a vocation à jouer non seulement dans les rapports entre époux, mais également dans les relations entre la personne vulnérable et les autres membres de la famille ou avec tout tiers, d'une manière générale. Ainsi, dans des conditions similaires, l'existence d'un mandat général couvrant les actes d'administration ou d'une procuration bancaire conférée par la personne à protéger à un proche peut permettre d'éviter la mise en place d'une mesure de protection judiciaire. À défaut de textes spécifiques les concernant, contrai-

(572) V. les développements très complets de F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2717 et s.

(573) V. F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, 113e Congrès des notaires de France, préc., nos 2753 et s.

(574) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 111.104.

(575) V. *infra*, no 1250.

(576) Bien évidemment, sur le terrain des principes, il peut être également inutile de mettre en place un véritable régime de protection en présence d'un mandat « tacite » entre époux (V. *infra*, no 1251). Toutefois, dans la majorité des cas, faute de pouvoir réellement constituer une solution viable et pérenne à l'altération durable des facultés personnelles de l'un des conjoints, le mandat tacite ne résistera pas à l'épreuve des faits.

rement au couple marié, c'est la seule solution dont peuvent se prévaloir le partenaire et le concubin du majeur vulnérable, sauf à être propriétaires de biens indivis avec ce dernier. En pareille occurrence, à l'instar de tout indivisaire, ils peuvent en effet se prévaloir des dispositions de l'article 815-4 du Code civil, lequel prévoit, sur le modèle de l'article 219 (577), une représentation judiciaire de l'indivisaire « *hors d'état de manifester sa volonté* » (578).

Enfin, avant de se résoudre à ouvrir une mesure de protection judiciaire, les juges doivent aussi vérifier qu'une mesure d'accompagnement judiciaire ou d'accompagnement social personnalisé n'est pas en cours ou ne serait pas plus efficace.

Le rôle de conseil et d'orientation du notaire (579)

La loi offre un large panel de solutions pour assurer la protection de la personne vulnérable. Afin de pouvoir faire les choix les plus appropriés, tant la personne concernée que ses proches expriment un besoin d'information et de compréhension sur ces différents dispositifs et sur leurs conséquences. Confrontés à cette attente, en leur qualité de témoins privilégiés de la vie de leurs clients, les notaires ont un rôle capital de conseil et d'orientation à jouer. Alors, certes, le notaire n'a pas à choisir un régime de protection. Cette fonction appartient au juge qui doit opter, en respectant un certain nombre de principes fondamentaux et directeurs, pour la mesure la mieux adaptée à la situation et à l'état de la personne dont la vulnérabilité est avérée. Tout au plus à ce stade, le notaire a un rôle de signalement, en saisissant le procureur de la République ou en incitant les proches à demander l'ouverture d'une mesure de protection. Mais, plus en amont, le notaire, consulté par ses clients qui l'interrogent sur la façon de procéder lorsque l'un de leurs proches est atteint d'incapacité, a également un rôle d'orientation du régime de protection et de prévention de l'incapacité qu'il doit intégrer dans l'exercice de ses fonctions. À cette fin, il doit avoir en tête la hiérarchie des mesures de protection, parmi lesquelles l'une d'entre elles sera retenue.

1474 **– Plan. –** Sur ce thème-fleuve de la vulnérabilité en droit, déjà abondamment traité à l'occasion de précédents congrès, les développements qui vont suivre sont guidés par le souci de privilégier les axes de réflexion qui intéressent tout particulièrement la pratique notariale : les uns concernent la curatelle et à la tutelle (**Chapitre I**), tandis que les autres ont trait à l'habilitation familiale (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La tutelle et la curatelle

1475 **– Déjudiciarisation et rôle du notaire. –** « Depuis longtemps, le droit des majeurs protégés constitue une cible privilégiée des pourfendeurs de la dépense publique. L'inflation des mesures de protection est accusée d'encombrer exagérément l'emploi du temps des juges, sans que les dispositions prises aient fait la preuve, pour l'instant, d'une réelle efficacité. L'occasion était belle, dans le vaste chantier de la réforme de la justice, de remettre l'ouvrage sur le métier en prétendant « simplifier pour mieux protéger » (580).

(577) Si l'article 815-4 du Code civil est calqué, mot pour mot, sur l'article 219, il diffère cependant du texte du régime primaire par son domaine d'application, en ce qu'il a vocation à s'appliquer à des biens indivis, et non à des biens personnels, et donc à embrasser naturellement des actes soumis à cogestion et non à gestion exclusive.

(578) V. 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2017, *Familles, Solidarité, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, nos 2797 et s., par F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond.

(579) V. P. Potentier, *Le mandat de protection future entre écriture et pratique* : *Defrénois* 2018, p. 22.

(580) J. J. Lemouland, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs », D. 2019, p. 827.

Aussi le législateur a-t-il réalisé, au travers de la loi du 23 mars 2019, une déjudiciarisation sans précédent du droit des majeurs vulnérables, laquelle porte tout à la fois sur les actes et sur les mesures de contrôle de l'activité tutélaire. L'incidence pour le notariat est double. Cette déjudiciarisation enjoint aux notaires d'acquérir de nouveaux réflexes et de faire preuve d'une vigilance accrue lorsqu'ils sont confrontés dans leur pratique quotidienne à un majeur protégé (**Section I**). Au-delà, la déjudiciarisation aboutit, sans surprise, à renforcer le rôle du notaire au sein des mesures de protection judiciaire (**Section II**).

Section I Le rôle du notaire confronté à une mesure de protection

1476 – Devoir de vigilance quant à l'état des personnes. – Au titre de la validité et de l'efficacité des actes instrumentés, le notaire doit procéder aux vérifications nécessaires, qui s'étendent à l'état des parties. L'application de ces principes est relativement simple lorsqu'il s'agit d'apprécier la capacité. La publicité des mesures de mise en tutelle ou en curatelle s'opère en marge de l'acte de naissance et par une inscription au répertoire civil (C. civ., art. 1233). Il suffit par conséquent au notaire, pour découvrir une éventuelle mise en tutelle ou curatelle, de se reporter à l'acte de naissance des parties contractantes, qu'il prend soin de solliciter préalablement à la réception de tout acte.

Dans le cadre spécifique d'un acte courant, et en cas de doute entre l'avant-contrat et l'acte de vente ou l'acquisition, il convient de renouveler la demande d'extrait d'acte de naissance avec mentions marginales, à la date la plus proche de l'acte, afin de cerner la survenance d'une mesure de protection en cours de processus. Une précaution similaire s'impose au notaire qui doit déposer au rang de ses minutes la convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats (C. civ., art. 229-1, al. 2), dans l'hypothèse où l'acte de naissance en principe annexé à ladite convention a plus de trois mois (581). On sait, en effet, que la loi ferme l'accès à cette forme de divorce aux époux dont l'un d'entre eux au moins est placé sous un régime de protection juridique (C. civ., art. 229-2, 2°). À l'évidence, il serait malvenu que le notaire prête son concours à un divorce sans objet. Le risque est d'autant plus prégnant que, dans la plus plupart des cas, lorsque le notaire n'intervient que pour déposer la convention au rang de ses minutes sans être appelé en outre à instrumenter un acte relatif au règlement du régime matrimonial des époux ou portant dation en paiement à titre de prestation compensatoire, il ne connaît ni ne rencontre les parties qui divorcent, sauf à exiger leur comparution.

En tout état de cause, une fois informé de l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire concernant l'une des parties à l'acte, et à supposer que cette mesure ne constitue pas un obstacle dirimant pour passer l'acte en question, le notaire agit en tenant compte des règles de gestion édictées par la loi, ce qui nous conduit tout naturellement à distinguer selon que la personne protégée fait l'objet d'une mesure de tutelle (**§ I**) ou de curatelle (**§ II**).

§ I La tutelle

1477 – Plan. – Après avoir décrit sommairement les règles de protection en matière de tutelle (**A**), nous allons nous intéresser à la déjudiciarisation opérée par la loi du 23 mars 2019 et sur ses incidences concernant la pratique notariale (**B**).

(581) *A fortiori*, le notaire doit-il purement et simplement refuser de déposer ladite convention au rang de ses minutes si les avocats n'ont pas pris le soin d'y annexer la copie intégrale des actes de naissance des deux époux.

A/ La description sommaire des règles de protection

– Plan. – Nous allons successivement aborder les règles relatives à la protection de la personne (**I**) puis celles consacrées à la protection du patrimoine (**II**). **1478**

I/ Les règles relatives à la protection de la personne

– L'autonomie du tutélaire dans la sphère personnelle. – Par principe, la tutelle entraîne une incapacité totale du majeur protégé qui doit être représenté, par le tuteur, dans tous les actes de la vie civile. **1479**

La règle souffre d'importants tempéraments dans la sphère personnelle. En effet, les textes prévoient que, quel que soit le régime de protection, la personne protégée décide seule des actes relatifs à sa personne et est présumée avoir suffisamment d'autonomie pour le faire (C. civ., art. 459). Elle peut ainsi exercer ses libertés fondamentales d'aller et venir, de religion, d'opinion, d'association, mais aussi décider de ses loisirs, de ses déplacements, de suivre ou non des soins médicaux, de ses fréquentations comme de son lieu de vie (582). Il s'agit là d'une sphère d'autonomie irréductible, appartenant à chaque personne, qui échappe à toute représentation ou assistance. Conformément à cette logique, l'article 458 du Code civil énumère une liste non limitative des actes strictement personnels qui ne peuvent être accomplis que par la personne protégée elle-même (583).

Le principe d'autonomie personnelle de la personne protégée a été renforcé par la loi du 23 mars 2019. Nous nous contenterons d'évoquer trois illustrations de ce renforcement, relatives au droit de la famille, compte tenu de leur résonance sur la pratique notariale.

– L'autonomie du tutélaire qui se marie. – L'un des apports emblématiques de la loi du 23 mars 2019 a été de donner la faculté au majeur en tutelle ou en curatelle de se marier sans avoir à solliciter une autorisation judiciaire. Si le juge a été évincé (584) « pour éviter les dérives possibles qu'on imagine » (585), il reste cependant au tutélaire l'obligation d'informer préalablement la personne chargée de la mesure de protection de son projet de mariage (C. civ., art. 460), afin que cette dernière puisse former opposition, le cas échéant (586). **1480**

Dans certains cas, notamment en présence d'un patrimoine important (587), il peut être opportun de faire précéder l'union d'un contrat de mariage destiné à protéger les intérêts du majeur concerné. En pareille occurrence, la loi prévoit classiquement que si le tutélaire

(582) Pour lui permettre d'exercer effectivement ses droits, le mandataire doit lui donner « selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part » (C. civ., art. 457-1).

(583) Sont ainsi réputés strictement personnels, selon le texte : « la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».

(584) L'autorisation à mariage avait été analysée comme un dispositif attentatoire au respect des préférences et des volontés par trois rapports qui ont demandé sa suppression pour mettre la loi française en conformité avec l'art. 12 de la Convention internationale du droit des personnes handicapées (Défenseur des droits, Rapport 30 sept. 2016, p. 42 ; A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 67 ; Rappr. C. Devandas Aguilar, Rapport ONU, 5 mars 2019, n° 60).

(585) J.-J. Lemouland et D. Noguéro, *Panorama, Majeurs protégés* : *D.* 2019, 1415.

(586) De même que pour le changement de régime matrimonial, si les époux ont un enfant majeur protégé, une information doit, dans ce cas, être délivrée à son représentant qui pourra faire opposition sans autorisation préalable (C. civ., art. 1397, al. 2).

(587) En ce sens, V. A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 67.

entend passer une convention matrimoniale, il doit être assisté, dans le contrat, par son tuteur (C. civ., art. 1399, al. 1er). Il n'a donc nullement besoin du juge pour organiser les effets patrimoniaux de son mariage, en dépit des incidences redoutables qui peuvent en résulter.

Conseil pratique

Le notaire est ici en première ligne pour veiller aux intérêts de la personne protégée, aux lieu et place du juge, par la confection d'un contrat de mariage qui doit être adapté à sa situation personnelle et patrimoniale, mais aussi à celle de son conjoint (588). À vrai dire, cette posture n'est guère surprenante tant il est vrai qu'elle cible le cœur des missions du notariat. Elle suppose néanmoins, comme le soulignait le rapport Caron-Déglise, « de mettre en place un mécanisme d'information préalable du protecteur afin qu'il puisse utilement exercer sa faculté d'opposition et envisager, avec la personne protégée, la mise en place d'un tel contrat de mariage » (589). De toute évidence, le notaire a ici aussi tout son rôle à jouer. Il lui appartient de procéder à un audit de la situation patrimoniale de la personne protégée et de celle de son futur conjoint, sans que celui-ci conduise nécessairement à l'adoption d'un régime conventionnel, si un tel régime ne se justifie pas. Selon nous, cette obligation s'impose d'ailleurs, en toute hypothèse, et non pas uniquement en présence d'un patrimoine important. La protection de la personne vulnérable implique, en effet, non seulement de la préserver de la dilapidation de ses biens, mais aussi du risque de survenance d'un passif financier de son conjoint (590). Enfin, d'une manière générale, le notaire doit bien sûr se monter attentif à d'éventuels indices qui témoigneraient de la volonté dudit conjoint de profiter de l'état de faiblesse de la personne protégée.

Toutefois, et c'est une nouveauté de la loi du 23 mars 2019, le tuteur peut, par dérogation à la règle de l'assistance, saisir le juge pour être autorisé à conclure seul ladite convention matrimoniale « en vue de préserver les intérêts de la personne protégée » (C. civ., art. 1399, al. 3). Ce « dispositif de conclusion forcée du contrat de mariage de la personne protégée » (591) suscite d'emblée quelques troubles car il nous paraît aller à l'encontre du mouvement général favorable à l'autonomie du majeur protégé (592). Surtout, il est fort à redouter que le futur époux du majeur protégé refuse de signer une telle convention qu'il pourra considérer comme une intrusion injustifiée dans son patrimoine. Or, en pareille hypothèse, l'autorisation du juge des tutelles ne permettra pas de passer outre le veto du conjoint. En somme, nul ne pourra empêcher les époux de se marier sous le régime légal. C'est pourquoi, en définitive, la solution préconisée paraît inadaptée. Elle paraît également inopportune, notamment pour le mandataire professionnel qui hésitera à perdre la confiance du majeur protégé et à s'engager dans un processus conflictuel qui dégénérera en changement d'organe de la mesure. Enfin, comme il a pu être justement souligné (593), le nouveau dispositif est au surplus illusoire au regard des délais ; peut-on espérer que, dans le laps de temps s'écoulant entre son information et la célébration du mariage, le tuteur ait le temps nécessaire pour saisir le juge et être autorisé à représenter le majeur protégé à la

(588) V. N. Peterka, *Mariage de la personne en curatelle* : *JCP* N 2019, 1110.
(589) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 67.
(590) La solution doit être étendue au Pacs lequel offre, lui aussi, une alternative entre une option séparatiste ou communautaire.
(591) Selon la formule utilisée par A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau et G. Raoul-Cormeil, *La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé* : *D.* 2019, 825.
(592) En ce sens, V. I. Maria, *Protection juridique des majeurs : une nouvelle réforme dans l'attente d'une autre ?* : *Dr. famille* 2019, dossier 15, spéc. no 29.
(593) A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau et G. Raoul-Cormeil, art. préc.

conclusion du contrat de mariage, sachant qu'en cas de difficultés, aucun sursis à cette célébration n'est prévu par la loi (594) ?

1481 **– L'autonomie du tutélaire qui divorce. –** Classiquement, si la personne protégée pouvait divorcer pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute (595), elle ne pouvait emprunter la voie d'un divorce d'accord, qu'il s'agisse du divorce par consentement mutuel ou du divorce accepté, dans la mesure où ces derniers supposent une volonté libre et éclairée des époux qui, par définition, semblait lui faire défaut.

Rompant avec cette solution de principe, la loi du 23 mars 2019 a ouvert la faculté pour la personne protégée d'accepter seule le principe de la rupture du mariage (C. civ., art. 249). La possibilité d'un divorce consensuel est donc désormais ouverte pour les personnes protégées. Son interdiction absolue était fortement critiquée, notamment par le rapport du Défenseur des droits au regard des dispositions de la Convention internationale des droits des personnes handicapées. Le législateur a néanmoins maintenu l'interdiction du divorce par consentement mutuel, très certainement afin de s'assurer que la liquidation des droits patrimoniaux des personnes protégées reste sous le contrôle d'un magistrat.

Et pourtant, si l'obstacle lié à l'incompatibilité, qui – pour tout dire – nous semblait rédhibitoire, entre l'exigence d'une volonté éclairée inhérente à un divorce par essence consensuelle et l'existence d'une mesure de protection juridique est levé, pourquoi contraindre la personne protégée à emprunter la voie d'un divorce contentieux ? À vrai dire, si l'on estime que la personne protégée peut librement exprimer sa volonté sur le principe du divorce, peu importe la forme de divorce envisagée, qu'il s'agisse d'un divorce accepté ou d'un divorce par consentement mutuel. Certes, dans le premier cas, c'est au juge qu'il appartient de statuer sur les conséquences du divorce là où, dans le second, celles-ci reposent exclusivement sur l'accord des époux. C'est pourquoi il ne saurait être envisagé de permettre au tutélaire d'user du divorce par consentement mutuel, tout au moins dans sa forme extrajudiciaire. En revanche, ne pourrait-on pas imaginer d'ouvrir cette faculté, en la limitant expressément au divorce par consentement mutuel, dans sa forme judiciaire, aujourd'hui réservé à la seule hypothèse où l'enfant mineur des époux demande à être entendu par le juge (C. civ., art. 229-2, 1°, et 230 combinés (596) ? Le majeur protégé y retrouverait, avec profit, la figure tutélaire du juge, en l'occurrence le juge aux affaires familiales et non le juge des tutelles, qui apprécierait non seulement l'équité de la convention, mais également l'efficience de sa volonté.

Bien évidemment, l'autonomie du majeur protégé ne saurait être totale. Si ce dernier doit pouvoir consentir librement à son divorce, comme il peut désormais le faire quant à son mariage, le premier n'étant pas moins personnel que le second, des conséquences néfastes sont toujours à redouter. Il s'agit donc d'élever une digue pour préserver ses intérêts pécuniaires et patrimoniaux. La difficulté tient ici au fait que, dans cette forme de divorce, l'accord des époux est non seulement dual, en ce qu'il porte tout à la fois sur la rupture du mariage et sur ses effets, mais aussi indivisible, l'un n'allant pas sans l'autre. Selon nous, les règles prévues pour la signature d'un pacte civil de solidarité (C. civ., art. 462), qui opèrent une distinction entre la signature de la convention (qui nécessite une assistance) et la déclaration conjointe (pour laquelle le tutélaire peur agir seul), pourraient servir de modèle. On pourrait ainsi imaginer que la volonté de divorcer par consentement mutuel appartienne

(594) Le seul moyen « hasardeux » pour le tuteur de gagner du temps serait alors de s'opposer au mariage sur le fondement de l'article 146 du Code civil.

(595) Selon des modalités qui ont fait l'objet de retouches, sans que l'orientation générale n'en soit modifiée, par la loi du 23 mars 2019 (C. civ., art. 249 et s.).

(596) V. en ce sens, A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 67, qui suggère cette possibilité.

à la personne protégée, tandis que l'assistance de son tuteur serait obligatoire dans le cadre de l'élaboration et de la signature de la convention, eu égard aux conséquences pécuniaires et patrimoniales qui en résultent (597). La protection du tutélaire se trouverait au surplus renforcée par la présence d'un avocat à ses côtés et, le cas échéant, d'un notaire si les époux sont propriétaires de biens soumis à publicité foncière.

En tout état de cause, si l'on devait demain admettre la possibilité pour le majeur protégé d'emprunter la voie d'un divorce par consentement mutuel, et en dépit de l'intervention du juge, il appartiendra aux acteurs de la protection (mandataire familial ou professionnel) et du divorce (avocat, notaire) d'apprécier l'aptitude du majeur à signer la convention ainsi que les éventuels abus dont il pourrait être la proie. En cas de doute, il sera plus sage de s'orienter vers un divorce contentieux. C'est du reste, en l'état du droit positif, un passage obligé.

1482 – L'autonomie du tutélaire qui se pacse. – En matière de pacte civil de solidarité, l'autonomie a aussi fait son chemin. Le contraire eut été paradoxal.

S'agissant de la conclusion du Pacs, la personne en tutelle n'a pas à solliciter l'aval du juge et doit simplement être assistée de son tuteur lors de la signature de la convention par laquelle elle conclut un tel pacte alors qu'aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire (C. civ., art. 462, al. 1er).

Concernant la dissolution du Pacs, le majeur peut le rompre librement par déclaration conjointe ou par décision unilatérale, la représentation n'étant requise que pour la signification et les opérations de liquidation (C. civ., art. 462, al. 3 et 6).

II/ Les règles relatives à la protection des biens

1483 – Pouvoir de représentation du tuteur dans la sphère patrimoniale. – S'agissant de la protection des biens, l'article 496, alinéa 1er du Code civil dispose, et conformément à la pétition de principe, que : « Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine ».

Il en résulte que, sauf en ce qui concerne les actes de la vie courante, en application de la maxime *De minimis non curat praetor* (598) (C. civ., art. 473, al. 1er) ou en cas de permission du juge, en vertu de son pouvoir d'individualisation de la mesure (C. civ., art. 473, al. 2), c'est toujours le tuteur qui agit en lieu et place de la personne protégée, dans la sphère patrimoniale. Reste à savoir s'il dispose alors d'une complète liberté d'agir ou s'il doit, au rebours, requérir une autorisation pour ce faire.

1484 – Distinction entre actes d'administration et actes de disposition (599)**. –** S'agissant de la gestion du patrimoine du tutélaire, les articles 467, 504 et 505 du Code civil obligent à opérer une distinction claire entre les actes d'administration et les actes de disposition. En effet, il résulte d'une application combinée de ces textes que l'étendue des pouvoirs du tuteur varie en fonction de l'acte en cause. Ainsi, si le tuteur peut faire seul les actes d'administration, il doit solliciter une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille lorsque celui-ci a été constitué pour les actes de disposition. Aussi importe-t-il de

(597) Sous réserve bien évidemment des dispositions de l'article 249-2 du Code civil, lesquelles prévoient qu'un « tuteur ou un curateur *ad hoc* est nommé lorsque la tutelle ou la curatelle avait été confiée au conjoint de la personne protégée ».

(598) Pour les actes modiques au regard de son patrimoine, la loi reconnaît à la personne protégée une capacité naturelle, qui vise tout à la fois les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit.

(599) S'agissant de cette distinction concernant l'administration légale, V. *supra*, nos 1346 et s.

savoir exactement la qualification que revêt tel ou tel acte. Sur ce point, l'article 496 du Code civil précise, dans un premier temps, que les actes d'administration sont « relatifs à la gestion courante du patrimoine », tandis que les actes de disposition sont ceux qui « engagent celui-ci [le patrimoine] de manière durable et substantielle ». Si elles présentent tous les signes d'une parfaite orthodoxie juridique, ces définitions sont, à elles seules, impuissantes pour éradiquer les difficultés de qualification qui peuvent se poser en pratique. C'est pourquoi le législateur renvoie, dans un second temps, pour la qualification de chaque opération, à une liste d'actes fixée par décret (C. civ., art. 496, al. 3).

1485 **– Définition des actes de gestion. –** La liste des actes de gestion de gestion du patrimoine de la personne protégée est fournie par le décret du 22 décembre 2008 (600). Ce texte affine d'abord une définition des actes de chaque catégorie. Ainsi constituent des actes d'administration « les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal » (art. 1er), alors que les actes de disposition regroupent « les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire » (art. 2). On constate que la distinction entre ces deux types d'actes repose, selon le décret, sur un critère essentiellement économique tenant compte de l'ensemble des répercussions, directes ou indirectes de l'acte sur le patrimoine de la personne protégée.

Le décret du 22 décembre 2008 comporte ensuite deux annexes dans lesquelles sont classifiés les actes de gestion les plus courants, en distinguant soigneusement ceux qui peuvent être regardés comme des actes d'administration et ceux qui peuvent être qualifiés d'actes de disposition. Cette liste est double : la première est objective et impérative et donne des qualifications non susceptibles d'être modifiées, tandis que la seconde est subjective et supplétive en ce qu'elle prévoit des qualifications susceptibles de changer au gré des circonstances d'espèce. Ces circonstances sont liées à la gravité de l'acte ou à son innocuité pour la personne protégée ou son patrimoine, mais aussi à l'impact de l'opération sur le mode de vie de la personne protégée (601). Il s'agit, par ces distinctions subtiles, de moduler les règles de capacité et de pouvoir en fonction de l'importance de l'acte par rapport au patrimoine de la personne protégée. L'impact d'un même acte n'ayant pas la même répercussion d'un patrimoine à l'autre, sa qualification doit varier en fonction de chaque situation.

1486 **– Les actes conservatoires. –** À l'instar des actes d'administration, le tuteur a le pouvoir d'accomplir « seul les actes conservatoires » (C. civ., art. 504, al. 1er) (602). Ce type d'acte, contrairement aux actes d'administration et de disposition, n'est pas défini par le Code civil. Cette lacune de la loi a été comblée par le décret du 22 décembre 2008, lequel définit les actes conservatoires comme ceux « qui permettent de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre aucune prérogative du propriétaire ».

Partant, on peut distinguer parmi ces actes, par essence préventifs et nécessaires, ceux qui sont « naturellement conservatoires », dont la finalité première consiste dans la sauvegarde des intérêts patrimoniaux (par ex., l'inventaire et l'état descriptif, la nomination d'un

(600) D. nº 2008-1484, 22 déc. 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des art.s 452, 496 et 502 du Code civil : *JO* 31 déc. 2008, p. 20631.
(601) V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, *op. cit.*, nº 341.26.
(602) Ce qui n'interdit pas le tutélaire d'accomplir lui-même ces actes, pourvu qu'il soit doué d'un discernement suffisant.

séquestre, la déclaration de sinistre auprès d'un assureur, l'opposition à partage, *etc.*) et ceux qui sont « occasionnellement conservatoires » en ce qu'ils permettent, dans leur contexte, de parer un risque de disparition ou de dépréciation d'un bien (par ex., la vente d'un bien périssable, le paiement d'une dette afin d'éviter une saisie, des actes interruptifs ou suspensifs d'une prescription, *etc.*) (603).

1487 **– Les actes pour lesquels le tuteur peut s'adjoindre le concours de tiers. –** L'article 452 du Code civil autorise le tuteur, par dérogation au principe de personnalité des charges tutélaires, à s'adjoindre sous sa propre responsabilité le concours d'un tiers majeur ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique, pour l'accomplissement de certains actes. Ces derniers sont listés par le décret du 22 décembre 2008. Il s'agit, d'une part, des actes conservatoires et, d'autre part, « des actes d'administration énumérés dans la colonne 1 des tableaux constituant les annexes 1 et 2 du présent décret, sous réserve qu'ils n'emportent ni paiement ni encaissement de sommes d'argent par ou pour la personne protégée » (604).

1488 **– Pouvoir de qualification du tuteur. –** Le critère permettant de déterminer si une autorisation judiciaire doit être exigée par le tuteur pour accomplir tel acte déterminé dépend donc de la distinction entre les actes de conservation ou d'administration et les actes de disposition, opérée à l'aune de la liste fournie par le décret du 22 décembre 2008. C'est au tuteur qu'il appartient de décider si l'acte d'administration peut être considéré comme un acte de disposition selon les circonstances de l'espèce, ou inversement. De la même façon, c'est à lui d'estimer si un acte est conservatoire ou non. Bien évidemment, en contrepartie de ce pouvoir de qualification, le tuteur engage sa responsabilité. Il n'empêche qu'un tel pouvoir suscite une insécurité juridique, tant pour les tiers, notamment les cocontractants traitant avec le tuteur, que pour les praticiens, en particulier les notaires rédacteurs d'actes. Faut-il rappeler, en effet, que si le tuteur a accompli seul un acte qui ne pouvait l'être qu'avec l'autorisation du juge, sur la foi d'une qualification erronée, « l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice » (C. civ., art. 465, al. 1er, 4o).

1489 **– Les actes interdits au tuteur. –** Certains actes sont interdits au tuteur, même avec une autorisation judiciaire (C. civ., art. 509, al. 1er). Cette prohibition concerne, d'une part, les actes dangereux pour la personne protégée en ce qu'ils emportent une aliénation gratuite de ses biens ou de ses droits. Sont notamment visées, à ce titre, la remise de dette, la renonciation anticipée à l'action en réduction, ou encore la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement. L'interdiction vise, d'autre part, les actes susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts entre la personne protégée et son tuteur. On peut notamment citer, à cet égard, l'exercice du commerce ou d'une profession libérale au nom de la personne protégée, l'acquisition des biens de la personne protégée ou leur prise à bail, mais aussi les transferts dans un patrimoine fiduciaire des biens ou des droits de la personne protégée.

B/ La déjudiciarisation renforcée des règles de protection

1490 **– Déjudiciarisation de certains actes de gestion patrimoniale. –** Certaines autorisations préalables du juge qui étaient nécessaires pour permettre au tuteur d'accomplir seul des actes de gestion relatifs au patrimoine du tutélaire, parce qu'elles n'apportaient « aucune

(603) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *op. cit.*, no 353.41.
(604) Sur les difficultés d'interprétation de ce texte, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *op. cit.*, no 353.91.

plus-value en termes de protection du majeur voire même, retard[ai]ent parfois des actes nécessaires » (605), ont été supprimées par loi du 23 mars 2019.

Cette déjudiciarisation touche notamment la gestion des comptes bancaires. Classiquement, l'article 427 du Code civil organisait la protection des comptes bancaires en exigeant une autorisation préalable du juge des tutelles pour toute ouverture, modification ou clôture de compte ouvert au nom de la personne protégée. La finalité de cette autorisation préalable était double : mettre fin à la pratique des comptes pivots, en exigeant que les fonds soient déposés exclusivement sur des comptes ouverts au nom de la personne protégée, et éviter que la mise en place d'une mesure de protection conduise systématiquement à la clôture des comptes habituels de la personne protégée pour être rouverts auprès des établissements partenaires des mandataires judiciaires à la protection de la personne. Désormais, le juge n'a plus à être saisi pour une modification de compte, l'article 427 du Code civil limitant la nécessité d'une autorisation du juge des tutelles aux ouvertures de comptes dans un établissement bancaire autre que le ou les établissements habituels de la personne protégée et aux clôtures des comptes ou livrets ouverts avant le prononcé de la mesure de protection au nom de la personne protégée. Cette modification a ainsi pour finalité d'éviter la multiplication des ordonnances rendues par le juge et des notifications relevant du greffe qui s'ensuivent, pour des décisions qui ne portent pas atteinte aux habitudes de la personne protégée. Ainsi, par exemple, l'ouverture d'un livret A dans l'établissement habituel d'un majeur protégé est une décision qui ne nécessite plus l'autorisation préalable du juge des tutelles (606).

Conseil pratique

Les notaires doivent se montrer particulièrement attentifs à cette faculté octroyée au tuteur, car elle lui permet, notamment en cas de vente d'un immeuble appartenant à un majeur protégé, le placement du prix sur un compte « ouvert à son seul nom et mentionnant la mesure de tutelle » (C. civ., art. 498). En revanche, il en va différemment lorsqu'il est question de verser le prix de vente revenant au tutélaire sur un contrat d'assurance-vie ou sur un compte titres, car ces opérations financières s'analysent comme un emploi ou un remploi, qui demeurent encadrés par le conseil de famille ou, à défaut, le juge (C. civ., art. 501) (607).

Dans la foulée, la loi a supprimé la soumission, pour les personnes dont la mesure est prise en charge par un préposé d'établissement, de la gestion des comptes aux règles de la comptabilité publique, qui était souvent jugée inappropriée (608).

(605) Circ. min. Justice, 25 mars 2019, de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : *BO Justice* n° 2019-03, 29 mars 2019.

(606) V. E. Pecqueur, *Sort des majeurs protégés dans la réforme* : *AJF* 2019, p. 266, qui constate toutefois, pour s'en inquiéter, que le texte vise les « comptes », sans distinguer la nature de ceux-ci, qu'il s'agisse de comptes de dépôt, de placements sécurisés ou de comptes titres, plans d'épargne en actions ou autres qui peuvent présenter des risques de perte de capital non négligeables.

(607) En ce sens, V. not. N. Peterka, *Réforme de la justice. La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2013. Progrès ou recul de la protection ?* : *JCP* G 2019, 437, spéc. n° 14. – D. Noguéro, *L'assurance-vie et les majeurs sous protection* : *Actes prat. strat. patrimoniale* 2018, n° 2, dossier 16. – A. Tani, *Simplification et déjudiciarisation de la gestion du patrimoine de la personne protégée* : *JCP* N 2019, 1231.

(608) V. E. Pecqueur, art. préc., qui estime que « cette évolution doit être approuvée, car elle permet d'assurer une plus grande indépendance des préposés dans l'exercice de leur fonction et d'éviter de créer une différence entre les personnes protégées selon la qualité de la personne désignée pour exercer leur mesure de protection ».

L'assouplissement de la protection des comptes de la personne protégée a trouvé son prolongement sur le terrain des conventions d'obsèques et de la gestion des valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée. Désormais, le tuteur peut conclure seul de tels contrats (C. civ., art. 500, al. 3 ; C. assur., art. L. 132-3, al. 1er et L. 132-4-1, al. 2 ; C. mut., art. L. 223-5, al. 1er). La loi confie, par ailleurs, au tuteur le soin d'inclure, dans les frais de gestion, la rémunération des administrateurs particuliers dont il sollicite le concours sans qu'il soit besoin d'en demander l'autorisation au juge (C. civ., art. 500, al. 2).

D'autres actes déjudiciarisés se trouvent au cœur de la pratique notariale et méritent de ce fait une attention toute particulière dans le cadre du présent rapport.

1491 – Le partage amiable. – La déjudiciarisation voulue par le législateur a atteint le partage amiable, alors même que cette opération est classée dans les actes de disposition par le décret du 22 décembre 2008. C'est du reste la raison qui justifie que l'article 507 du Code civil prévoyait, dans sa version antérieure, que le partage amiable à l'égard du majeur en tutelle devait être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles qui désignait, si nécessaire, un notaire pour y procéder. Désormais, l'autorisation du conseil de famille ou du juge n'est plus requise (C. civ., art. 507, al. 1er *a contrario*). Il peut y être désormais recouru par le tuteur, sans autorisation judiciaire. Pour autant, la déjudiciarisation reste ici doublement cantonnée.

D'une part, le juge n'est écarté qu'en l'absence d'opposition d'intérêts entre la personne vulnérable et son représentant. En présence d'une telle opposition, il doit autoriser le partage. Mais encore faut-il que le conflit d'intérêts soit porté à sa connaissance, ce qui soulève en creux la question de sa sanction. Le texte n'impose pas la désignation d'un tuteur *ad hoc*. Si l'acte est notarié, ce qui est obligatoire en présence de biens soumis à publicité foncière (C. civ., art. 835, al. 2), à tout le moins pour espérer une opposabilité aux tiers (609), il appartient au notaire de soulever le conflit d'intérêts soit en sensibilisant le tuteur qui devra se retourner vers le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué en vue de la nomination d'un tuteur *ad hoc* (C. civ., art. 455, al. 1er), soit en saisissant le procureur de la République à cette fin (C. civ., art. 455, al. 2).

D'autre part, l'état liquidatif, préalable nécessaire à tout partage (610), demeure subordonné à l'approbation du juge. Cette dernière devra donc être sollicitée, comme par le passé, avant la signature du partage. À notre sens, cette dissociation entre la liquidation (soumise à l'approbation judiciaire) et le partage (libre sauf si opposition d'intérêts entre la personne protégée et le tuteur) apparaît quelque peu superficielle. Soit l'état liquidatif – ce qui est le cas le plus fréquent – prend la forme d'un projet de « liquidation-partage » comportant des propositions d'attributions, de sorte que soumettre l'un au contrôle du juge aboutit implicitement à y assujettir l'autre ; soit l'état liquidatif se contente de fixer les droits des parties, et l'on voit difficilement alors pourquoi les opérations de compte (liquidation) seraient soumises à contrôle et non la répartition des biens (partage) qui s'en suivra, laquelle pourrait pourtant aboutir à des attributions préjudiciables à la personne protégée,

(609) En ce sens, V. Cass. 1re civ., 24 oct. 2012, no 11-19.855 : *Bull. civ.* 2012, I, no 218 ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2012/99, no 4909, obs. Paulin ; *Defrénois* 2013, 70, obs. Massip, qui précise que le recours obligatoire a un acte notarié, lorsque l'indivision porte sur des biens soumis à publicité foncière, « a pour but d'assurer l'effectivité de la publicité obligatoire, mais que le défaut d'authenticité de l'acte n'affecte pas sa validité ». En d'autres termes, il s'agirait donc d'une exigence *ad probationem* et non *ad validitatem*.

(610) V. S. David et A. Jault, *Liquidation des régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. « Référence », 4e éd. 2018-2019, no I.02.

en dépit de ses droits « mathématiques » dans l'indivision, approuvés par le juge (611). Dans le premier cas, la déjudiciarisation est un leurre ; dans le second, elle est source de danger pour le tutélaire. En tout état de cause, compte tenu du lien irréductible qui les lie, nous comprenons difficilement la dissociation opérée par la loi entre l'état liquidatif et le partage : soit ils doivent être approuvés globalement par le juge, soit ils doivent tous deux en être dispensés.

Des raisons militent indubitablement en faveur de la première thèse. Il convient en effet d'avoir à l'esprit que le partage n'a parfois d'amiable que le nom et qu'il requiert souvent, quoi qu'il en soit, des compétences techniques qui échappent en général – sans que l'on puisse leur en faire le reproche – aux tuteurs, auxquels il est difficile de demander de maîtriser le mécanisme de la dette de valeur ou les subtilités de calcul relatives aux récompenses, aux créances entre époux ou aux comptes d'indivision. Bien évidemment, le tuteur peut se faire assister du notaire de son choix, mais ce n'est nullement une obligation dans cette phase. En somme, une méconnaissance des intérêts de la personne protégée est toujours à craindre. Il n'empêche que préconiser un retour vers une judiciarisation globale du *process* reviendrait clairement à nager à contre-courant de l'évolution actuelle. Au rebours, il faut très certainement se résoudre à voir la déjudiciarisation toucher prochainement l'état liquidatif, qui n'aura plus à être soumis au juge pour approbation. Les notaires doivent se préparer à cette évolution prévisible, qui aura le mérite d'uniformiser les règles de la protection des majeurs avec celles des mineurs sous administration légale (C. civ., art. 387-1) (612). Il s'agira alors pour le notaire appelé à intervenir dans cette phase, aux côtés de la personne protégée, d'être vigilant et de ne pas hésiter, en cas de doute sur l'équilibre de l'accord envisagé, à orienter son client vers le partage judiciaire.

1492 **– L'acceptation pure et simple de la succession. –** La déjudiciarisation atteint une autre opération classée dans les actes de disposition par le décret du 22 décembre 2008 : l'acceptation pure et simple de la succession au nom du majeur en tutelle. Celle-ci ne requiert plus aujourd'hui l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge dès lors qu'il est démontré par une attestation du notaire chargé du règlement de la succession que l'actif dépasse manifestement le passif (C. civ., art. 507-1). C'est donc le notaire qui se trouve substitué au juge pour délivrer, sous sa responsabilité, le sésame au protecteur. À l'évidence, dans les faits, la prudence impose qu'il ne délivre pas trop précipitamment ladite attestation, laquelle suppose connu l'ensemble des dettes grevant la succession, ce qui peut parfois prendre du temps. Pour les successions non réglées par un notaire ou dans le cas où il n'est pas envisageable de produire une attestation selon laquelle la succession est manifestement bénéficiaire, l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge reste requise.

Cette proposition, que le Conseil supérieur du notariat a formulée notamment en 2014 dans le « Livre blanc des simplifications du droit », a pour avantage d'accélérer le règlement de la succession. C'est donc une mesure tout à fait opportune. Cependant il conviendrait, pour plus de cohérence, que le dispositif portant sur l'administration légale des biens de l'enfant soit également modifié (C. civ., art. 387-1) (613). Il est en effet difficilement compréhensible que les formalités d'acceptation pure et simple de la succession soient simplifiées en cas de tutelle et non en cas d'administration légale.

(611) Du reste, si le partage aboutissait *in fine* à déloger la personne protégée de son logement au gré des attributions opérées, la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire réapparaîtrait, en application de l'article 426 du Code civil.
(612) V. *supra*, n° 1349.
(613) V. *supra*, n° 1349.

On peut également se demander si cette déjudiciarisation ne devrait pas être étendue, dans un souci de cohérence, à l'acceptation pure et simple d'un legs universel ou à titre universel. En effet, la différence de traitement avec l'acceptation pure et simple de la succession est malaisée à comprendre. Certes, le legs peut être assorti d'une charge, mais tout comme la succession *ab intestat* peut être déficitaire. À notre sens, la solution éprouvée pour l'une peut être dupliquée pour l'autre. Autrement dit, il pourrait être confié au notaire le soin d'apprécier la charge éventuelle et d'attester de la « viabilité » du legs, comme il atteste aujourd'hui de celle d'une succession, pourtant susceptible d'être grevée de dettes.

Dans la foulée, on pourrait également songer à étendre la déjudiciarisation à la révocation de la renonciation à une succession ou à un legs universel ou à legs à titre universel (C. civ., art. 807), dans la mesure où une telle révocation aboutit à une acceptation pure et simple de la succession, qui ne nécessite plus l'autorisation préalable du juge. En la forme, et par principe, la révocation expresse de la renonciation donne lieu à une déclaration suivant des modalités identiques à celles applicables à la renonciation elle-même (CPC, art. 1340), ce qui postule qu'elle doive être adressée ou déposée par l'héritier ou le notaire au greffe du tribunal de grande instance (CPC, art. 1339), lequel inscrit la déclaration dans un registre tenu à cet effet et en adresse ou délivre récépissé au déclarant ou au notaire. En l'occurrence, ce formalisme ne saurait dispenser le tuteur de se munir en outre d'une attestation du notaire chargé du règlement de la succession, visant à témoigner que l'actif dépasse manifestement le passif ou, à défaut, de l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge.

§ II La curatelle

1493 – Autonomie du curatélaire renforcée par rapport au tutélaire. – La curatelle, contrairement à la tutelle, est un régime d'assistance et non de représentation. Cela étant, l'étendue des pouvoirs conférés, d'une part, à la personne protégée et, d'autre part, à son mandataire varie en fonction de l'acte en cause, ce qui renvoie à la distinction déjà envisagée, en matière de tutelle, entre les actes d'administration et les actes de disposition, aujourd'hui définie par le décret du 22 décembre 2008.

En application de l'article 467, alinéa 1er du Code civil, « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». En d'autres termes, cela signifie que les actes de disposition impliquent, par principe, l'assistance du curateur, sans qu'il soit utile de solliciter le juge pour obtenir une autorisation (614). Le curateur peut cependant refuser son assistance, auquel cas le majeur protégé peut saisir le juge afin d'obtenir une autorisation d'accomplir seul l'acte en question (C. civ., art. 469, al. 3). En revanche, le curatélaire peut accomplir seul les actes conservatoires et d'administration relatifs à son patrimoine (C. civ., art. 467 et, sur renvoi, C. civ., art. 504 et 505).

Par dérogation à ces règles de principe, le juge peut toutefois, à tout moment, « énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée » (C. civ., art. 471 et ancien art. 511). Cette disposition permet de mieux adapter la règle de droit à la situation de fait, de tenir compte de l'état de santé du majeur protégé ou des nécessités particulières

(614) Il convient cependant d'avoir à l'esprit que, dans la sphère des droits fondamentaux, le curateur ne peut se passer de l'autorisation du juge, ou du conseil de famille s'il a été constitué, pour accomplir des actes relatifs au logement de la personne protégée (C. civ., art. 426) et effectuer des opérations concernant ses comptes bancaires (C. civ., art. 427).

de la gestion des biens. Mais le juge doit veiller à rester dans un système d'assistance et à ne pas transformer la curatelle en régime de représentation.

À qui incombe la qualification des actes ?

Le décret du 22 décembre 2008 ne précise pas à qui, du curateur ou du curatélaire, incombe le travail de qualification des actes. Les textes se contentent de viser le « tuteur », si bien qu'ils semblent faire reposer, par mimétisme, le travail de qualification sur le curatélaire. Ce dernier pourrait ainsi décider, en fonction des circonstances de l'espèce, de conclure seul un acte pour lequel l'assistance du curateur est en principe requise. Une telle solution paraît, de toute évidence, contraire tout à la fois à un souci élémentaire de sécurité et à la mission d'assistance et de contrôle du curateur (C. civ., art. 440). En effet, celui-ci manquerait à ses devoirs s'il laissait la personne protégée conclure des actes manifestement contraires à ses intérêts et négligeait de l'assister pour la conclusion d'un acte de disposition, pour lequel son assistance est requise. Aussi le curateur ne peut-il se dispenser de contrôler, en amont de la passation de l'acte, la qualification de ce dernier retenue par le majeur en curatelle (615). Il reste évidemment l'hypothèse où le curateur ignore tout de la volonté du curatélaire de passer l'acte litigieux. Si celui-ci requiert l'intervention d'un notaire, nul doute que ce dernier doit se montrer vigilant, *a fortiori* lorsque la qualification de l'acte s'avère douteuse. Dans un tel cas, il doit prendre le soin de requérir, avant d'instrumenter, l'avis du curateur sur la qualification de l'acte, tout en restant libre, bien évidemment, quelle que soit la position adoptée par ce dernier, de passer ou non l'acte en question.

1494 **– Autonomie du curatélaire renforcée par la loi du 23 mars 2019. –** Les dispositions de la loi du 23 mars 2019 qui suppriment certaines autorisations préalables du juge des tutelles concernant des actes qui restent pourtant classés dans les actes de disposition selon le décret du 22 décembre 2008 ont des conséquences, dont il n'est pas certain qu'elles aient été anticipées, sur les pouvoirs des personnes en curatelle. Si elle est sans doute de nature à fluidifier la gestion du patrimoine de la personne en tutelle, la déjudiciarisation ne s'accompagne en effet d'aucun aménagement sous la curatelle. Or, parce que l'article 467 du Code civil définit l'étendue de la mission d'assistance du curateur par renvoi aux actes qui, en tutelle, requerraient l'autorisation du juge, la déjudiciarisation des actes conduit ainsi à les basculer dans la sphère de capacité du curatélaire. En d'autres termes, ce qui est déjudiciarisé pour le majeur en tutelle entraîne la pleine capacité pour le majeur en curatelle, lequel peut alors agir seul dans des situations similaires, sans l'assistance de son curateur, qu'il s'agisse d'une mesure de curatelle simple ou renforcée.

1495 **– Renforcement de l'autonomie personnelle du curatélaire. –** La loi du 23 mars 2019 a renforcé l'autonomie du tutélaire s'agissant des actes personnels. Il va sans dire que ce souci de promouvoir les libertés individuelles bénéficie *a fortiori* au curatélaire, soumis par essence à un système de protection moins contraignant.

Il peut ainsi librement accéder aux différentes formes de conjugalité instituées. En effet, et en l'absence pourtant de toute pression de la part de la Cour européenne des droits de l'homme (616), la loi du 23 mars 2019 a fait disparaître toute nécessité d'autorisation à mariage pour le majeur

(615) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, *op. cit.*, n° 341.22.

(616) V. CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13, aff. *D.* c/ *France* : *D.* 2019, 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJF* 2018, 693, obs. G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2019, 80, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. famille* 2018, chron. 4, obs. A. Gouttenoire et F. Marchadier ; *Defrénois* 2019, n° 8, p. 31, obs. D. Noguéro, qui, statuant sur le recours individuel d'un majeur en curatelle qui s'était heurté au refus d'autorisation à mariage de sa curatrice et du juge des tutelles, avait considéré que les limitations apportées par le droit français au droit du requérant de se marier ne réduisaient pas ce droit d'une manière arbitraire ou disproportionnée.

en curatelle, comme pour le majeur en tutelle. Il est simplement prévu que le protecteur doit être informé du projet de mariage, ce dernier, à l'instar du tuteur, bénéficiant d'un droit d'opposition à mariage fondé sur l'article 173 du Code civil, c'est-à-dire comparable à celui, pourtant très contesté, des parents qui peuvent faire opposition pour tout motif, mais une seule fois et sans que le protecteur soit, quant à lui, à l'abri d'une condamnation à des dommages-intérêts en cas d'opposition abusive (C. civ., art. 179).

Le Pacs connaît le même allègement que le mariage. D'une part, s'agissant de sa conclusion, la personne en curatelle n'a pas à solliciter l'aval du juge et doit simplement être assistée de son curateur lors de la signature de la convention alors qu'aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire (C. civ., art. 461, al. 1er). D'autre part, concernant la dissolution du Pacs, le majeur peut rompre librement le Pacs par déclaration conjointe ou par décision unilatérale, l'assistance n'étant requise que pour la signification et les opérations de liquidation (C. civ., art. 461, al. 3 et 4).

Comme le tutélaire, le curatélaire peut désormais accepter seul le principe de la rupture du mariage dans le cadre d'un divorce accepté et devrait pouvoir accéder au divorce par consentement mutuel, tout au moins dans sa forme judiciaire, assisté de son curateur.

En cas de changement de régime matrimonial des parents d'un majeur protégé, on sait qu'en matière de tutelle, la loi prévoit que l'information relative à cette volonté est délivrée au « représentant » du tutélaire, lequel peut ensuite, le cas échéant, s'y opposer « seul » (C. civ., art. 1397, al. 2). Le texte ne vise pas la curatelle, sur lequel la réforme de 2019 a fait l'impasse. Il faut donc en déduire que le curatélaire reçoit seul l'information de la modification envisagée par ses parents et qu'il lui appartient d'exercer seul, avec le soutien de son curateur mais aussi du notaire, tenu de lui dispenser toute information utile à ce sujet (C. civ., art. 457-1), la faculté d'opposition, sauf aménagement judiciaire de la mesure.

En revanche, la loi ne confère aucune autonomie au majeur en curatelle s'il entend lui-même passer une convention matrimoniale, puisqu'en pareil cas il doit être assisté, dans le contrat, par son curateur (C. civ., art. 1399, al. 1er). Pire encore, il est soumis, à l'instar du tutélaire, à la disposition très controversée qui vise à permettre au curateur de saisir le juge pour être autorisé à conclure seul une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée (617). Les critiques adressées à cette faculté en matière de tutelle trouvent, pour une identité de motifs, à s'appliquer à la curatelle. À notre sens, elles s'y trouvent même renforcées dans la mesure où cette disposition aboutit à conférer un pouvoir de représentation, inédit et exorbitant, au curateur.

1496 – Renforcement de l'autonomie patrimoniale du curatélaire. – Le renforcement de l'autonomie conférée au curatélaire dans la sphère personnelle se retrouve dans la sphère patrimoniale.

Ainsi la personne en curatelle peut notamment signer seule un partage amiable, sans que la soumission de l'état liquidatif à l'approbation du juge ne soit ici requise. On perçoit immédiatement les dangers d'une telle autonomie, s'agissant de questions techniques, qui peuvent avoir des conséquences financières importantes pour le curatélaire. C'est dire que la sauvegarde des intérêts de ce dernier repose ici sur le seul notaire, alors qu'elle fait l'objet d'un double contrôle – notarial et judiciaire – sous la tutelle. Encore faut-il que le notaire intervienne dans le cadre des opérations de liquidation-partage, ce qui n'est nullement une obligation en l'absence de biens soumis à publicité foncière. On peut donc ici craindre que le majeur protégé agisse seul, sans l'assistance non seulement de son curateur, mais aussi

(617) V. *supra*, nº 1480.

d'un notaire ou d'un avocat, aux prises avec un copartageant qui tente de le manipuler ou de lui imposer sa volonté. C'est pourquoi, dans un souci de protection du majeur vulnérable, il conviendrait du dupliquer à la curatelle les solutions prévues en matière de tutelle (618). Il en résulterait que le curatélaire pourrait, par principe, agir seul dans le cadre des opérations de liquidation-partage, sauf à soumettre l'état liquidatif à l'approbation du juge (619) et, en cas de conflit d'intérêts avec son curateur, à recourir au juge pour autoriser le partage.

Il est également aujourd'hui possible à la personne en curatelle, sans assistance, d'accepter purement et simplement une succession bénéficiaire, ce qui suppose toutefois, on le sait (620), d'obtenir au préalable une attestation notariale témoignant précisément que « l'actif dépasse manifestement le passif ». Le renvoi de l'article 467 du Code civil soulève ici une difficulté d'interprétation. La déjudiciarisation de principe de cette branche de l'option héréditaire pourrait exposer le curatélaire au danger de prendre tacitement la qualité d'héritier acceptant, notamment *via* la délivrance d'un legs. Pareil accroissement de la capacité du curatélaire risque de s'accompagner d'une multiplication des demandes d'élargissement de la curatelle ou de représentation ponctuelle afin d'éviter la mise en péril de ses intérêts patrimoniaux (C. civ., art. 471 et 469, al. 2) (621).

Enfin, il est possible à une personne bénéficiant d'une curatelle de conclure seule un contrat d'obsèques, mais aussi d'ouvrir seule un compte dans sa banque habituelle, de placer de l'argent sur « un compte », ou de signer des conventions de gestion des valeurs mobilières et des instruments financiers sans l'intervention de son curateur. Ces dispositions réduisent singulièrement la protection des biens des personnes en curatelle, et notamment en curatelle renforcée. La gestion de leurs revenus restera ainsi soumise au contrôle du curateur, alors qu'elles pourront ouvrir un compte titres dans leur banque habituelle pour y placer les sommes issues d'une succession bénéficiaire, sans que ni le curateur ni le juge n'en soient informés, avec tous les risques de prise de décision non conforme à leur intérêt que cela emporte. Il restera l'article 465 du Code civil qui permet de réduire ou de rescinder les actes en question. Mais on sait que la mise en œuvre de ce texte nécessite une action judiciaire, ce qui conduit à traiter de manière contentieuse des actes auparavant contrôlés et protégés. Un palliatif consisterait à soumettre spécifiquement, dans les jugements prononçant la mesure de protection, les actes en question à l'assistance du curateur en application de l'article 471 du Code civil (622).

1497 **– Conclusion sur la tutelle et la curatelle. –** La volonté d'alléger les autorisations préalables du juge des tutelles est louable mais ouvre la porte à de multiples interprétations et ses conséquences sur la curatelle n'ont manifestement pas été pensées. Il en ressort une impression de *charivari* : avec la déjudiciarisation, le tuteur peut « assister » (Pacs), le curateur peut « représenter » (contrat de mariage) et la qualification de certains actes de disposition ne correspond plus au régime qui, par principe, est censé être le leur, le tuteur pouvant les accomplir sans autorisation judiciaire et le curatélaire pouvant agir seul. Mieux encore, cette déjudiciarisation jette le trouble sur les dispositions de l'article 467 du Code civil : alors que les actes de la curatelle y sont définis par renvoi aux règles de la tutelle, on constate que certains

(618) V. *supra*, n° 1491.
(619) En ce sens, V. N. Peterka, *Personnes vulnérables - La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ?* : *JCP* N 2019, 1157, spéc. n° 8.
(620) V. *supra*, n° 1492.
(621) V. N. Peterka, *Personnes vulnérables - La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ?*, préc., spéc. n° 15.
(622) En ce sens, V. E. Pecqueur, art. préc.

actes que le tuteur peut accomplir sans autorisation mériteraient certainement une assistance plutôt qu'une autonomie (gestion des valeurs mobilières et des instruments financiers), quand ce n'est pas une autorisation du juge (approbation de l'état liquidatif). Dans un souci, d'une part, de promouvoir l'autonomie de la personne protégée et, d'autre part, d'assurer une gradation et une individualisation des mesures, le législateur a rendu de plus en plus floues les frontières entre curatelle et tutelle. Ce constat donne évidemment du poids à la proposition formulée par le rapport Caron-Déglise visant à modifier l'architecture de la protection des majeurs protégés pour créer « une mesure judiciaire unique, gérée par un juge des tutelles rénové, recentré sur sa mission de garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux et d'arbitre en cas de conflit en cours de mesure » (623). L'instauration d'une telle mesure permettrait « de simplifier le dispositif et d'individualiser effectivement la mesure (pouvoir d'assistance ou de représentation selon les actes), qui tiendrait compte des directives anticipées (mandats de protection future ou procurations) et dont la publicité serait assurée par le répertoire civil national pour assurer la sécurité des tiers » (624).

En attendant cette évolution possible, on peut constater que la déjudiciarisation sans cesse croissante du droit des personnes vulnérables engendre des risques, dont le législateur serait bien inspiré de tenir compte dans l'hypothèse vraisemblable où il entendrait accentuer encore le phénomène dans les années à venir.

Tout d'abord, comme toute déjudiciarisation, celle émanant de la loi du 23 mars 2019 peut aboutir à multiplier le contentieux, ce qui conduirait à une « rejudiciarisation, sur le terrain de la contestation des actes et de la responsabilité des acteurs de la protection » (625), notamment celle du notaire, dont le devoir de vigilance se trouve naturellement renforcé avec la mise en retrait du juge.

Ensuite, cette déjudiciarisation aboutit à renforcer l'autonomie de la personne protégée. Faut-il souligner, au risque de heurter, que s'il est louable de considérer la personne vulnérable comme un agent autonome et de respecter, dans la mesure du possible, sa volonté, il n'en reste pas moins que l'autonomie n'est pas toujours le gage d'une protection efficace, bien au contraire. C'est dire que la protection d'une personne vulnérable nécessite parfois qu'elle soit assistée, voire représentée sous peine de la voir s'exposer à des risques inacceptables, la conduisant à se mettre en danger et/ou à compromettre ses intérêts ou sa sécurité.

Enfin, s'agissant précisément de la tutelle, la déjudiciarisation conduit à conférer une autonomie accrue au tuteur. Alors certes ce dernier agit toujours sous la surveillance générale continue du juge et du procureur de la République, mais on peut légitimement craindre que celle-ci ne devienne bien théorique, avec le risque corrélatif de dérives non diagnostiquées, ce qui interroge au regard de l'objectif de protection. Le constat est d'autant plus inquiétant que le législateur ne s'est pas contenté de déjudiciariser certains actes. Il a également étendu le retrait du juge dans le cadre du contrôle de l'activité tutélaire.

Section II Le rôle du notaire au sein de la mesure de protection

1498 – Outils de contrôle. – La mise en place de mesures de protection judiciaire, notamment les plus incapacitantes, à savoir la curatelle renforcée et davantage encore la tutelle, justifient

(623) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 69.
(624) *Ibid*.
(625) N. Peterka, *Réforme de la justice. La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2013. Progrès ou recul de la protection ?*, préc., spéc. n° 60.

que le législateur ait prévu corrélativement des outils de contrôle destinés à éviter des dérives de la part de l'organe de protection, qu'il s'agisse d'un mandataire professionnel ou familial, et de permettre au juge d'exécuter son obligation générale de surveillance des mesures de protection (C. civ., art. 416, al. 1er). L'objectif ici, on l'aura compris, est de préserver ainsi les intérêts de la personne vulnérable. Ainsi, dès l'entame de la mesure, le tuteur doit procéder à l'inventaire des biens de la personne protégée puis, tout au long de la mesure, il doit établir, en principe annuellement, des comptes de gestion. Dans son rapport établi en 2016, la Cour des comptes a cependant relevé de nombreuses défaillances dans l'établissement, la transmission et le contrôle de ces documents essentiels (626). C'est pourquoi la loi du 23 mars 2019 a entendu non seulement renforcer l'obligation d'inventaire, point de départ d'un contrôle efficace, mais aussi améliorer le contrôle des comptes de gestion afin de prémunir toutes les personnes vulnérables contre une dilapidation de leurs biens au fil du temps. Partant, nulle surprise de constater que le notaire s'est vu attribuer, par un mouvement de balancier naturel, un rôle accru dans les mesures de protection judiciaire, qu'il s'agisse de l'inventaire (**§ I**) ou du contrôle des comptes de gestion (**§ II**).

§ I L'inventaire des biens du majeur protégé

1499 **– Intérêt de l'inventaire. –** Parmi les obligations pesant sur lui au début de la mesure, le mandataire doit établir trois documents qui conditionneront largement sa gestion de la mesure : l'inventaire des biens du majeur, son budget prévisionnel et le document individuel de protection du majeur (DIPM).

S'agissant plus précisément de la première des obligations pensant sur lui, laquelle est susceptible d'intéresser au premier chef la pratique notariale, l'article 503 du Code civil dispose que « le tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur s'il a été désigné, à un inventaire des biens de la personne protégée ». On sait que pareille obligation pèse également sur le curateur, en cas de curatelle renforcée (C. civ., art. 472, al. 3). Cet inventaire doit être transmis au juge puis actualisé au cours de la mesure. Ainsi, par exemple, en cas de succession échue au tutélaire, le protecteur se devra de procéder à un nouvel inventaire. En revanche, une simple donation ne paraît pas imposer un nouvel inventaire, une copie de l'acte de donation adressée au juge semblant suffire.

L'inventaire constitue la « clé de voûte » de la protection des biens du majeur. Il est le point de départ de la gestion du patrimoine par le tuteur ou le curateur renforcé. Il permet au juge de vérifier la pertinence du budget prévisionnel, au directeur des services de greffe judiciaires de vérifier les comptes annuels, et, à la fin de la mesure de protection, au majeur protégé ou à ses héritiers de s'assurer de la bonne gestion et de la sauvegarde de son patrimoine, même si celui-ci est modeste.

1500 **– Auteur de l'inventaire. –** Classiquement, il appartient au tuteur ou au curateur d'une curatelle renforcée de faire procéder à l'inventaire des biens de la personne protégée. On perçoit aisément les inconvénients d'un système reposant sur la bonne volonté et la compétence présumée du seul organe de protection, curieusement institué par la loi comme l'unique acteur d'une mesure destinée à assurer le contrôle de sa gestion. À l'évidence, ainsi entendu, l'inventaire peut soulever des problèmes d'intégrité (627), ou tout simplement de

(626) V. Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs, une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante*, rapport sept. 2016, p. 50.

(627) Il convient cependant d'avoir à l'esprit que l'omission volontaire, par le mandataire, d'un bien de l'inventaire constitue l'infraction de faux et usage de faux : V. Cass. crim., 5 févr. 2008, nº 07-84.724 : *Bull. crim.* 2008, nº 29 ; *AJF* 2008, 167, obs. Pécaut-Rivolier ; *Dr. pén.* 2008, nº 42, obs. Véron.

savoir-faire. Ces dangers, et principalement le premier d'entre eux, sont palpables principalement en présence d'un mandataire familial (628), mais pas seulement si l'on songe que nombre d'associations contrôlées n'ont pas de procédures écrites encadrant les opérations d'inventaire (629).

En 2016, la Cour des comptes soulignait à ce propos que « s'agissant de l'établissement des inventaires, seul le recours à un commissaire-priseur ou à un notaire satisferait aux exigences de transparence et de contradictoire qui s'imposent ici, en tous cas pour les patrimoines dont la valeur excéderait un montant à déterminer ».

À l'écoute de ces suggestions, la loi du 23 mars 2019 a prévu que s'il « l'estime nécessaire », le juge « peut désigner dès l'ouverture de la mesure un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice ou un notaire pour procéder, aux frais de la personne protégée, à l'inventaire des biens meubles corporels » (C. civ., art. 503, al. 3). Si l'on ne peut que louer l'éclosion de cette nouvelle règle, destinée à faciliter le déroulement de l'inventaire, en y associant, le cas échéant, des professionnels dont la probité et la compétence peuvent s'avérer précieuses, on regrette cependant son champ d'intervention étriqué. Dans les faits, il a été souligné que les inventaires sont souvent dressés de manière partielle : si les comptes bancaires et les placements apparaissent, en général, correctement retracés, les inventaires n'incluent pas toujours les biens immobiliers du majeur (630). C'est pourquoi il eût été opportun de ne pas limiter la désignation par le juge d'un professionnel pour l'inventaire des seuls biens meubles corporels mais de l'élargir à tous les biens, surtout pour le logement du majeur protégé et aussi en présence d'un immeuble de rapport, de biens fonciers non bâtis, ou encore de contrats d'assurance-vie, de parts de société non négociables, *etc.*

En tout état de cause, eu égard au coût supplémentaire inexorablement attaché à l'intervention d'un commissaire-priseur, d'un huissier de justice ou d'un notaire (631), il est de bon sens d'avoir laissé au juge un pouvoir d'appréciation pour ce faire. Nul besoin de désigner un tel professionnel lorsque la consistance et la valorisation du patrimoine de la personne protégée ne soulèvent aucune difficulté.

1501 **– Délai de l'inventaire. –** Classiquement, l'inventaire devait être dressé dans un délai de dix jours à compter de l'ouverture de la tutelle. La loi du 5 mars 2007 avait allongé, dans un souci de réalisme, ce délai à trois mois (C. civ., art. 503, al. 1er). Si l'on comprend les raisons qui ont poussé le législateur à prévoir des délais extrêmement resserrés, l'inventaire n'ayant de portée réelle que s'il est effectué à brève échéance, il n'empêche que ce délai, même rallongé, demeurait décrié par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Ces derniers soulignaient notamment la difficulté pour eux, dans un certain nombre de situations, de transmettre l'inventaire dans les temps impartis, compte tenu du caractère intrusif de l'établissement d'un tel document pour la personne protégée, dont la mesure venait d'être mise en place et avec laquelle la relation de confiance ne s'était pas encore établie. Ils soulignaient, en outre, les difficultés rencontrées en pratique pour obtenir les renseignements nécessaires à l'établissement d'un document fiable, dans des délais raisonnables, auprès des professionnels interrogés : banques, services des impôts, *etc.* Et, bien évidemment, les difficultés étaient accrues en présence de biens situés à l'étranger. Sans surprise, les statistiques témoignaient du reste qu'une proportion très élevée des inventaires

(628) Faut-il ici rappeler que les mandataires professionnels sont assermentés, ce qui paraît être un gage sérieux de leur intégrité.

(629) V. Cour des comptes, Rapport préc., p. 62.

(630) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 74.

(631) Ce qui soulève tout naturellement la question des modalités de financement et de tarification de cette intervention. Sur ce point, V. Cour des comptes, Rapport préc., p. 63.

dressés (plus de 80 % des dossiers examinés) n'était pas réalisée dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la mesure (632).

Conscient de ces difficultés, le législateur est intervenu, à double égard, au travers de la loi du 23 mars 2019.

D'une part, celle-ci a porté le délai de transmission de l'inventaire à six mois pour les biens autres que les biens meubles corporels (immeubles, créances, dettes, comptes bancaires, assurances-vie, *etc.*), conservant le délai de trois mois pour ces derniers (véhicules, bijoux, meubles meublants, *etc.*). Concrètement, l'inventaire du patrimoine peut donc être aujourd'hui réalisé en deux temps, selon la nature des biens concernés. Cette dichotomie s'explique aisément : si, pour les meubles meublants, l'urgence commande qu'un inventaire soit dressé le plus rapidement possible après l'ouverture de la mesure, compte tenu de leur caractère volatile, en revanche les délais peuvent être plus longs pour les autres biens (633).

D'autre part, la loi a prévu qu'en cas de retard dans la transmission de l'inventaire, outre l'amende civile qu'il peut toujours prononcer après une injonction restée sans effet (C. civ., art. 417, al. 1er), « le juge peut désigner un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour y procéder aux frais du tuteur ». En créant la possibilité pour le juge de désigner un professionnel, dans un premier temps, pour réaliser l'inventaire et, dans un second temps, pour pallier la carence de l'organe de protection dans la réalisation de cet inventaire, la loi témoigne d'une volonté louable d'assurer un contrôle accru sur le patrimoine dont disposent les personnes protégées.

1502 **– Réalisation de l'inventaire. –** Concernant **le contenu** de l'inventaire, rien n'est précisé par le Code civil. C'est l'article 1253 du Code de procédure civile qui fixe les règles sur ce point. Il en résulte que l'inventaire doit contenir « une description des meubles meublants, une estimation des biens immobiliers ainsi que des biens mobiliers ayant une valeur de réalisation supérieure à 1 500 euros, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des autres valeurs mobilières » (al. 2). Il doit être « daté et signé par les personnes présentes » (al. 3). En dépit des termes lacunaires du texte, il n'est pas douteux que l'inventaire doive également préciser le passif qui affecte, le cas échéant, le patrimoine de la personne protégée.

En la **forme**, l'inventaire est dressé selon les formes prescrites à l'article 1253 du Code de procédure civile. Ainsi il doit être réalisé en présence de la personne protégée, si son état de santé ou son âge le permet, de son avocat le cas échéant, ainsi que de deux témoins majeurs qui ne sont au service ni de la personne protégée ni de son protecteur lorsque l'inventaire n'est pas réalisé par un officier public ou ministériel. Le subrogé tuteur doit également être présent le cas échéant. L'inventaire peut être authentique, quand il est dressé par un officier ministériel, ou sous seing privé à condition que l'exigence des deux témoins soit remplie. Dans les faits, on sait que les inventaires sont très rarement effectués en présence des témoins requis par le Code civil, lesquels témoins s'avèrent souvent difficiles à trouver, *a fortiori* quand la personne protégée est isolée (634). Et la Cour des comptes de souligner du reste que la présence de deux témoins n'est pas nécessairement un « gage de fiabilité, de confidentialité et de sécurité » (635).

(632) V. Cour des comptes, Rapport préc., p. 63.
(633) En ce sens, V. A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 75.
(634) En ce sens, V. Cour des comptes, Rapport préc., p. 63.
(635) *Ibid*.

Un contrôle inopérant des inventaires

Dans les faits, le rapport rendu par la Cour des comptes en 2016 constate, pour le déplorer, que les inventaires ne sont que rarement vérifiés par les juges et les anomalies ne sont quasiment jamais sanctionnées (636). En effet, rares sont les tribunaux qui adressent aux mandataires des remarques ou des relances sur les inventaires transmis ou sur leur absence. Les tribunaux d'instance éprouvent par ailleurs des difficultés pour consulter le Fichier national des comptes bancaires et assimilés (Ficoba), géré par le ministère des Finances pour s'assurer de l'exhaustivité de la liste des comptes bancaires du majeur établie par le tuteur. Et la Cour de souligner que lorsqu'ils contrôlent un mandataire, les inspecteurs de la direction départementale de la cohésion sociale l'interrogent généralement sur le respect de ses obligations sans vérifier la présence des pièces dans les dossiers des majeurs.

Il n'existe pas de statistiques nationales consolidées sur la valeur du patrimoine des majeurs protégés, qui reste très mal connu. Un réseau de services tutélaires a cependant pu estimer à 4,2 Md€ les seules valeurs mobilières (comptes à vue, comptes à terme, livrets d'épargne, comptes titres et assurance-vie) détenues par des majeurs sous sa protection.

Dès lors, on rejoint la Cour des comptes et le rapport Caron-Déglise (637) quand ils estiment que ce constat dessine une situation préoccupante. Un inventaire non contrôlé, *a fortiori* non produit ou produit en retard représente un risque considérable pour la préservation du patrimoine du majeur. Le désintérêt très répandu pour les procédures d'inventaire que la Cour a observé ne pouvant, au surplus, que faciliter les abus.

Indubitablement, ce constat milite en faveur d'inventaires dressés, dans la mesure du possible, par des professionnels.

§ II Le contrôle des comptes de gestion

1503 – Remise annuelle du compte de gestion par le tuteur. – Outre l'obligation qui lui est faite d'établir un compte final de gestion au moment de la cessation de sa mission, les textes enjoignent au tuteur (638) d'établir un compte annuel de gestion faisant apparaître les recettes et les dépenses engagées au nom et pour le compte du tutélaire, accompagné de toutes les pièces justificatives utiles, en vue de sa vérification et de son approbation (C. civ., art. 510 à 514). À cette fin, le tuteur a le droit d'obtenir communication d'un relevé annuel des comptes bancaires ouverts au nom de la personne protégée, sans que l'établissement bancaire puisse lui opposer le secret professionnel ou le secret bancaire (C. civ., art. 510). Par ailleurs, le tuteur est tenu d'assurer la confidentialité du compte de gestion.

Dans son principe, le compte de gestion est une sorte de mise à jour de l'inventaire ; il est aussi l'outil qui permet de vérifier la qualité de la gestion du budget et des biens du majeur par le mandataire et donc de garantir la protection de la personne vulnérable. À l'exception des commentaires de la loi de 2007 faits par la circulaire de 2009, le ministère de la Justice n'a apporté quasiment aucune précision, qu'il s'agisse de la date limite d'envoi du compte, de son contenu ou de sa présentation.

Nulle surprise, dans ces conditions, de constater que la Cour des comptes, dans son rapport de 2016 (639), a relevé que les comptes-rendus établis par les mandataires professionnels sont de qualité variable : nombre d'entre eux ne présentent pas la situation sociale et l'environnement de l'intéressé, n'ont pas de tableau de synthèse des mouvements inter-

(636) *Ibid.*

(637) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 74.

(638) Une semblable obligation pèse sur le curateur, en cas de curatelle renforcée (C. civ., art. 472, al. 3) et sur les mandataires spéciaux désignés dans le cadre d'une sauvegarde de justice lorsque leur mission s'étend à la gestion des biens du majeur protégé (C. civ., art. 437, al. 3).

(639) Cour des comptes, Rapport préc., p. 68 et s.

venus sur les comptes bancaires du majeur, comportent des copies incomplètes des relevés du compte courant du majeur (« compte de fonctionnement ») ou de ses autres comptes, ne font pas la synthèse annuelle des actifs du majeur et de ses ressources et dépenses par grands postes, pourtant nécessaire pour vérifier l'absence de disproportion manifeste dans les dépenses. Ces constats sont également applicables aux comptes-rendus établis par des mandataires familiaux. Beaucoup de comptes-rendus ne comportent pas les justificatifs des placements financiers effectués ou la copie des ordonnances du juge qui les ont autorisés, la justification du calcul de la participation financière du majeur pour les mesures exercées par des professionnels, les justificatifs de ventes et successions, les factures des principales dépenses, notamment celles occasionnelles, nécessaires au contrôle sur la dépense. Des soldes de début d'exercice sont en outre omis. Pour clore ce constat inquiétant, la Cour des comptes a pu constater que de nombreux mandataires, familiaux ou professionnels toutes catégories confondues, adressent tardivement les comptes-rendus au greffe, voire ne les produisent pas.

1504 **– Déjudiciarisation du contrôle des comptes de gestion. –** En dépit de ces alertes inquiétantes, l'obligation pour les tuteurs d'établir des comptes annuels a été maintenue à l'identique par la loi du 23 mars 2019. Les mandataires professionnels et familiaux demeurent donc livrés à eux-mêmes, démunis de directives, puisque les textes n'apportent quasiment aucune précision, qu'il s'agisse de la date limite d'envoi du compte, de son contenu ou de sa présentation (640). Dans l'optique d'améliorer et de sécuriser les contrôles, la réaction législative s'est portée, en aval, sur l'organe chargé de vérifier les comptes annuels de gestion. Cette réaction se caractérise par une déjudiciarisation, laquelle aboutit à retirer le contrôle des comptes aux greffiers (**A**) pour le confier, le cas échéant, aux notaires (**B**).

A/ La déjudiciarisation aboutit à l'exclusion du greffier

1505 **– Plan. –** Classiquement en charge du contrôle des comptes de gestion (**I**), les greffiers se sont vu, par la loi du 23 mars 2019 (**II**), retirer cette tâche particulièrement chronophage, qui constituait l'une des causes de l'encombrement des greffes et cabinets de juge des tutelles.

I/ Un contrôle autrefois confié aux greffiers

1506 **– Le contrôle à l'aune des textes. –** Selon les textes, la vérification du compte annuel était opérée par le greffier en chef du tribunal d'instance auquel le compte devait être transmis (C. civ., art. 511, al. 1er). Si un subrogé tuteur avait été nommé, il devait opérer une vérification des comptes avant de les transmettre avec ses observations (C. civ., art. 511, al. 4). Le greffier en chef devait approuver le compte après l'avoir vérifié au besoin avec l'assistance de tiers tels qu'un huissier de justice (CPC, art. 1254-1). S'il refusait de donner son approbation, le greffier en chef dressait un rapport des difficultés rencontrées qu'il transmettait au juge. Ce dernier devait alors statuer sur la conformité du compte (C. civ., art. 511, al. 6). Par ailleurs, il était possible que le juge décide de substituer au greffier en chef, dans cette mission de vérification et d'approbation des comptes, le subrogé tuteur lorsqu'il avait été mis en place (C. civ., art. 511, al. 7) ou le conseil de famille s'il en existait

(640) V. A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 79, qui soulignait qu'il était important d'uniformiser et de modéliser les imprimés de compte-rendu de gestion en format Cerfa pour que les mandataires professionnels et les familles disposent de ce document unique avec une liste de justificatifs clairs, précis et identiques pour toutes les juridictions. Et le rapport de rajouter que « ce Cerfa devra être synthétique, facile à lire et à comprendre et devra être remis automatiquement avec le jugement, le cas échéant par envoi dématérialisé ».

un et si le tuteur était un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (C. civ., art. 515, al. 8) ou encore un technicien « si les ressources de la personne protégée le permett[ai]ent et si l'importance et la composition de son patrimoine le justifi[ai]ent » (C. civ., art. 513).

1507 – Les textes à épreuve des faits. – Dans les faits, la Cour des comptes a pu constater, et regretter qu'exception faite de quelques greffes, la procédure d'examen des comptes-rendus était largement inopérante (641). Il faut dire qu'aucun texte de niveau national ne définissait ni même ne mentionnait ce qui pourrait tenir lieu de « politique de vérification » des comptes. De fait, à quelques exceptions près, les greffes n'utilisaient pas de méthodologie rigoureuse de contrôle et les modes opératoires pouvaient varier au sein d'un même tribunal. Si quelques directeurs de greffe examinaient s'il existait des dépenses « manifestement disproportionnées » et si les pièces justificatives étaient transmises, la plupart se contentaient de vérifier l'évolution du solde du ou des comptes bancaires et l'absence de solde négatif. Plus encore, la majeure partie des tribunaux ne communiquaient pas leur décision aux mandataires.

Selon la Cour des comptes, cette « situation alarmante et gravement préjudiciable aux personnes protégées comme aux mandataires » (642) était surtout imputable aux compétences professionnelles inadaptées des greffes, le contrôle des comptes exigeant une compétence particulière que ne détiennent pas ces derniers. Et, le rapport Caron-Déglise de rajouter, à juste titre, que la question des moyens alloués était également centrale et déterminante. Si les directeurs de greffe d'instance, par leur association, avaient rappelé qu'ils étaient très sensibles aux difficultés des publics les plus fragiles qu'ils rencontraient au quotidien, ils avaient surtout souligné tout à la fois que cette mission était chronophage et que les moyens pour y faire face n'avaient jamais été à la hauteur, alors que le nombre de comptes à vérifier chaque année rendait la tâche impossible pour les seuls fonctionnaires de justice et les magistrats (643).

II/ Un contrôle désormais retiré aux greffiers

1508 – Suppression d'un contrôle judiciaire systématique. – Tirant les conséquences des critiques lancinantes adressées au système ancien, la loi du 23 mars 2019 a modifié en profondeur l'organisation du contrôle des comptes de gestion, en excluant désormais toute intervention du greffier en chef, dans la mouvance d'une déjudiciarisation du droit des personnes protégées (644). Aujourd'hui, la détermination des personnes chargées du contrôle dépend désormais à la fois de la composition des organes assurant la charge tutélaire et de la consistance du patrimoine du majeur (645).

1509 – Contrôle interne des comptes de gestion. – Afin d'assurer l'effectivité du contrôle des comptes de gestion, les articles 512 et 514 du Code civil mettent en place un système de contrôle « interne » à la mesure de protection, qui devient le principe lorsque plusieurs personnes sont désignées (646).

(641) Cour des comptes, Rapport préc., p. 76 et s.
(642) Cour des comptes, Rapport préc., p. 77.
(643) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 79.
(644) Sur lequel, V. N. Peterka, *Réforme de la justice. La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2013. Progrès ou recul de la protection ?*, préc.
(645) Cette disposition n'est pas d'application immédiate, son entrée en vigueur est reportée à la date fixée par le décret à intervenir et, à défaut, au 31 décembre 2023. En attendant, la vérification et l'approbation des comptes annuels de gestion restent dévolues au directeur des services de greffe judiciaires.
(646) Ce qui concerne *de facto* des mesures dans lesquelles les personnes sont entourées, dans lesquelles existent soit un gros patrimoine, soit des dissensions au sein de la famille, car sinon une habilitation familiale suffirait.

En pareille occurrence, les comptes de gestion sont vérifiés et approuvés annuellement par le subrogé tuteur lorsqu'il en a été nommé un ou par le conseil de famille lorsque ce dernier a désigné un mandataire judiciaire à la protection des majeurs comme tuteur. On sait toutefois que cette tutelle complète demeure statistiquement minoritaire.

En cas de désignation de plusieurs tuteurs chargés de la gestion aux biens, ce qui s'avère également rare en pratique, les comptes annuels de gestion doivent être signés par chacun d'eux, ce qui vaut approbation (C. civ., art. 512 al. 1er).

Le juge ne disparaît pas totalement du dispositif mais reste présent en arrière-plan et peut, en cas de difficulté et à la requête de l'une des personnes chargées de la mesure de protection, statuer sur la conformité des comptes (C. civ., art. 511, al. 1er).

Au-delà du souci d'alléger les greffes, la disposition est une incitation à favoriser l'exercice plural de la mesure, ou à tout le moins la mise en place d'organes de contrôle interne, par le recours à la subrogée tutelle, encore trop peu utilisée (647).

1510 **– Contrôle externe des comptes de gestion. –** À défaut de ce contrôle interne, la loi prévoit un contrôle « externe » par des professionnels du chiffre ou du droit, et ce dans deux hypothèses, destinées *de facto* à être les plus nombreuses.

En l'absence de désignation d'un subrogé tuteur, d'un cotuteur, d'un tuteur adjoint ou d'un conseil de famille, le juge doit désigner, dès réception de l'inventaire et du budget prévisionnel, un professionnel qualifié, chargé de la vérification et de l'approbation des comptes dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État (C. civ., art. 512, al. 3).

Ce professionnel reçoit également la mission de vérification et d'approbation du compte de gestion, malgré la présence d'un subrogé tuteur, d'un cotuteur, d'un tuteur adjoint ou d'un conseil de famille, « lorsque l'importance et la composition du patrimoine de la personne protégée le justifient » (C. civ., art. 512, al. 2).

Eu égard à l'impossibilité de préconiser une solution interne aux services publics (648), la circulaire du 25 mars 2019 a précisé que ce transfert du contrôle des comptes à des professionnels qualifiés constituait la seule solution pour qu'un contrôle efficace et régulier soit assuré.

B/ La déjudiciarisation favorise l'intervention du notaire

1511 **– Plan. –** Suivant en cela un plan chronologique, nous allons successivement envisager la désignation (**I**) puis la mission (**II**) du notaire désigné en qualité de professionnel qualifié.

I/ La désignation du notaire en qualité de professionnel qualifié

1512 **– La désignation *ratione materiae* du notaire. –** Dans un certain nombre de situations, il appartiendra désormais à un professionnel qualifié de vérifier et d'approuver les comptes annuels de gestion du tuteur. Un décret en Conseil d'État est prévu pour déterminer qui

(647) En ce sens, V. N. Peterka, *Personnes vulnérables - La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ?*, préc., spéc. no 14. Comp. E. Pecqueur, art. préc., qui s'inquiète des conséquences engendrées par une éventuelle désignation massive de mesures de protection juridique des majeurs (MJPM) en qualité de subrogé tuteur ou curateur à savoir un coût supplémentaire pour la personne protégée et le risque de voir ces mandataires prioriser le contrôle des comptes, au détriment de l'exercice des mesures qui leur sont effectivement confiées et de la qualité du suivi réalisé.

(648) V. Cour des comptes, Rapport préc., p. 78, qui souligne, d'une part, que le ministère de la Justice a envisagé de transférer cette compétence à des agents du ministère des Finances, mais que ce dernier a refusé un tel transfert et, d'autre part, que la proposition de confier cette mission à l'ancien Trésor public est inopérante, ses agents étant avant tout mobilisés par leurs activités au titre de la comptabilité publique.

peut être le professionnel qualifié visé à l'article 512 du Code civil et les conditions justifiant sa désignation. Cela étant, la circulaire du 25 mars 2019 a d'ores et déjà précisé que ce professionnel qualifié pourra être un huissier, un avocat, un expert-comptable, un commissaire aux comptes, un administrateur ou un mandataire judiciaire, selon la nature et la consistance du patrimoine de la personne vulnérable (649). Il pourra également s'agir, bien évidemment, d'un notaire.

D'ailleurs, dans les faits, nul doute que le notaire, au regard de son large champ d'intervention, est appelé à devenir le relais privilégié du magistrat, dans une posture déjà connue par la profession dans le domaine voisin du droit patrimonial de la famille, à l'occasion spécifiquement d'une procédure de divorce ou, plus largement, dans le cadre des opérations de partage judiciaire. Dans le premier cas, il est susceptible d'intervenir en qualité d'expert, soit « en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux » (C. civ., art. 255, 9°) (650), soit pour « élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager » (C. civ., art. 255, 10°), alors que dans le second cas, il agit en sa qualité de notaire commis aux fins de « procéder aux opérations de partage » (CPC, art. 1364 et s.). Faut-il rappeler, au surplus, que le notaire est appelé à tenir ce rôle de « contrôleur des comptes » en présence d'un mandat de protection future notarié (C. civ., art. 491, al. 1er) (651).

Dans la pureté des principes, le notaire désigné en qualité de professionnel qualifié sera celui-là même à qui le juge a peut-être déjà confié le soin d'établir l'inventaire ; il se verra ainsi doté d'une mission générale de précontrôle de la mesure de protection judiciaire.

En présence d'un patrimoine complexe, si rien n'interdit au juge de désigner plusieurs professionnels qualifiés, il convient cependant d'éviter les nominations multiples, source de complexité et de surcoûts, pour privilégier la seule désignation d'un notaire, quitte pour ce dernier à s'adjoindre un technicien dans une autre spécialité que la sienne, comme par exemple un expert-comptable qui interviendra sous son contrôle. En pareil cas, il appartient au notaire de centraliser les informations qui lui sont communiquées par ses sapiteurs aux fins, le cas échéant, de rédiger un rapport complet et synthétique qui envisage l'ensemble des difficultés soulevées par le dossier.

1513 – La désignation *ratione personae* du notaire. – Le juge qui entend désigner en qualité de professionnel qualifié pour vérifier les comptes de gestion du tuteur doit s'inspirer à cette fin des règles inhérentes au partage judiciaire, en l'occurrence celle posée à l'article 1364 du Code de procédure civile. C'est dire qu'il peut procéder à la désignation du notaire de son choix, sauf à ce que la personne protégée, si elle est en mesure d'exprimer sa volonté, ou son futur représentant, propose un nom, celui vraisemblablement du notaire de famille.

Dans les deux cas, la question se pose de savoir si le notaire désigné en qualité de professionnel qualifié peut recevoir les actes concernant la personne protégée, qu'il s'agisse, par exemple, de son vivant, de la vente du bien immobilier constituant son logement ou, à son décès, du règlement de sa succession. Cette question, déjà envisagée sous l'angle du mandat de protection future (652), doit à notre sens recevoir une réponse identique, même si l'origine judiciaire, et non plus conventionnelle de l'intervention notariale pouvait peut-être jeter un trouble plus prononcé à cet égard. En effet, s'il y a une certaine logique à ce que le

(649) Circ. min. Justice, 25 mars 2019, de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc.
(650) Auquel cas il endosse déjà le costume de « professionnel qualifié ».
(651) V. *supra*, nos 1223 et s.
(652) V. *supra*, n° 1225.

notaire choisi par le mandant et donc en qui celui-ci a placé sa confiance reçoive ensuite les actes concernant directement ou indirectement ce dernier (653), *quid* lorsque le notaire a été choisi par le juge, souvent sans lien manifeste avec la personne protégée ? À notre sens, il n'y a pas d'incompatibilité à ce que le notaire puisse recevoir un acte, auquel la personne protégée – qu'elle soit représentée ou simplement assistée – est partie et agir parallèlement en qualité de notaire commis judiciairement, aux fins d'inventaire et/ou de contrôle des comptes. Dans un cas comme dans l'autre, il agit en effet dans l'intérêt de la personne protégée, ce qui exclut le conflit d'intérêts (654). L'argument prend de l'ampleur lorsque la désignation du notaire commis résulte en réalité d'un choix exprimé par la personne protégée ou son représentant.

En tout état de cause, on aurait tendance à penser qu'il y a une réelle cohérence à ce que le notaire commis instrumente les actes que le tuteur est amené à passer pour le compte de la personne protégée, cette intervention à l'acte lui permettant ainsi d'assurer *in vivo* la mission de précontrôle de l'activité du tuteur que lui a confié le juge. Cette mission est d'autant plus importante aujourd'hui que de nombreux actes passés par le tuteur, on le sait, ne nécessitent plus l'autorisation préalable du juge (655).

L'opportunité de dresser une liste de notaires volontaires

En tout état de cause, et sachant que la désignation « semi-conventionnelle » d'un notaire restera vraisemblablement minoritaire, faute de choix exprimé par la personne protégée ou de notaire auquel il est attaché, il s'agit de désigner des notaires ayant une appétence particulière pour ces questions, mais aussi dont la structure leur permet de faire face à de telles désignations. Il s'agit ainsi d'assurer une mise en œuvre efficace du dispositif légal sur le terrain. Dans cette optique, il serait opportun qu'il soit établi, dans chaque chambre, une liste de notaires prêts à être désignés par le juge en tant que professionnels qualifiés, ce qui existe déjà dans certains départements, en matière de droit patrimonial de la famille.

II/ La mission du notaire en qualité de professionnel qualifié

1514 **– Le teneur du contrôle notarial. –** Le rôle du notaire, appelé à vérifier les comptes de gestion, est dual. En la forme, il doit assurer la conservation des comptes et des pièces justificatives qui lui sont remis, sans pouvoir les communiquer à des tiers, en raison de la confidentialité des indications contenues dans ces comptes (656).

Quant au fond, sans être juge de l'opportunité de la gestion tutélaire, le notaire doit vérifier que celle-ci est conforme aux intérêts de la personne protégée. En somme, s'il n'a pas à porter de jugement sur le choix des options budgétaires prises par le tuteur, il lui appartient de contrôler et de détecter les éventuelles anomalies de gestion. Concrètement, son rôle

(653) En ce sens, V. *supra*, n° 1225.

(654) Le seul conflit d'intérêts possible pourrait naître de la situation où, par le plus grand des hasards, le notaire commis serait également le conseil du cocontractant de la personne protégée, auquel cas il devrait à l'évidence refuser de recevoir l'acte.

(655) V. *supra*, n^{os} 1490 et s.

(656) Rappelons, à cet égard, que le tuteur est tenu par principe d'assurer la confidentialité du compte de gestion. Toutefois, il a l'obligation de remettre une copie du compte et des pièces justificatives à la personne protégée, lorsqu'elle est âgée d'au moins seize ans, ainsi qu'au subrogé tuteur s'il y en a un. Il peut aussi le transmettre aux autres personnes chargées de la protection (tuteur à la personne, conseil de famille, *etc.*) s'il l'estime utile (C. civ., art. 510, al. 3). Enfin, la communication de ce compte annuel de gestion aux conjoint, partenaire, parents, alliés ou autres proches est également possible, sous couvert d'obtenir une autorisation du juge, soumise à certaines conditions (C. civ., art. 510, al. 4).

consiste à déceler l'existence éventuelle de dépenses manifestement disproportionnées, d'actes injustifiés ou anormaux. Au besoin, s'il estime que certaines pièces lui font défaut pour opérer ce contrôle (absence de justificatifs des placements financiers effectués, absence des factures relatives aux principales dépenses visées, *etc.*), il doit solliciter leur production par le tuteur. D'une manière générale, il peut d'ailleurs demander toute explication utile au tuteur destinée à lui permettre de s'assurer que celui-ci agit de manière raisonnable, dans le souci des biens et intérêts qui lui ont été confiés.

En présence d'anomalies manifestes ou d'explications lacunaires, le notaire peut refuser d'approuver les comptes. Il dresse alors un rapport des difficultés constatées qu'il transmet au juge, lequel statuera sur la conformité des comptes et pourra décharger le tuteur de sa mission voire, en cas de manquement grave ayant causé un préjudice aux intérêts du majeur protégé, soulever sa responsabilité pour faute, notamment en cas de fraude. Un schéma identique doit être suivi en l'absence de transmission des comptes par le tuteur dans les délais impartis.

Comme en matière de mandat de protection future, le notaire a ici un rôle de lanceur d'alerte qui est essentiel (657). Il s'agit d'assurer la protection de la personne protégée, dont les bons soins ont malheureusement pu être confiés à un tuteur négligent, incompétent ou peu scrupuleux.

Remarque pratique

Là encore, les dispositions relatives au partage judiciaire (CPC, art. 1464 et s.) doivent inspirer les rédacteurs du décret à venir. Le notaire doit avoir un pouvoir de coercition sur le tuteur et pouvoir lui imposer des délais pour la communication des pièces. Il doit pouvoir également établir un procès-verbal de difficultés ou de carence dans l'hypothèse où le tuteur n'exécute pas ses obligations en la matière.

1515 – La périodicité du contrôle notarial. – Il appartient au juge des tutelles, s'il désigne un notaire ou tout autre professionnel qualifié, de fixer dans sa décision les modalités selon lesquelles le tuteur soumet à ce professionnel le compte de gestion, accompagné des pièces justificatives (C. civ., art. 512, al. 2). Aucune périodicité n'est donc mentionnée par les textes. C'est dire que le juge devra déterminer la fréquence à laquelle le contrôle sera réalisé : il pourra ainsi moduler dans le temps le rythme dudit contrôle et prévoir, par exemple, que celui-ci s'effectuera tous les deux ans. L'objectif évident est de permettre aux personnes protégées dont les ressources sont limitées de bénéficier de cette externalisation du contrôle des comptes de gestion sans qu'elle constitue pour autant une charge excessive pour eux.

1516 – Le coût du contrôle notarial. – L'externalisation du contrôle des comptes de gestion au profit d'un professionnel qualifié soulève inévitablement la question de son financement. Le débat est sensible.

Il n'est pas question de rémunérer de manière dispendieuse le professionnel qualifié appelé à intervenir, sous peine de prendre le risque évident de voir ce contrôle grever trop lourdement le patrimoine de la personne protégée, laquelle est appelée à en supporter la charge financière. D'un autre côté, s'agissant d'une mission à la fois primordiale et gratifiante, au service de la personne protégée, mais aussi, il ne faut pas se leurrer, fastidieuse, chrono-

(657) V. *supra*, n° 1224.

phage et source de responsabilité, il est évident qu'une rémunération purement symbolique risque fort de décourager les vocations (658).

Ces considérations n'ont d'ailleurs pas échappé aux pouvoirs publics. Si l'idée de financer la déjudiciarisation du contrôle des comptes par le biais des fonds publics (659) a été abandonnée, la circulaire du 25 mars 2019, dans un souci de pragmatisme, a précisé qu'en raison de son coût cette externalisation ne devait être ordonnée par le juge qu'à défaut de solutions moins coûteuses pour le majeur protégé. Ce même souci explique du reste, en grande partie, les cas de dispense envisagés par la loi.

1517 **– Dispenses de contrôle des comptes. –** L'article 513 du Code civil prévoit des dispenses de contrôle des comptes, lesquelles ont d'ailleurs été élargies par la loi du 23 mars 2019. Le texte distingue aujourd'hui deux types de dispense susceptibles d'être préconisés par le juge :

- le tuteur professionnel, ce qui est une innovation, peut être dispensé de soumettre le compte de gestion à approbation, en considération de la modicité des revenus ou du patrimoine de la personne protégée ;
- le tuteur familial peut être dispensé non seulement de soumettre le compte de gestion à approbation, mais aussi tout bonnement d'établir un tel compte, dans des conditions similaires.

On comprend la volonté des pouvoirs publics de vouloir limiter le contrôle des comptes, et son coût, aux « situations à risque » généralement liées à l'importance et à la composition du patrimoine de la personne protégée. Il n'en reste pas moins que la disparition d'une partie du contrôle des comptes de gestion est inquiétante, ce d'autant plus qu'elle se cumule avec les dispenses d'autorisation.

S'agissant des tuteurs professionnels, M^me^ Pecqueur, magistrate, estime que « la création d'une dispense généralisée de contrôle, au prétexte que la consistance des biens à gérer est modeste, est (...) surprenante » (660). Elle souligne, au soutien de sa position, qu'entre « les personnes qui disposent d'un patrimoine conséquent et celles qui n'ont rien, il existe toute une partie de la population qui a des ressources limitées et un tout petit patrimoine – quelques économies, un immeuble – et qui est isolée. L'étude réalisée par la Chancellerie sur les décisions prises en 2015 a montré que les personnes prises en charge par des mandataires professionnels étaient propriétaires d'un immeuble dans 40 % des cas, disposaient d'une épargne de plus de 4 020 € pour la moitié d'entre eux et de revenus pour 73 % d'entre eux dont le montant médian est de 1 130 €. C'est peu, mais ce n'est pas rien. Et en l'absence de proches, l'alternative sera de ne rien vérifier, au risque de voir se multiplier les erreurs de gestion ou malversations ou de vérifier aux frais de la personne, mais alors au prix de son bien-être, car les quelques centaines d'euros nécessaires à cette vérification, ajoutées au coût de la gestion de la mesure pèseront nécessairement sur la qualité de sa prise en charge – un peu moins d'aide à domicile, un peu moins d'argent de vie » (661). Et

(658) Si les pouvoirs publics décident de définir un barème national quant au coût des contrôles ainsi réalisés, ce qui serait souhaitable à bien des égards afin d'éviter la mise en place de pratiques locales diversifiées, sans aucune cohérence, au risque évident de créer une rupture d'égalité entre les personnes protégées (en ce sens, V. E. Pecqueur, art. préc.), ils devront parvenir à trouver un équilibre subtil entre ces deux considérations malaisément conciliables.

(659) Conformément à cette logique, la Chancellerie avait obtenu d'inscrire au projet de loi de finances pour 2017 des crédits à hauteur de 5 M€ pour expérimenter une délégation du contrôle des comptes des majeurs à des professionnels du chiffre.

(660) E. Pecqueur, art. préc.

(661) *Ibid*.

Mme Pecqueur de conclure que : « Ces nouvelles dispositions laissent un vide très important sur le contrôle des mesures exercées hors du cadre familial » (662).

Quant aux tuteurs familiaux, le rapport Caron-Déglise a souligné, à juste titre, que les risques de gestion défaillante et/ou négligente de la part d'un proche sont réels, les mandataires professionnels ayant souligné qu'ils étaient souvent désignés après des interventions familiales et qu'ils découvraient alors des situations d'impayés de plusieurs mois, voire années (établissements non payés, non-reversements à l'aide sociale, par exemple, droits non ouverts) (663). Le but, notamment pour des raisons d'économie budgétaire, est ici de favoriser la tutelle familiale, ce qui suppose de limiter les contraintes pesant sur l'organe de protection non professionnel. Mais autant nous pouvons percevoir la justesse du propos en présence d'une habilitation familiale, qui suppose un consensus familial, autant il nous semble plus difficilement audible dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire classique, laquelle postule par principe l'absence d'un environnement apaisé autour de la personne protégée.

Partant, et parce que le contrôle des comptes a une incidence directe sur la vérification du respect concret des droits des personnes dans l'exercice même des mesures, il reste à espérer que les magistrats se montreront prudents lorsqu'il s'agira pour eux de dispenser l'organe de protection d'établir et/ou de solliciter l'approbation de son compte de gestion. À défaut, on sait que le renvoi à « l'obligation générale de surveillance des mesures de protection » par le juge des tutelles (C. civ., art. 416, al. 1er) est insuffisant pour garantir les intérêts de la personne protégée, sauf à démultiplier les moyens alloués aux juridictions, ce qui n'est pas vraiment dans l'air du temps.

D'une manière plus générale, le juge est toujours appelé à intervenir une fois la mesure de protection judiciaire mise en œuvre, mais ce n'est qu'en ultime recours, c'est-à-dire en cas de difficultés, et encore faut-il qu'il soit alerté de celles-ci. Dans ces conditions, nul doute que les notaires doivent aujourd'hui faire preuve d'une vigilance accrue lorsqu'ils instrumentent un acte dont l'une des parties est soumise à un régime de protection, quel qu'il soit. En effet, déjudiciarisation oblige, la protection de celle-ci est désormais, plus que jamais, l'affaire de tous, et notamment celle des notaires qui, au travers de leurs actes, sont susceptibles de prendre le pouls au quotidien des difficultés rencontrées par une personne vulnérable et des dangers auxquels elle peut être confrontée.

CHAPITRE II L'habilitation familiale

1518 – Le succès de l'habilitation familiale. – Créée par l'ordonnance du 15 octobre 2015, et en dépit des critiques qui lui ont été adressées *ab initio*, la benjamine des mesures de protection judiciaire n'a pas tardé à trouver son public. Les statistiques du Pôle évaluation justice, dont le rapport Caron-Déglise s'est fait l'écho (664), démontrent en effet que le nombre des habilitations familiales a considérablement augmenté entre 2016 et 2017 pour s'élever à 13 119 habilitations – avec une prédominance forte (95 %) de l'habilitation générale – pendant que le nombre d'ouvertures de tutelles et de curatelles diminuait dans le

(662) *Ibid*.
(663) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 79.
(664) A. Caron-Déglise, Rapport préc. spéc. p. 50.

même temps, de 9 % pour les premières et de 4,8 % pour les secondes (665). L'habilitation générale apparaît donc comme une mesure qui grignote la part de marché des mesures judiciaires traditionnelles. La simplicité du recours à l'habilitation et de son fonctionnement ainsi que son moindre coût sont certainement des facteurs de sa diffusion auprès de nos concitoyens.

1519 **– Le toilettage de l'habilitation familiale. –** Espérée et attendue, l'œuvre d'amendement du *corpus* relatif à l'habilitation familiale a été réalisée par la loi du 23 mars 2019. À cette occasion, le législateur a notamment redéfini les conditions de déclenchement de l'habilitation familiale, en les calquant fidèlement, par un souci de cohérence bienvenu, sur celles applicables aux mesures de protection traditionnelles (C. civ., art. 494-1). Il a également entendu faciliter le recours à l'habilitation familiale en élargissant son champ d'application, puisque désormais les mesures d'assistance, et non plus seulement les mesures de représentation peuvent faire l'objet d'une habilitation familiale. Enfin, la loi a instauré, de manière opportune, une passerelle entre les demandes de mesures de protection judiciaire et l'habilitation familiale. La règle est destinée à éviter aux requérants finalement désireux de privilégier l'habilitation familiale de se désister de leur demande d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle et de saisir le juge d'une nouvelle requête. De même, il leur est ainsi possible de demander subsidiairement au juge des tutelles l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire en cas de rejet de la demande principale d'ouverture d'une habilitation familiale. De surcroît, la passerelle large ainsi créée par la loi donne de la souplesse au juge lui-même dans l'appréciation de la mesure (C. civ., art. 494-5, al. 2).

En dépit de ses avancées notables, certains pans du régime de l'habilitation familiale soulèvent toujours des interrogations, tant en ce qui concerne la mise en place de la mesure (**Section I**) que son exercice (**Section II**).

Section I La mise en place de l'habilitation familiale

1520 **– Plan. –** Parce que l'habilitation familiale est une mesure qui non seulement peut se révéler incapacitante, mais qui se révèle également protéiforme en pouvant présenter différents visages (**Sous-section I**), la question de sa publicité est particulièrement sensible (**Sous-section II**).

Sous-section I L'étendue de la mesure

1521 **– Habilitation représentation ou assistance ? –** Outre la possibilité d'habiliter un proche à représenter la personne à protéger, l'article 494-1, alinéa 2 du Code civil permet désormais une habilitation « assistance » qui obéit, puisqu'il est fait renvoi exprès à l'article 467, aux règles gouvernant la curatelle. Par ailleurs, le juge peut toujours décider de mettre en place une habilitation spéciale ou générale.

Il faudra voir, avec le temps, quelle sera l'utilisation faite de l'habilitation « assistance ». Sans faire de pari sur l'avenir, on peut penser que le juge, qui doit statuer sur l'étendue de l'habilitation en s'assurant que le dispositif projeté est conforme aux intérêts patrimoniaux

(665) Source : Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Pôle d'évaluation de la justice civile, *Enquête 2015 sur la protection juridique des majeurs* ; *Infostat Justice* juin 2018, n° 162 ; SG-justice-SG-SEM-SDSE.

et, le cas échéant, personnels de la personne concernée (C. civ., art. 494-5), favorisera plutôt, par prudence, la représentation (666).

Il pourra toujours panacher cette technique avec celle de l'assistance dans la même habilitation familiale, puisque rien dans les textes ne paraît interdire une telle combinaison. Dans les faits, il faudra cependant voir si les juges se montreront audacieux. Nous aurions tendance à penser, peut-être à tort, qu'ils préféreront la simplicité d'une seule technique plutôt que de s'adonner aux joies du sur-mesure.

C'est finalement dans ce texte, qui reste très souple dans la définition par le juge des pouvoirs de la personne habilitée, que l'on retrouve une logique proche de la mesure unique préconisée par le rapport Caron-Déglise : le juge doit définir l'étendue de l'habilitation et la nature de celle-ci – assistance ou représentation – en fonction des besoins de la personne visée par l'habilitation.

1522 – Habilitation spéciale ou générale ? – L'article 494-6 du Code civil fait ici la distinction suivant que l'habilitation est spéciale ou générale.

L'habilitation spéciale est délivrée pour un ou plusieurs actes déterminés énumérés par le juge des tutelles dans le jugement d'ouverture de la mesure. Elle présente l'avantage de répondre, à l'image de la sauvegarde de justice, à un besoin ponctuel de protection.

« Si l'intérêt de la personne à protéger l'implique », l'habilitation peut aussi être générale (C. civ., art. 494-6, al. 5). Elle peut alors porter sur tous les actes (patrimoniaux et personnels) ou sur tous les actes patrimoniaux ou sur tous les actes personnels, dans le respect des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. Un tel renvoi signifie que la personne protégée reste donc autonome dans le gouvernement de sa personne. À l'instar de la curatelle, l'habilitation familiale n'empêche pas le majeur protégé d'exercer son droit de vote et d'être éligible, ni de se marier, de divorcer ou de conclure un pacte civil de solidarité, par exemple.

L'habilitation « assistance » peut-elle être spéciale ?

L'option ouverte au juge de prévoir une habilitation spéciale ou générale, applicable depuis l'origine à l'habilitation « représentation », soulève des interrogations concernant l'habilitation « assistance ». Celle-ci est gouvernée, par principe, par les règles de la curatelle. Or, on sait que le seul panachage possible en curatelle réside dans la faculté offerte au juge de prévoir une curatelle renforcée (C. civ., art. 472). En dehors de cette hypothèse, l'assistance ne peut être que générale. Il reste à savoir si cette faculté, même limitée, est applicable à l'habilitation familiale. Autrement dit, les textes permettent-ils d'envisager une habilitation « assistance renforcée » avec perception des revenus et paiement des dépenses auprès des tiers par la personne habilitée ? Certes, l'absence de renvoi à l'article 472 du Code civil permet d'en douter. Cela étant, la large faculté offerte au juge de modeler l'intensité de l'habilitation familiale selon les besoins de la personne protégée milite pour une réponse positive.

Sous-section II La publicité de la mesure

1523 – L'existence de la mesure. – Si la fonction première de la publicité est de rendre opposable la mesure de protection *erga omnes*, elle sert aussi à la connaissance effective par les professionnels concernés des effets de la mesure. Cette connaissance joue également en faveur de la personne protégée, ainsi assurée, dans un souci de protection, de la diffusion de la mesure dont elle fait l'objet. Or, toutes les habilitations familiales ne donnent pas lieu à publicité.

(666) Actuellement la famille est plus présente en tutelle qu'en curatelle.

Seule est soumise à cette formalité, à l'instar d'une tutelle ou d'une curatelle, l'habilitation familiale **générale** (C. civ., art. 494-6, al. 8). Un extrait de la décision est transmis par tout moyen au greffe du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est née la personne faisant l'objet de l'habilitation familiale, aux fins de conservation au répertoire civil et de publicité en marge de l'acte de naissance (CPC, art. 1233).

Lorsqu'elle est spéciale, l'habilitation familiale ne fait l'objet d'aucune publicité. L'absence de publicité de la mesure est un facteur d'insécurité juridique, maintes fois dénoncé (667), car la personne protégée perd alors la capacité d'exercer les droits confiés à la personne habilitée (C. civ., art. 494-8, al. 1er). Or, les actes qu'elle effectue au mépris de cette incapacité d'exercice sont entachés d'une nullité de plein droit « sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice » (C. civ., art. 494-9, al. 1er), à moins que le contractant de la personne protégée établisse l'utilité de l'acte pour celle-ci ou le profit qu'elle en a retiré (C. civ., art. 1150 et 1151). La sanction est du reste la même dans le cas d'un acte conclu par la personne habilitée qui n'entre pas dans le champ d'application de l'habilitation (C. civ., art. 494-9, al. 5). À défaut de toute publicité, le notaire n'aura pas toujours les moyens d'être informé et il aura tout intérêt, en cas de doute sur la capacité du contractant, à interroger le greffe du tribunal d'instance pour savoir si le juge n'a pas ordonné une habilitation spéciale en vue de passer l'acte concerné. C'est ici un des défauts majeurs du mécanisme, qui oblige le praticien à la prudence.

1524 **– Le périmètre de la mesure. –** Une fois la mesure connue, encore faut-il savoir quelles en sont les modalités. La loi permet au juge de mettre en œuvre une mesure individualisée, à plusieurs degrés, plus adaptée, ce qui est intéressant pour la personne protégée mais dangereux pour le professionnel, et notamment pour le notaire appelé à passer un acte avec une partie qui fait l'objet d'une habilitation familiale. Comment connaître l'étendue de la mesure ? La publicité de la mesure, toujours défaillante s'agissant de l'habilitation spéciale, sera-t-elle aménagée en conséquence ? En l'état, la solution consiste pour le notaire à obtenir obligatoirement copie de l'ordonnance du juge, en espérant que celle-ci soit claire. À cet égard, le rapport Caron-Déglise constatait que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les familles se plaignaient de ce que les jugements étaient souvent peu motivés, les juges utilisant des trames préétablies. À l'évidence, les décisions judiciaires doivent être précises sur le contenu de l'habilitation familiale et indiquer expressément dans quels cas l'habilitation est générale ou spéciale, et pour quels actes la personne habilitée sera amenée à assister ou à représenter la personne protégée. À défaut, dans les faits, les professionnels se trouvent souvent contraints d'adapter le niveau de la mesure en fonction du cadre d'assistance ou de représentation fixé par le juge, avec tous les problèmes de responsabilité, de sécurité juridique et de validité de l'acte induits.

Section II L'exercice de l'habilitation familiale

1525 **– Plan. –** L'importance des pouvoirs de la personne habilitée (**Sous-section I**) tranche avec l'atonie de ses obligations (**Sous-section II**).

(667) V. not. I. Maria (ss dir.), J. Combret, F. Fresnel, D. Noguéro, E. Pecqueur et C. Robbe, *L'habilitation familiale, une mesure de protection plus simple ?*, Table ronde in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, éd. Connaissances et Savoirs, coll. « Droit civil et procédures », 2018, p. 177 et s. – N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : adaptations attendues et difficultés récurrentes* : *Defrénois* 10 janv. 2019, nº 142s0, p. 31.

Sous-section I Les pouvoirs de la personne habilitée

1526 – Une question sensible concernant l'habilitation « représentation ». – Si l'on excepte l'habilitation spéciale, peu prisée en pratique, et dont on peine à savoir si elle a vocation à s'appliquer – et dans quelle mesure – à l'assistance, la personne désignée par le juge des tutelles peut bénéficier d'une habilitation générale, soit pour assister, soit pour représenter la personne protégée.

Dans le cadre de l'habilitation « assistance », l'article 467 du Code civil, qui définit les pouvoirs de chacun en curatelle, et auquel l'article 494-1 du Code civil fait renvoi exprès, fournit ici la marche à suivre. Ainsi les actes conservatoire et d'administration sont à l'initiative du majeur sous habilitation agissant seul, comme un curatélaire, alors que les actes de disposition impliquent, par principe, l'assistance de la personne habilitée, sans qu'il soit utile de solliciter le juge pour obtenir une autorisation. Bien évidemment, l'autonomie accrue dont jouit aujourd'hui le curatélaire à l'égard de tels actes est susceptible de bénéficier, par effet de miroir, au majeur sous habilitation, ce qui soulève des interrogations identiques (668). Les pouvoirs de la personne habilitée sont finalement assez réduits et ne soulèvent guère de difficultés.

Il en va autrement en cas d'habilitation « représentation », dans la mesure où l'on est frappé à la fois par les « pouvoirs exorbitants du droit commun de la matière » (669) conférés à la personne habilitée (**§ I**), mais aussi par la réponse énigmatique du législateur à la question, pourtant sensible, de l'opposition d'intérêts entre la personne protégée et la personne habilitée (**§ II**).

§ I La portée de l'habilitation

1527 – Plan. – Dans la mesure où l'habilitation familiale suppose un contexte familial pacifique, une grande confiance est donnée à la personne habilitée qui, par principe, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir général de représentation peut agir seule, sans être tenue de se munir au préalable d'une autorisation judiciaire (**A**). Cette autonomie trouve seulement une limite s'agissant des actes les plus graves, lesquels demeurent soumis à un contrôle du juge (**B**).

A/ Les actes dispensés d'autorisation

1528 – Une sphère d'autonomie renforcée. – Contrairement au tuteur, la personne habilitée qui a reçu un pouvoir général pour représenter le majeur protégé n'a pas à se préoccuper de savoir s'il s'agit d'un acte conservatoire, d'un acte d'administration ou d'un acte de disposition. Cette distinction traditionnelle n'a pas vocation à s'appliquer s'agissant de l'habilitation familiale. Aussi la personne habilitée peut-elle accomplir seule, sans autorisation judiciaire, tous les actes de gestion du patrimoine du majeur, y compris les actes de disposition à titre onéreux, ce qui vise, par exemple, la vente d'un immeuble, l'aliénation d'un portefeuille de valeurs mobilières, ou encore la constitution d'une hypothèque. La personne habilitée se trouve ici dans une situation identique à celle du mandataire qui a reçu un pouvoir de représentation dans un mandat de protection future conclu sous la forme notariée (C. civ., art. 490, al. 1er). C'est pourquoi l'habilitation familiale est plus simple à mettre en œuvre que la tutelle familiale.

(668) V. *supra*, nos 1494 et s.
(669) N. Peterka, *Habilitation familiale - Le statut de la personne habilitée* : *Dr. famille* 2016, dossier 44, spéc. no 9.

– Une sphère d'autonomie étendue à la gestion des comptes bancaires. – Mieux encore, l'habilitation familiale déploie ses vertus simplificatrices sur le terrain de la protection des comptes bancaires. En principe, on le sait, la personne en charge de la mesure de protection ne peut pas modifier ou clore les comptes bancaires de la personne protégée sans autorisation judiciaire. Elle ne peut davantage transférer les comptes du majeur, sans une telle autorisation, auprès d'un autre établissement ou d'une autre agence bancaire (C. civ., art. 427). Cette règle de l'intangibilité des comptes bancaires, qui est primordiale dans un souci de protection de la personne vulnérable, se trouve pourtant écartée sous l'habilitation familiale, sauf décision contraire du juge des tutelles (C. civ., art. 494-7). Sous cette réserve, la personne investie de l'habilitation familiale a donc toute liberté pour gérer les comptes bancaires de la personne protégée, qu'il s'agisse de clore ses comptes et/ou d'en ouvrir de nouveaux. Conformément à cette logique, elle n'est pas davantage tenue de se munir au préalable d'une autorisation du juge pour transférer les comptes de l'intéressé dans sa propre agence bancaire et les faire fonctionner. La loi consacre ici un principe inversé à celui habituellement retenu pour les autres mesures de protection, ce qui témoigne, de manière particulièrement significative, de la liberté d'action dont bénéficie la personne habilitée comparée aux autres organes de protection. **1529**

L'absence de contrôle judiciaire en amont de l'acte se prolonge d'ailleurs en aval de ce dernier, par l'absence de contrôle judiciaire de l'utilisation par la personne habilitée des fonds de la personne protégée. Sur ce point, l'habilitation familiale se démarque profondément de la tutelle, sous laquelle l'emploi des capitaux liquides et de l'excédent des revenus du majeur demeure strictement encadré, même si la loi du 23 mars 2019 a assoupli les règles en la matière (670), restreignant ainsi la différence de traitement existant à cet égard entre le protecteur habilité et le tuteur.

B/ Les actes soumis à autorisation

– Actes de disposition à titre gratuit. – Le pouvoir général de représentation portant sur les biens du majeur protégé est soumis à des autorisations pour les actes les plus graves. Ainsi l'autorisation du juge des tutelles est requise lorsque la personne habilitée entend disposer à titre gratuit des biens du majeur protégé (C. civ., art. 494-6, al. 4). **1530**

Sur ce point, tout d'abord, le texte soulève les mêmes reproches que ceux formulés en matière de mandat de protection future, à l'encontre de l'article 490, alinéa 2 du Code civil (671). La catégorie des actes de disposition à titre gratuit est plus large que celle imaginée par le législateur, de sorte qu'il aurait fallu circonscrire la rédaction aux « dispositions à titre gratuit entre vifs » dans la mesure où un testament, acte strictement personnel, ne saurait être rédigé par la personne habilitée au nom du majeur protégé, même avec l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 476, al. 2).

Ensuite, ainsi circonscrite, la formule usitée demeure cependant toujours entourée d'une regrettable opacité, déjà déplorée s'agissant du mandat de protection future. Si elle vise bien entendu les donations, elle ne saurait, à notre sens, se réduire à elles seules et devrait englober aussi les aliénations et les renonciations gratuites interdites au tuteur, même autorisé, telles que la renonciation à succession, la renonciation anticipée à l'action en réduction, la renonciation à un droit de retour conventionnel ou encore la remise de dette (C. civ., art. 509, 1°).

(670) V. *supra*, n° 1490.
(671) V. *supra*, n° 1207.

Enfin, ainsi entendue, la notion laisse intacte la question de la nécessité de l'autorisation judiciaire pour souscrire une assurance-vie mixte au nom du majeur et en désigner le bénéficiaire. Dans la pureté des principes, ces opérations devraient être regardées comme participant d'un contrat aléatoire exclusif de l'intention libérale, mais l'autorisation judiciaire sera alors tributaire, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant, de la possible requalification de l'assurance-vie en donation indirecte. Et *quid* des primes manifestement excessives au regard des facultés de la personne protégée ? On perçoit aisément que la détermination des pouvoirs de la personne habilitée ne peut se satisfaire d'une requalification *a posteriori* et que l'autorisation s'avère nécessaire, à tout le moins pour la désignation ou la modification de la clause du bénéficiaire (672).

1531 – Actes relatifs au logement de la personne protégée. – Si la personne investie d'une habilitation générale peut en principe aliéner seule à titre onéreux les biens de la personne protégée, la question se pose de savoir si cette autonomie a vocation à s'étendre aux actes relatifs au logement de la personne protégée.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 15 octobre 2015 n'ont pas jugé utile de soumettre de tels actes à l'autorisation du juge, contrairement au texte initial de l'avant-projet d'ordonnance, et la loi du 23 mars 2019 ne s'est pas montrée davantage prolixe à ce propos. Partant, le silence des textes peut être interprété comme une autorisation donnée à la personne habilitée de disposer du logement de la famille sans avoir à requérir l'autorisation du juge. Une interprétation littérale de l'article 494-6 du Code civil pourrait également justifier une telle analyse. Nous n'y sommes pas favorables. Eu égard à son emplacement dans le Code civil au sein des dispositions communes à toutes les mesures de protection juridique des majeurs, on doit considérer, à notre sens, que le texte a vocation à s'appliquer en cas d'habilitation familiale, quelle que soit l'étendue de cette dernière. Du reste, si une dérogation à l'article 427 du Code civil a été expressément introduite par l'article 494-7, le silence de l'ordonnance choisi à propos de l'article 426 dudit code milite pour son application à l'habilitation familiale. On imagine mal que le législateur ait entendu consacrer une dérogation à une règle essentielle, qui fait partie du régime primaire de la protection des majeurs, de manière implicite.

Le respect de cette disposition constitue une limite, certes non négligeable mais compréhensible et nécessaire, aux pouvoirs de la personne habilitée, laquelle de ce fait doit être considérée comme ne pouvant pas aliéner les droits relatifs au logement de la personne protégée, c'est-à-dire vendre sa résidence principale ou secondaire et le mobilier qui les garnit, les hypothéquer, les donner à bail ou résilier le bail portant sur ces biens, sans l'accord préalable du juge des tutelles (673). À l'évidence, comme il a été suggéré par des auteurs (674), il eût été judicieux toutefois, pour éviter toute difficulté et divergences d'interprétations, que la loi indique, de manière expresse, si elle entendait donner effet ou non à l'article 426 du Code civil dans le domaine de l'habilitation familiale. C'était du reste l'une des propositions formulées par le rapport Caron-Déglise (675).

(672) En ce sens, V. not. N. Peterka, *Habilitation familiale - Le statut de la personne habilitée*, préc., spéc. n° 8. – G. Raoul-Cormeil, *L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond* : *D.* 2015, p. 2335.

(673) En cas d'habilitation spéciale pour vendre le logement du majeur concerné, la demande présentée au juge doit également être faite dans le respect des conditions posées par l'article 426 du Code civil.

(674) V. J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : une innovation à parfaire* : *JCP* N 2015, 1248, spéc. n° 29.

(675) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 52.

§ II L'opposition d'intérêts

1532 **– Une difficulté sensible en cas d'habilitation générale. –** Que doit faire le notaire lorsqu'il constate que l'accomplissement d'un acte, qu'il est chargé d'instrumenter, place la personne protégée et la personne habilitée en conflit d'intérêts ? Que l'on songe, par exemple, mais pas seulement, à une habilitation familiale qui aurait été confiée au conjoint, partenaire ou concubin, en voie de séparation avec la personne protégée, au moment de l'acte litigieux ou, plus spécifiquement, à la vente envisagée d'un bien immobilier dont l'usufruit appartient à la personne protégée et la nue-propriété à la personne habilitée. La notion d'opposition d'intérêts est une notion de fait que le juge des tutelles va souverainement apprécier (676). Dès lors que la mission confiée à l'habilité porte sur un ou plusieurs actes déterminés, on peut légitimement penser que le juge aura pris soin de mesurer l'éventuelle opposition d'intérêts pour de tels actes avant d'habiliter la personne en question. Peu sensible par conséquent en cas d'habitation spéciale, la difficulté apparaît, en revanche, assurément plus sérieuse en présence d'une habilitation générale. Dès lors, nulle surprise de constater qu'en pareille occurrence, le conflit d'intérêts est envisagé par les textes, l'article 494-6, alinéa 6 du Code civil prévoyant que, par principe : « La personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêts avec la personne protégée », en soulignant que : « Toutefois, à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de celle-ci l'impose, le juge peut autoriser la personne habilitée à accomplir cet acte ».

1533 **– *De lege lata*, la nécessité de recourir au juge. –** L'habilitation familiale fonctionnant sans organe subrogé ou *ad hoc*, le contrôle judiciaire est donc instauré.

L'opposition d'intérêts soupçonnée, le juge doit être saisi. À ce propos, on peut constater, d'une part, qu'il n'y a pas de présomption posée pour caractériser une telle opposition dans un cas précis, véritable règle de fond, comme cela est parfois le cas pour d'autres mesures judiciaires et que, d'autre part, rien n'est prévu concernant la saisine du juge. Il en résulte que celle-ci peut être l'œuvre de la personne protégée, ce qui suppose qu'elle ait conscience du danger potentiel, de l'organe protecteur, ce qui postule sa bonne foi, ou alors d'un tiers, ce qui nécessite qu'il ait connaissance, ou mieux encore qu'il intervienne, d'une manière ou d'une autre, à l'acte envisagé. À l'évidence, le tiers en question peut être le notaire chargé d'instrumenter l'acte litigieux. Ce devoir d'alerte pesant sur le notaire rédacteur résulte de l'article 494-10 du Code civil, lequel offre la faculté au juge de statuer « à la demande de tout intéressé ou du procureur de la République sur les difficultés qui pourraient survenir dans la mise en œuvre du dispositif ». Or, à l'évidence, le risque d'un conflit d'intérêts constitue une difficulté d'application de l'habilitation familiale, susceptible de justifier la saisine du juge.

L'opposition d'intérêts divulguée, le juge doit refuser à la personne habilitée la faculté d'accomplir un acte. Si le conflit d'intérêts constitue donc, par principe, un obstacle péremptoire à l'accomplissement de l'acte, il ne paralyse toutefois pas nécessairement l'action de la personne habilitée. Il l'encadre simplement. Il ne suffit pas de constater l'opposition d'intérêts et d'affirmer la paralysie de la procédure habituelle. Il faut débloquer la situation. Le but reste de protéger les intérêts du majeur sans décourager les bonnes volontés des organes protecteurs. C'est la raison pour laquelle le législateur permet au juge, nonobstant l'opposition identifiée, d'autoriser l'acte. Cette autorisation judiciaire obéit cependant à des conditions restrictives : non seulement elle est appelée à jouer exceptionnellement, mais elle

(676) V., par ex., Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, no 03-14.404 : *Bull. civ.* 2005, I, no 390 ; *Defrénois* 2006, 350, obs. Massip ; *RTD civ.* 2006, 103, obs. Hauser.

est subordonnée, de surcroît, à l'intérêt du majeur protégé, qui doit être souverainement apprécié.

1534 **– *De lege ferenda*, l'intérêt de désigner un habilité subrogé ou *ad hoc*. –** À l'instar de nombreux auteurs (677), on peut s'étonner ici de la voie choisie par le législateur pour le traitement du conflit d'intérêts et regretter son choix d'un retour au juge, dont il aurait pu aisément faire l'économie. Faut-il se rappeler que l'avant-projet de l'ordonnance de 2015 attribuait au juge la faculté d'adjoindre à la personne habilitée un mandataire *ad hoc* ou un subrogé mandataire doté des prérogatives traditionnellement reconnues à cet organe tutélaire (C. civ., art. 454 et 455) et étendait, à l'habilitation familiale, les présomptions de conflit d'intérêts édictées sous la tutelle et la curatelle (C. civ., art. 508). L'article 494-6, alinéa 6, n'en a malheureusement conservé que le vestige.

L'objectif poursuivi, on peut le comprendre, a été d'éviter d'alourdir le procédé par la mise en place d'une cohabilitation. En opportunité, le choix opéré, en ce qu'il aboutit à une saisine du juge, laisse cependant songeur. Plus encore, il nous semble que cette volonté de simplification s'opère au détriment de la protection du vulnérable. En effet, on peut légitimement craindre qu'en l'absence de subrogé et d'information des proches, la régulation judiciaire des oppositions d'intérêts affectant le protecteur demeure théorique. Qui est destiné à suppléer, en l'absence de devoir d'alerte des tiers conçu sur le modèle de la curatelle et de la tutelle, la carence de la personne habilitée ? C'est dire toute la nécessité de favoriser le recours aux cohabilitations, seuls mécanismes fournissant ici le moyen d'instaurer un organe régulateur de l'exercice de la mission de la personne habilitée (678).

En conséquence, et à l'instar de la solution préconisée en matière de curatelle et de tutelle, le juge devrait pouvoir désigner :

- d'une part, un « subrogé habilité » parmi les autres membres de la famille ou parmi les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, dont l'une des missions consisterait à assister ou à représenter, selon le cas, la personne protégée lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de la personne habilitée ;
- et, d'autre part, en l'absence de subrogé, un « habilité *ad hoc* », se saisissant au besoin d'office, pour protéger la personne vulnérable et remédier à la difficulté née d'un conflit d'intérêts.

Cette préconisation se situe dans la lignée du rapport Caron-Déglise, qui a proposé de « prévoir la possibilité de subrogation ou de subrogation *ad hoc* dans la rédaction de l'actuel article 494-6 du Code civil » (679).

Sous-section II Les obligations de la personne habilitée

1535 **– Dispense formelle des comptes de gestion. –** L'autonomie renforcée dont bénéficie le protecteur habilité étonne d'autant plus que l'encadrement de son mandat est évanescent. Mise à part l'obligation d'accomplir l'acte (ou les actes) pour lequel elle est habilitée dans le respect des intérêts du majeur protégé, la personne désignée à cette fin n'a pas à se soumettre aux obligations habituellement mises à la charge des organes de la protection juridique. Elle se trouve dispensée, en effet, de l'obligation d'établir un compte annuel de

(677) V. not. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, *op. cit.*, n° 113.37. – I. Maria, *L'habilitation familiale, une nouvelle mesure de protection qui doit faire ses preuves* : *Dr. famille* 2016, dossier 5. – G. Raoul-Cormeil, *L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond* : *D.* 2015, 2335.

(678) V., en ce sens, N. Peterka, *Habilitation familiale - Le statut de la personne habilitée* : *Dr. famille* 2016, dossier 44.

(679) A. Caron-Déglise, Rapport préc., Prop. n° 45, spéc. p. 52.

gestion et de se soumettre à un contrôle, qu'il soit interne sous l'égide d'une personne habilitée subrogée, ou externe par le biais d'un professionnel qualifié, à l'instar du processus prévu dans le cadre des mesures de représentation judiciaire : la tutelle, la curatelle renforcée et la sauvegarde de justice avec mandat spécial (C. civ., art. 513) (680). Bien sûr, dans ces mesures classiques, l'organe de protection peut être dispensé de rendre des comptes, mais cette dispense est alors facultative et subordonnée à la modicité des revenus et des biens composant le patrimoine du majeur en tutelle (C. civ., art. 513), là où elle est consubstantielle à la mesure d'habilitation familiale. C'est dire que le statut de la personne habilitée la démarque, sur ce point, profondément de celui des autres protecteurs, y compris de celui du mandataire de protection future, tenu de rendre compte de sa gestion auprès du notaire qui a établi le mandat (C. civ., art. 486, al. 2 et art. 491, al. 2) (681).

La raison de cette dispense impérative, on la connaît, réside dans le climat de grande confiance familiale qui irrigue l'habilitation familiale. Les textes font ici l'hypothèse d'une famille unie, dans laquelle règne le consensus sur le principe et les modalités de la protection, rendant ainsi inutile la soumission du protecteur au « formalisme des mesures de protection judiciaire qui peut s'avérer pesant » (682).

1536 **– Dispense dangereuse des comptes de gestion. –** Si elle est sans conteste un gage de souplesse pour la personne en charge de cette mesure de protection, pareille dispense est aussi féconde de dangers pour la personne protégée, surtout si l'on songe qu'elle se cumule avec les dispenses d'autorisation. Pour tout dire, il nous semble que le consensus familial qui préside à la mise en place d'une habilitation familiale ne saurait suffire à lui seul à justifier l'exclusion d'un tel garde-fou.

En effet, il serait bien naïf de penser, sauf à verser dans l'angélisme, que les détournements et actes répréhensibles n'ont pas leur place au sein de la famille. Comme l'a souligné le rapport Caron-Déglise, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs font observer que l'entente des familles peut n'être que de façade parfois, la gestion des ressources et du patrimoine pouvant être réalisée au détriment de la personne, surtout si aucun contrôle n'est organisé. Les mandataires professionnels ont également souligné qu'ils sont souvent désignés après des interventions familiales et découvrent alors des situations d'impayés de plusieurs mois, voire années : établissements non payés, non-reversements à l'aide sociale, droits non ouverts, *etc.* (683)

Et puis, le consensus et la bienveillance familiale indispensables au prononcé de la mesure peuvent s'émousser pendant son fonctionnement. Or, on discerne mal comment, en l'absence de contrôle judiciaire de la mission de la personne habilitée, peuvent se déployer la sanction de ses actes (C. civ., art. 424 et 494-9, al. 4) et, le cas échéant, la révocation de l'habilitation (C. civ., art. 494-10 et 494-11, 2°). L'inquiétude est d'autant plus de mise que la responsabilité civile de la personne habilitée risque d'être assez difficile à engager. En effet, le fondement pour une telle action en responsabilité est le même que celui utilisé pour la responsabilité du mandataire de protection future (C. civ., art. 424) qui renvoie lui-même aux règles du mandat. Or, on sait que l'article 1992 du Code civil prévoit que l'appréciation de la faute à l'origine de la responsabilité doit être faite moins rigoureusement lorsque le mandat est exercé à titre gratuit, ce qui est le cas de l'habilitation familiale.

(680) V. *supra*, n° 1517.
(681) V. *supra*, n°s 1223 et s.
(682) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 : *JO* 16 oct. 2015.
(683) A. Caron-Déglise, Rapport préc., spéc. p. 52.

Aussi apparaît-il nécessaire de mettre en place un minimum de contrôle sur le fonctionnement de la mesure, tout en convenant qu'il s'agit toutefois d'éviter des lourdeurs dans des familles où les relations sont par principe apaisées.

1537 – Dispense relative des comptes de gestion. – À vrai dire, si les règles de l'habilitation familiale souffrent sans doute d'un déficit de contrôle, elles n'en sont pas entièrement dépourvues.

En effet, si elle échappe à l'obligation de rendre compte de sa gestion au cours de son mandat, la personne habilitée n'en demeure pas moins soumise à celle d'établir un compte final de gestion. Le renvoi de l'article 494-1 du Code civil au droit commun du mandat conduit à la soumettre à l'article 1993, lequel impose à « tout mandataire (...) de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il a reçu n'eût point été dû au mandant ». Si elle peut être écartée sous le mandat de droit commun, l'obligation de rendre compte s'impose ici à la personne habilitée, dès lors que cette dernière tient ses pouvoirs non pas du majeur, mais du juge des tutelles. Mieux, l'application de l'article 1993 conduit à transmettre cette obligation, après son décès, à ses héritiers. C'est dire que son statut de mandataire contraint la personne habilitée à rendre compte de sa gestion, lors de la cessation de l'habilitation familiale auprès de la personne protégée, lorsque la mainlevée de l'habilitation est prononcée en raison du rétablissement de ses facultés, au nouveau protecteur désigné à la suite de la révocation de l'habilitation familiale ou, après le décès de la personne protégée, à ses héritiers.

Il convient, en outre, de souligner que le droit commun du mandat impose au mandataire de rendre compte de sa mission, non pas seulement à la fin de celle-ci, mais aussi pendant son exécution. Or, et c'est là certainement que le bât blesse, pareille obligation ne peut trouver à s'appliquer sous l'habilitation familiale que si le juge procède à des cohabilitations en attribuant à l'un des protecteurs la mission de vérifier les comptes de gestion de la personne habilitée. Les dispositions de l'article 494-1, alinéa 1er du Code civil, qui permettent au juge de confier l'exercice de la mesure à plusieurs personnes, lui laissent une marge de manœuvre suffisante pour mettre en place un contrôle intrafamilial de la gestion du patrimoine de la personne protégée (684). Le juge des tutelles peut ainsi cohabiliter plusieurs personnes en leur attribuant des pouvoirs égaux ou attribuer à chaque personne cohabilitée une mission qui lui est propre. Les uns peuvent être investis, par exemple, de la mission de gérer le patrimoine de la personne protégée, tandis que les autres se voient confier une mission de suppléance, de surveillance et de consultation, sur le modèle de celle exercée par un subrogé tuteur ou curateur. Le juge peut aussi répartir la gestion du patrimoine en fonction des aptitudes de chacun et attribuer à chaque protecteur des pouvoirs de gestion différents. Inspirées de la tutelle et de la curatelle, les ressources de la cohabilitation permettent de sécuriser, en présence notamment d'un patrimoine important ou complexe, la gestion des biens du majeur en luttant contre les mauvais arbitrages que pourrait effectuer la personne seule habilitée (685). Source de transparence, la cohabilitation est de nature par ailleurs à favoriser la régulation de l'habilitation familiale et à en améliorer le fonctionnement. La proche famille étant associée à la mesure, elle se trouve aux premières loges pour prévenir les anomalies de gestion et les dénoncer au juge des tutelles ou au procureur de la République sur le fondement des articles 494-10 ou 494-11, 2° (686).

(684) N. Peterka, *Habilitation familiale - Le statut de la personne habilitée*, préc., spéc. n° 10.
(685) En ce sens, N. Peterka, *Forces et faiblesses de l'habilitation familiale* : *Defrénois* 15 févr. 2018, n° 131v6, p. 15.
(686) *Ibid*.

Si une habilitation à deux têtes paraît, à bien des égards, la solution idoine, encore faut-il, bien évidemment, que la personne protégée soit suffisamment entourée pour qu'un tel dispositif puisse être concrètement envisagé, ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas.

SOUS-TITRE II

La protection du majeur reconnu vulnérable en fait

1538 **– Une nécessaire protection contre soi-même et contre autrui. –** Selon la loi, toute personne majeure qui ne fait pas l'objet d'une mesure de protection juridique est réputée compétente pour prendre les décisions qui la concernent. Mais, on le sait, de nombreuses personnes sont atteintes de troubles cognitifs, sans pour autant faire l'objet d'une mesure de protection. Or, en tant que telle, la personne atteinte de troubles cognitifs doit être considérée comme une personne vulnérable qu'il convient de protéger, y compris d'elle-même, et ce quand bien même – *a fortiori* serait-on tenté de souligner – elle ne ferait pas l'objet d'une mesure de protection organisée. Concrètement, ces troubles peuvent en effet non seulement amener les personnes concernées à prendre des décisions impulsives ou irréfléchies, mais aussi les rendre particulièrement vulnérables aux manipulations et aux pressions des tiers, tant il est vrai que la conjonction d'une altération des facultés et de l'absence de régime de protection organisée peut provoquer bien des tentations. Ces risques sont connus et pris en compte rétrospectivement par le législateur qui, pour les contenir, propose tout à la fois de corriger leurs effets préjudiciables et de sanctionner le tiers mal intentionné (**Chapitre I**). On connaît cependant les limites et inconvénients attachés à une protection destinée à n'intervenir que rétrospectivement, dont l'effet dissuasif est relatif et dont les atteintes à la sécurité juridique sont embarrassantes. C'est pourquoi, à l'évidence, le notaire a indubitablement un rôle à jouer en amont, c'est-à-dire au moment de la rédaction de l'acte. L'objectif, ambitieux mais essentiel, est tout à la fois d'assurer une protection efficace de la personne vulnérable de fait, sans pour autant contrevenir aux intérêts des tiers de bonne foi ou de faire le jeu de ceux, malhonnêtes, qui entendent tirer parti de la situation (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La vulnérabilité de fait saisie par la loi

1539 **– Une protection *a posteriori*. –** Sur le plan des principes, le Code civil présume que toute personne physique majeure est saine d'esprit et, partant, capable de contracter. Mais « l'insanité et l'incapacité juridiques peuvent être disjointes et désarticulées » (687). Elles le sont en pratique, car le droit a, par définition, un temps de retard sur le fait, qu'il tente de rattraper, en mettant en œuvre des solutions de repli, destinées à déployer leurs effets

(687) G. Raoul-Cormeil, *La personne âgée et le risque d'insanité* : *RD sanit. soc.* 2018, p. 790.

rétrospectivement. Ainsi, pour protéger le vulnérable de fait, la loi civile s'efforce d'effacer tout acte qui a pu lui porter atteinte (**Section I**), tandis que la loi pénale agit pour sanctionner le tiers qui a exploité sa faiblesse (**Section II**).

Section I Les actions de droit civil

1540 – Les incapacités à recevoir à titre gratuit. – Les personnes vulnérables qui ne font l'objet d'aucune mesure de protection juridique peuvent consentir un acte juridique, à titre onéreux comme à titre gratuit, même si leur compétence a disparu. Partant, le double risque de prendre des décisions préjudiciables pour elles-mêmes ou d'être conduites par des tiers à prendre des dispositions qui n'expriment pas leur volonté propre est palpable.

C'est pourquoi le législateur, bien qu'il ne soit pas question de priver une personne dotée de sa capacité de la faculté de disposer de ses biens, a cependant multiplié les précautions s'agissant des libéralités entre vifs ou à cause de mort. Parce que les libéralités constituent par nature des actes qui procurent un avantage au gratifié sans que le gratifiant attende de contrepartie (C. civ., art. 1107, al. 2), il faut admettre qu'elles sont en elles-mêmes constitutives d'un risque de captation, *a fortiori* lorsque les facultés personnelles du gratifiant sont altérées. C'est précisément pour lutter contre ce risque spécifique que les textes de droit civil empêchent depuis fort longtemps, et sauf exceptions (C. civ., art. 909, al. 3), certaines personnes de recevoir des dispositions entre vifs ou testamentaires. Il s'agit classiquement des « membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt » (C. civ., art. 909, al. 1er). Il en est de même des « mandataires judiciaires à la protection des majeurs et [d]es personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions » ou encore « des ministres du culte » (C. civ., art. 909, al. 2 et 4). Avec l'augmentation du nombre d'auxiliaires de vie et d'aides-ménagères, liée à la politique du maintien à domicile des personnes dépendantes, les risques d'abus d'influence et de captation d'héritage du fait de ces aidants sont devenus particulièrement sensibles, au point que la loi du 25 décembre 2015 a étendu la liste des personnes frappées d'une incapacité à recevoir à titre gratuit à celles qui interviennent au domicile d'une personne dépendante, au titre d'une prise en charge sociale ou médico-sociale. La loi vise ainsi « les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration (...), ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité » (C. action soc. et fam., art. L. 116-4, al. 1er).

1541 – Un régime spécifique à deux têtes. – Au-delà de cette mesure de prévention, préconisée en application du principe de précaution, plusieurs dispositions ont vocation après coup à corriger les effets préjudiciables des actes accomplis par la personne vulnérable de fait. Ainsi, bien évidemment, lesdits actes demeurent toujours susceptibles d'être annulés, en invoquant, conformément au droit commun, les vices du consentement (C. civ., art. 1130). Mais on sait qu'il faut une bien grande maladresse de la part du cocontractant pour laisser des traces d'un vice, constitutif de dol ou de violence, sachant que celle-ci ne se limite pas à des contraintes physiques, mais peut prendre aussi la forme de pressions psychologiques, souvent insidieuses, et donc difficiles à démontrer. Aussi les textes de droit civil prévoient-ils deux actions spécifiques destinées à protéger plus efficacement la personne vulnérable : l'une est générale et sanctionne les actes passés par une personne insane (**Sous-section I**), l'autre est spéciale et appréhende les actes conclus par l'insane dans les deux ans précédant la publicité du jugement qui ouvre une mesure de protection judiciaire (**Sous-section II**), étant ici souligné que ces

deux textes ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, si bien qu'ils peuvent être invoqués, le cas échéant, de manière concurrente ou cumulative (688).

Sous-section I L'action fondée sur l'insanité d'esprit

1542 **– Nullité relative. –** Le Code civil présume que toute personne physique majeure est saine d'esprit et, partant, capable de contracter. Aux fins de protéger la personne vulnérable, il frappe toutefois de nullité relative l'acte juridique effectué par un contractant atteint d'un trouble mental au moment de sa conclusion (689). L'action en nullité pour insanité d'esprit, régie par les articles 414-1 et suivants du Code civil, a ainsi notamment pour objet de protéger *a posteriori*, c'est-à-dire après la passation de l'acte juridique, la personne vulnérable qui n'est pas encore ou qui ne sera jamais placée sous un régime de protection juridique. Nous allons successivement traiter des conditions (**§ I**) puis de l'exercice de cette action en nullité (**§ II**).

§ I Les conditions de l'action

1543 **– L'existence d'un trouble mental. –** L'article 414-1 du Code civil énonce le principe suivant selon lequel : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit » et que tout acte passé au rebours par une personne insane encourt la nullité pour autant que soit rapportée la preuve « d'un trouble mental au moment de l'acte » (690).

Le trouble mental dont il s'agit peut se définir comme une faiblesse physique, psychique ou psychologique de nature à empêcher une personne d'exprimer une volonté consciente. Peu importe l'origine du trouble : il peut tout aussi bien s'agir d'un excès que d'une maladie. Ainsi l'insanité d'esprit comprend **toutes les variétés d'affections mentales** par l'effet desquelles la faculté de discernement de l'auteur de l'acte a été altérée. Cela étant, l'état dépressif, la vieillesse ou les infirmités physiques ne sauraient révéler systématiquement une insanité d'esprit. Il convient en sus de démontrer qu'ils ont empêché l'auteur de l'acte d'exprimer une volonté consciente (691). De manière générale, la jurisprudence est du reste relativement stricte, afin d'éviter que l'action ne serve de voie de rétractation à tous ceux pouvant invoquer, à un titre ou un autre, une défaillance. C'est pourquoi le trouble mental doit être suffisamment **grave** pour priver complètement le majeur de sa faculté de discerner le sens et la portée de l'acte querellé. La jurisprudence donne de nombreux exemples de cette notion : l'absorption excessive d'alcool, de drogue ou de médicaments, certaines maladies comme des troubles psychiatriques graves entraînant des dépenses inconsidérées, l'infirmité et l'affaiblissement dû à l'âge, le moment de folie, un état de déficience intellectuelle, etc.

(688) En pratique, le demandeur qui agit pour remettre en cause les actes passés par une personne qui souffre d'un trouble mental, sans faire l'objet d'une mesure de protection, n'hésite pas à s'appuyer sur un double fondement (l'article 414-1 du Code civil pour insanité d'esprit et l'article 464 du même code relatif à la période suspecte), voire un triple fondement (en y ajoutant les vices du consentement).

(689) P. Murat (ss dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016-2017, nos 333.01 et s., par I. Maria.

(690) V. J. Klein, *Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental* : *Defrénois* 2006, 695. – J.-M. Plazy, *Preuves en droit de la famille : incapacités et preuves* : *AJF* 2007, 468.

(691) En ce sens, V. not. CA Rouen, 14 avr. 1986 : *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 141, pour un sourd et muet. – Cass. 1re civ., 20 févr. 1968 : *Bull. civ.* 1968, I, no 74, pour des difficultés d'élocution. – Cass. 1re civ., 22 déc. 1971 : *Bull. civ.* 1971, I, no 329, pour une paralysie partielle due à une tumeur cérébrale.

Peu importe la durée du trouble mental : il peut s'agir d'une longue maladie ou d'un état passager, pourvu qu'il existe au **moment précis où l'acte litigieux est passé** (692). Ainsi, par exemple, en matière de vente immobilière, il est nécessaire de vérifier l'existence du trouble mental allégué non seulement au stade de l'avant-contrat, mais également au stade de l'acte authentique réitératif (693). Il en résulte que, même lorsqu'il est établi qu'une personne se trouvait dans un état habituel d'altération de ses facultés mentales, il appartient à celui qui conteste la validité d'un acte de prouver qu'au moment précis de la confection de l'acte, son auteur souffrait d'un trouble affectant ses facultés mentales (694). Dans ces conditions, la proximité d'un suicide survenu quatre jours après l'acte argué de nullité ne suffit pas à établir le trouble mental affectant l'auteur de cet acte au moment de sa signature (695). De même, l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire ne permet-elle pas, à elle seule, de présumer le trouble mental. En revanche, la condamnation pénale du bénéficiaire de l'acte pour abus de faiblesse sur la personne de son auteur caractérise l'insanité d'esprit au sens de l'article 414-1 du Code civil (696). Reposant sur la règle de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, la solution vaut lorsque le trouble mental de la victime, au moment de l'acte, a été constaté par le juge pénal pour la caractérisation de l'infraction.

1544 – Les actes susceptibles d'annulation. – Le champ d'expression de l'action en nullité pour insanité d'esprit est très large. Les actes juridiques susceptibles d'être annulés sur le fondement de l'article 414-1 du Code civil peuvent indifféremment présenter un caractère extrapatrimonial (la reconnaissance d'un enfant, par exemple) ou patrimonial (vente, location, transaction, etc.).

S'agissant de ces derniers, il peut d'agir d'actes conclus à titre onéreux ou à titre gratuit. Une particularité tient toutefois au fait que, concernant les libéralités, le principe de sanité d'esprit est énoncé spécialement à l'article 901 du Code civil, disposant que : « Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ». Sans surprise, tant on sait qu'ils aiguisent les appétits de captation, on constate du reste que le contentieux est abondant concernant les demandes d'annulation pour insanité d'esprit relatives aux donations et aux testaments. Sont également susceptibles d'être annulés aussi bien des contrats, étant ici rappelé que les dispositions de l'article 414-1 ont été expressément reprises à l'article 1129, que des actes unilatéraux, tels qu'une mainlevée hypothécaire (697) ou une quittance de loyer, par exemple (698).

Par ailleurs, il convient de noter, nous y reviendrons (699), que l'action en nullité pour insanité d'esprit ne se limite pas à frapper les actes d'une personne qui n'est pas placée sous un régime de protection, mais qu'elle peut également appréhender, de manière plus large, les actes accomplis par un majeur qui fait l'objet d'un régime de protection ou dont le mandat de protection future a été activé.

(692) Cass. soc., 8 juill. 1980 : *Bull. civ.* 1980, V, n° 618.
(693) CA Bourges, 7 déc. 2004, n° 03-01.503 : *JurisData* n° 2004-263935. – CA Rennes, 27 mars 2003, n° 02/01239 : *JurisData* n° 2003-209693.
(694) Cass. 1re civ., 2 déc. 1992 : *Bull. civ.* 1992, I, n° 299 ; *Defrénois* 1993, art. 35572, n° 52, obs. J. Massip ; *D.* 1993, 409, note F. Boulanger.
(695) Cass. 1re civ., 30 juin 1992 : *Bull. civ.* 1992, I, n° 215.
(696) Cass. 1re civ., 24 oct. 2012, n° 11-20.442 : *Bull. civ.* 2012, I, n° 209 ; *RTD civ.* 2012, 87, obs. Hauser ; *LEFP* déc. 2012-2, obs. Raoul-Cormeil.
(697) Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 06-12.774 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 111.
(698) Cass. 1re civ., 25 mai 2004, n° 01-03.629, non publié au bulletin.
(699) V. *infra*, nos 1542 et s.

Insanité d'esprit et testament authentique

La rigueur jurisprudentielle ne suffit pas toujours à écarter les risques d'annulation et la tentation peut être grande pour l'insane de vouloir s'entourer de toutes les précautions afin de s'assurer de la pérennité de l'acte qu'il souhaite conclure. Dans cette optique, la personne qui entend consentir un legs doit naturellement privilégier le recours à la forme authentique pour rédiger son testament. Lorsque ce dernier comporte une mention s'appuyant sur les constatations personnelles du notaire instrumentaire, celle-ci vaut jusqu'à inscription de faux, ce qui confère une indéniable sécurité au legs consenti (700). Cela étant, le plus souvent, l'acte notarié se contente de relater une déclaration du testateur aux termes de laquelle ce dernier précise qu'il est sain d'esprit et qu'il comprend le sens et la portée de son acte. Or, si cette déclaration constitue sans nul doute un indice contraire au trouble mental, il n'en reste pas moins que jurisprudence considère « lorsque le testament ne fait que relater les déclarations du testateur », qu'il est toujours possible, sans recourir à la voie de l'inscription de faux, de prouver, « en dépit des énonciations du testament authentique, que le testateur n'était pas sain d'esprit » (701). En ce sens, et même si l'acte est indubitablement plus sûr qu'un testament olographe, il faut admettre que le recours au testament authentique ne constitue pas un obstacle rédhibitoire à d'éventuelles actions en nullité pour insanité d'esprit intentées par les héritiers.

§ II L'exercice de l'action

– Plan. – Il convient de distinguer selon que l'action en nullité pour insanité d'esprit est intentée du vivant de l'auteur de l'acte (**A**) ou après son décès par ses héritiers (**B**). **1545**

A/ L'exercice de l'action du vivant de l'auteur de l'acte

– Titulaire de l'action. – Tant qu'il est vivant, seul l'intéressé peut former l'action en nullité (C. civ., art. 414-2). La règle constitue une conséquence du caractère relatif de la nullité. Cette dernière ne peut être invoquée par le contractant de la personne insane. Si une mesure de protection a été ouverte, le tuteur peut intenter seul une telle action (C. civ., art. 475 et 504, al. 2) (702), contrairement au curateur qui est privé du droit d'agir seul en nullité, sauf à saisir le juge pour y être autorisé. En revanche, si le curatélaire entend agir pour insanité d'esprit, le curateur doit alors l'assister (C. civ., art. 468, al. 3). Enfin, sauf si le contrat contient une clause contraire, l'action est ouverte au mandataire de protection future. **1546**

– Administration de la preuve. – En pratique, la difficulté essentielle à laquelle se heurte celui qui veut agir en nullité pour insanité d'esprit est probatoire. Pour obtenir une telle nullité, il appartient au demandeur d'apporter une double preuve : il doit établir, d'une part, l'existence d'un trouble mental, et démontrer, d'autre part, que ce trouble mental existait au moment même de la conclusion de l'acte. À vrai dire, on le sait, ce n'est pas tant la première preuve que la seconde qui pose difficulté. **1547**

(700) V. cependant Cass. 1re civ., 4 juin 2007, no 05-21.189 : *Bull. civ.* 2007, I, no 171, qui considère que le testament authentique, qui stipulait que le testateur avait dicté ses dernières volontés au notaire était un faux dans la mesure où ce dernier ne pouvait s'exprimer que par quatre mots et des mimiques en raison d'une hémiplégie droite et d'une aphasie consécutives à un accident vasculaire cérébral.

(701) Cass. 1re civ., 25 mai 1987, no 85-18.684 : *Bull. civ.* 1987, I, no 171, rapp. p. 149 ; *D.* 1988, p. 79, note A. Breton ; *JCP* N 1988, II, 39, note J.-F. Pillebout.

(702) Il en va de même selon nous pour le mandataire de protection future, sauf si le mandat contient une clause contraire.

S'agissant d'une question de fait, la preuve tant de la nature du trouble mental que du moment où il intervient peut être rapportée par tous moyens. Naturellement, la Cour de cassation laisse aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier l'existence de l'insanité d'esprit, tout en veillant scrupuleusement à ce que cette appréciation ne repose pas sur de simples indices et s'appuie sur des éléments médicaux précis. En effet, si les modes de preuve sont nombreux, ce compris les présomptions du fait de l'homme qui peuvent être utilisées pour établir la concomitance entre le trouble mental et l'échange des consentements, on constate, sans surprise, que la part belle est faite en la matière aux certificats médicaux. Concrètement, la preuve s'appuie, le plus souvent, sur une expertise psychiatrique, le médecin spécialiste étant amené à dire, eu égard au dossier médical de la personne et après l'examen de ce dernier, si le trouble mental existait au moment de l'acte. Il est également possible d'utiliser le témoignage du médecin traitant, pourvu qu'il ne soit pas contredit par l'expertise médicale demandée par le juge. C'est dire, *a contrario*, qu'en l'absence de document médical pertinent établissant les périodes pendant lesquelles le contractant n'aurait pas été en mesure de comprendre la portée des actes critiqués, les juges seront difficiles à convaincre (703). La mise en œuvre de leur pouvoir d'appréciation prend donc appui, nécessairement, sur des constatations médicales. Un tel pouvoir ne prend de l'ampleur qu'en cas de doute médical provoqué par une démonstration défaillante ou de sa contestation lors du débat contradictoire auquel se livrent les experts ou les parties au procès (704).

Les conditions du régime probatoire de la nullité de l'acte pour insanité d'esprit sont rigoureuses. Néanmoins, la jurisprudence a assoupli quelque peu cette exigence en opérant un **renversement de la charge de la preuve** lorsque **l'insanité d'esprit existe à la fois dans la période immédiatement antérieure et dans la période immédiatement postérieure à l'acte litigieux** (705). En pareil cas, il revient au défendeur, qui revendique la validité de l'acte, d'établir l'existence d'un intervalle lucide au moment où l'acte a été passé, ce qui s'avère en pratique largement illusoire.

Enfin, notons que l'acte peut aussi parfois porter en lui-même cette preuve, ce qui est le cas, par exemple, s'il est complètement incohérent.

1548 – Délai pour agir en nullité. – Le dernier alinéa de **l'article** 414-2 du Code civil renvoyant aux dispositions de droit commun de l'article 2224 du même code, l'**action en nullité est soumise à une prescription quinquennale**, que l'acte litigieux soit un acte à titre onéreux ou à titre gratuit.

Ce délai commence à courir au jour où l'acte est passé, sauf à l'insane à démontrer qu'il se trouvait alors, du fait de son trouble mental, dans l'impossibilité d'agir. En pareil cas, il pourra faire jouer l'article 2234 du Code civil qui, consacrant une solution prétorienne bien assise (706), fondée sur le principe *Contra non valentem agere, non currit praescriptio* (707), prévoit que « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir ». Lorsque l'insane d'esprit a fait ultérieurement l'objet d'une mesure de protection, ces délais ne recommencent à courir que « du jour où il (...) a eu connaissance [des

(703) V., par ex., Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, no 03-20.860, non publié au bulletin.
(704) V., en ce sens, G. Raoul-Cormeil, *Le trouble mental du contractant et l'impossibilité d'agir en nullité* : *D.* 2009, 2660.
(705) V. not. Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, no 00-17.712, non publié au bulletin : *AJF* 2003, p. 148, obs. F. Bicheron ; *Defrénois* 2003, p. 1093, note J. Massip.
(706) V. not. Cass. 1re civ., 19 nov. 1991, 1re esp. et Cass. 1re civ., 18 févr. 1992, 2e esp. : *D.* 1993, jurispr. 277, note J. Massip.
(707) J. Carbonnier, *La règle* contra non valentem agere non currit praescriptio : *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1937, 155.

actes] alors qu'il était en situation de les refaire valablement » (C. civ., art. 1152, 2°). En revanche, s'il fait l'objet spécifiquement d'une mesure de tutelle, la prescription demeure suspendue jusqu'à la mainlevée de la mesure (C. civ., art. 2235), ce qui est compréhensible puisque la personne en tutelle est privée du droit d'agir en justice.

Bien évidemment, l'ensemble de ces délais peuvent s'additionner, au point d'aboutir à une véritable élasticité de la prescription, perpétuant le risque d'insécurité juridique (708). Toutefois, dans l'ensemble de ces cas, aucune action ne peut être introduite plus de vingt ans après la conclusion de l'acte querellé (C. civ., art. 2232).

B/ L'exercice de l'action après le décès de l'auteur de l'acte

1549 **– Cas d'ouverture de l'action. –** C'est, au premier chef, après la mort de l'auteur de l'acte que s'illustre le durcissement des conditions d'exercice de l'action en nullité. Par une « dérogation inhabituelle et grave au droit commun » (709), les héritiers ne sont pas ici autorisés à agir comme le défunt lui-même, mais seulement dans trois cas : d'abord, si l'acte litigieux porte en lui-même la preuve d'un trouble mental ; ensuite, si cet acte a été fait alors que son auteur était placé sous sauvegarde de justice ; enfin, si une action a été introduite avant le décès de l'auteur de l'acte aux fins d'ouverture d'une habilitation familiale, d'une curatelle ou d'une tutelle ou alors qu'un mandat de protection future avait été déclenché préalablement (C. civ., art. 414-2, al. 2).

Ces restrictions, jugées conformes à la Constitution (710), reposent classiquement sur un double fondement : elles sont liées, d'une part, à la difficulté de preuve de l'insanité d'esprit, déjà vivace du vivant de l'intéressé, qui s'avère davantage encore aléatoire en cas de décès et, d'autre part et surtout, au souci d'éviter de multiples contestations, quelque peu scandaleuses et de nature à porter atteinte à la mémoire du défunt, les héritiers pouvant avoir tendance à invoquer l'insanité d'esprit dès qu'un acte juridique est contraire à leurs intérêts (711). Sans nul doute, elles sont également destinées à préserver la sécurité des actes conclus par le défunt.

Leur champ d'application est cependant délimité puisqu'elles ne concernent que les actes autres que les donations entre vifs et les testaments. Pour ces derniers, compte tenu des risques traditionnels de captation d'héritage et de la défiance traditionnelle du Code civil envers les actes d'appauvrissement, il est admis que les successeurs universels, légaux ou testamentaires, recouvrent la pleine faculté de faire annuler des actes passés par leur ayant droit pour cause d'insanité d'esprit (C. civ., art. 901).

(708) Pour une illustration, V. Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, n° 08-13.518 : *D.* 2009, 2660, obs. V. Égéa, note G. Raoul-Cormeil ; *AJF* 2009, 402, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *RTD civ.* 2009, 507, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2009, comm. 116, note I. Maria, concernant une personne qui avait conclu un acte en sept. 1980 et dont les proches n'avaient pas jugé utile de la mettre sous régime de protection pendant treize ans, en dépit des troubles mentaux avérés qui étaient les siens. La Haute juridiction a estimé que le trouble mental en question avait corrompu l'acte passé, endormant aussitôt le droit d'agir en nullité, ainsi resté en sommeil aussi longtemps que le contractant non protégé fut privé de discernement. Puis le jugement d'ouverture de la tutelle avait provoqué la naissance du droit d'agir en nullité et, dans son revers, celle de la prescription qui s'y attache, en conséquence de quoi l'action en nullité pour insanité d'esprit introduite en 1993 n'était pas prescrite !

(709) J. Massip, *Les limites de l'action en nullité des actes pour insanité d'esprit* : *Defrénois* 2013, p. 1141.

(710) Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC : *Dr. famille* 2013, comm. 46, note I. Maria ; *JCP* N 2013, n° 4, act. 195 ; *RTD civ.* 2013, p. 348, obs. J. Hauser ; *D.* 2013, p. 2197, obs. J.-M. Plazy. *Adde*, J. Massip, *Les limites de l'action en nullité des actes pour insanité d'esprit*, préc.

(711) J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* : *Defrénois* 2009, n° 210.

À vrai dire, cette distinction selon la nature de l'acte incriminé apparaît, selon nous, comme une source de complexité, dont la justification prête au surplus à discussion. Si l'on songe qu'en pratique, faute pour l'auteur de l'acte lui-même, par essence fragile, ou ses représentants d'avoir agi de son vivant, l'action est souvent diligentée par les héritiers, il nous semble que la protection de la personne vulnérable milite pour un assouplissement des conditions d'ouverture de l'action au bénéfice de ces derniers. On pourrait ainsi envisager *de lege ferenda* à ouvrir librement, sans restriction – sauf celles factuelles, qui sont réelles, rencontrées dans l'administration de la preuve –, l'action en nullité aux héritiers. La solution, guidée par le souci prioritaire de préserver les intérêts de la personne vulnérable et de ses héritiers, présenterait l'avantage d'être en conformité avec le droit commun des successions, en même temps qu'elle aboutirait, dans une logique louable de simplification, à soumettre toutes les actions en nullité pour insanité d'esprit, que l'acte incriminé soit à titre onéreux ou à titre gratuit, mais aussi l'action fondée sur la période suspecte (C. civ., art. 464), à un régime uniforme.

1550 – Administration de la preuve. – Pour les héritiers, comme pour leur ayant droit, la preuve de l'insanité d'esprit est en principe libre. Quelques subtilités doivent cependant être soulignées selon la nature de l'acte visé, lesquelles témoignent de ce que la rigueur dans la charge de la preuve, dont souffre déjà l'auteur de l'acte, se trouve encore accentuée lorsqu'il est décédé.

S'agissant des **donations entre vifs et des testaments**, et pour faciliter l'administration de la preuve pour les héritiers, la Cour de cassation est venue trancher en leur faveur la question du secret médical que certains médecins, ayant connu l'auteur de son vivant, croyaient pouvoir leur opposer pour refuser d'établir un certificat médical. Ainsi, selon la Haute juridiction, les règles relatives au secret médical ne font pas obstacle à ce que les héritiers du testateur se prévalent d'un certificat médical du médecin traitant (712). Du reste aujourd'hui, cette levée du secret est expressément prévue par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique.

En revanche, concernant les **autres actes**, **l'acte litigieux** ne peut être **annulé pour insanité d'esprit** que **s'il porte en lui-même la preuve d'un trouble mental** : c'est le système dit « de la preuve intrinsèque » (C. civ., art. 414-2, 1°). Cette exigence probatoire, redoutable en ce qu'elle restreint clairement les chances de succès des héritiers dans leur tentative d'annulation de l'acte litigieux (713), n'a cependant pas vocation à s'appliquer lorsqu'une sauvegarde de justice ou un mandat de protection future était mis en œuvre au moment de sa conclusion ou qu'une action aux fins d'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle était pendante. Dans ces hypothèses, et parce que le trouble mental de leur auteur apparaît alors probable, la preuve redevient libre (C. civ., art. 414-2, 2° et 3°). Soulignons toutefois qu'en pareille occurrence, le demandeur en nullité n'est pas dispensé de prouver l'existence du trouble mental au moment de l'acte (714) ; simplement cette preuve sera

(712) Cass. 1re civ., 22 mai 2002, n° 00-16.305 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 144 ; *Defrénois* 2002, 1477, obs. Massip ; *AJF* 2002, 263, obs. S. D.-B.

(713) V., par ex., Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, n° 08-13.402 : *Bull. civ.* 2009, I, n° 151 ; *Dr. famille* 2009, comm. 117, note I. Maria ; *RTD civ.* 2009, p. 697, obs. J. Hauser ; *LPA* 2009, n° 181, p. 5, obs. D. Noguéro, qui refuse de qualifier la police d'assurance-vie ou l'avenant modifiant la clause bénéficiaire de libéralité indirecte, de sorte qu'au décès du souscripteur, la nullité pour insanité d'esprit des actes ne sera acquise qu'à la condition que cette dernière ressorte intrinsèquement des stipulations contractuelles, ce qui en pratique s'avère fort difficile à établir.

(714) V. Cass. 1re civ., 14 mars 2018, n° 17-15.406 : *JurisData* n° 2018-003721 ; *JCP* N 2018, n° 13, act. 342, obs. A. Tani ; *JCP* N 2018, n° 26, 1223, obs. N. Peterka ; *Dr. famille* 2018, comm. 137, obs. I. Maria ; *Defrénois* 2018, n° 44, p. 32, obs. D. Noguéro ; *RTD civ.* 2018, p. 368, obs. D. Mazeaud.

sans aucun doute facilitée par l'existence ou l'instruction en cours d'une mesure de protection. Ainsi le certificat médical utilisé pour demander l'ouverture de la mesure spécifiera certainement depuis combien de temps le majeur a ses facultés altérées, si bien qu'il sera possible d'établir clairement qu'au moment de la conclusion de l'acte contesté l'auteur de l'acte était insane (715).

Compte tenu, dans ces circonstances, de la difficulté d'administrer la preuve de l'insanité d'esprit de leur auteur, certains héritiers ont cherché à fonder artificiellement leur action en nullité sur les vices du consentement, afin d'échapper aux rigueurs de l'article 414-2 du Code civil. Cette pratique a toutefois été expressément condamnée par la Cour de cassation (716). S'ils sont alternatifs (717), les cas énoncés par le texte sont, en revanche, limitatifs (718).

En tout état de cause, cette difficulté rencontrée *de facto* par les héritiers dans l'administration de la preuve, qui rend souvent illusoire leur tentative nécessairement tardive de remise en cause des actes passés par leur auteur, tend à justifier la proposition visant à accroître, à leur bénéfice, les conditions d'ouverture de l'action en nullité. Irréductiblement attachée à leur faculté à agir, cette difficulté constitue sans nul doute un véritable contrepoids de nature à écarter les risques liés à des actions abusives et donc à garantir la stabilité des actes, et par suite, la sécurité juridique des tiers.

1551 **– Délai pour agir en nullité. –** À l'instar de l'auteur de l'acte, ses héritiers sont soumis pour agir à une prescription quinquennale. Toutefois, dans la mesure où ils ne peuvent introduire l'action avant le décès de l'auteur de l'acte, le point de départ de ce délai ne court à leur encontre qu'à compter du décès de leur ayant droit. La solution est étendue à toutes les libéralités, qu'elles soient consenties entre vifs (719) ou à cause de mort (720).

Sous-section II L'action fondée sur la période suspecte

1552 **– Fondement de l'action. –** Bien qu'elle n'ait, en droit, aucun effet rétroactif, l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire consacre naturellement, dans les faits, un état préexistant. Ce constat d'évidence a pour effet d'initier le doute sur tous les actes accomplis par la personne vulnérable dans la période qui les précède. En effet, il est particulièrement à craindre que des tiers peu scrupuleux aient alors profité de la faiblesse et du caractère influençable de la personne dont les facultés sont atteintes, et ce d'autant plus qu'aucun régime de protection n'a encore déployé ses effets protecteurs à son égard. Cette crainte justifie que, dans une certaine mesure, une sanction des actes antérieurs à la mise en œuvre de la mesure de protection soit aménagée, en complément des possibilités fondées sur

(715) V. Cass. 1re civ., 16 janv. 2019, nº 17-31.528, non publié au bulletin : *Dr. famille* 2019, comm. 117, obs. I. Maria ; *Defrénois* 2019, nº 8, p. 34, obs. D. Noguéro ; *JCP* N 2019, nº 27, 1227, note A. Tani.

(716) Cass. 3e civ., 20 oct. 2004, nº 03-10.989 : *Bull. civ.* 2004, III, nº 177 ; *Dr. famille* 2005, comm. 88, note Th. Fossier ; *RJPF* 2005, nº 1, p. 25 ; *D.* 2005, p. 257, obs. D. Noguéro ; *D.* 2006, p. 1570, obs. J.-M. Plazy et J.-J. Lemouland.

(717) Cass. 1re civ., 20 juin 2012, nº 10-21.808 : *Dr. famille* 2012, comm. 154, note I. Maria ; *RTD civ.* 2012, p. 507, obs. J. Hauser ; *D.* 2012, p. 2699, obs. J.-M. Plazy.

(718) *Adde*, en ce sens, Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, nº 08-13.402, préc.

(719) Cass. 1re civ., 29 janv. 2014, nº 12-35.341 : *Bull. civ.* 2014, I, nº 15 ; *AJF* 2014, 250, obs. Ferré-André ; *Dr. famille* 2014, comm. 48, obs. Maria ; *D.* 2014, 2259, obs. Noguéro ; *Gaz. Pal.* 2014, nº 222-224, p. 31, obs. Leducq ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2014, nº 114, p. 57, obs. Paulin.

(720) Cass. 1re civ., 20 mars 2013, nº 11-28.318 : *Bull. civ.* 2013, I, nº 56 ; *AJF* 2013, 240, obs. Vernières ; *D.* 2013, 1884, note Safi ; *D.* 2013, 2196, note Plazy ; *Dr. famille* 2013, comm. 77, obs. Maria.

l'insanité d'esprit ou sur les vices du consentement. C'est pourquoi la loi instaure une « période suspecte » au cours de laquelle les engagements pris par la personne vulnérable ultérieurement protégée pourront être passés au crible pour être ensuite, le cas échéant, plus facilement remis en cause. La règle trouve son siège à l'article 464 du Code civil, lequel dispose que : « Les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés ». Nous allons successivement envisager les conditions (**§ I**) puis le régime de l'action fondée sur la période suspecte (**§ II**).

§ I Les conditions de l'action

1553 – Un acte passé dans les deux années qui précèdent l'ouverture d'une mesure de protection. – La remise en cause d'un acte conclu pendant la période suspecte est subordonnée à plusieurs conditions. Elle suppose notamment, c'est sa raison d'être, que la personne vulnérable qui a passé l'acte ait fait l'objet, peu de temps après, d'une mesure de protection judiciaire.

Tout d'abord, concernant l'acte, malgré l'usage du mot « cocontractant », l'article 464 du Code civil doit être interprété comme permettant une sanction de tous les actes juridiques, qu'il s'agisse des actes synallagmatiques, à titre onéreux, ou des actes unilatéraux, à titre gratuit. L'application du texte à ces derniers notamment s'explique aisément si l'on songe que les libéralités dans leur ensemble sont, par définition, des actes déséquilibrés, particulièrement sujets aux appétits de captation et donc potentiellement dangereux pour leur auteur ; c'est d'ailleurs l'une des principales raisons de leur traitement singulier en droit.

Intérêt du testament authentique

La forme du testament n'est certainement pas indifférente lorsqu'il s'agit d'apprécier si le testateur a été ou non sous influence : « incontestablement, un testament authentique a plus de chances de sortir indemne du contrôle judiciaire qu'un testament olographe qui peut donner libre cours à toutes les pressions » (721). Même si le notaire n'est qu'un témoin ordinaire au sujet de l'état mental du testateur, sa simple présence et ses précautions rendent l'acte plus sûr. Il y a là un atout majeur du testament authentique, *a fortiori* s'il est reçu par deux notaires (C. civ., art. 971).

Ensuite, s'agissant de la condition liée au temps, le texte encadre, dans un souci de sécurité juridique, la durée de la période suspecte dans un délai de deux ans à compter de la publicité du jugement d'ouverture de la mesure. La règle présente l'inconvénient de soumettre le point de départ de ce délai à l'aléa de la durée de la procédure judiciaire. Concrètement, et l'on peut le regretter, le retard dans l'émargement de l'acte de naissance du majeur protégé a pour effet de diminuer la durée (sinon l'existence même) de la période suspecte, ce qui affaiblit la protection dont bénéficie *a posteriori* la personne vulnérable. Pour cela, il eût été préférable de faire courir ce délai à compter de la demande de placement sous un régime de protection (722).

(721) P. Murat, *Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil* : *Defrénois* 2017, p. 879.
(722) En ce sens, V. N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz Action, 4e éd. 2017-2018, no 335.21.

Enfin, en ce qui concerne la mesure de protection qui rend rétroactivement suspects les actes passés dans les deux années qui la précèdent, il convient de noter que l'action, autrefois limitée à la tutelle, a étendu son empire à la curatelle, au dépit de sérieuses critiques (723), et, plus récemment encore, à l'habilitation familiale (C. civ., art. 494-9, al. 3). En revanche, rien de tel n'existe pour les actes faits précédemment au déclenchement d'un mandat de protection future. *De lege ferenda*, on pourrait sérieusement songer à combler cette lacune (724).

1554 **– Altération notoire des facultés mentales. –** Pour être accueillie, la remise en cause de l'acte passé pendant la période suspecte suppose que l'auteur dudit acte ait souffert d'un trouble mental exclusif d'un consentement éclairé et libre, de sorte que son discernement et sa volonté n'ont pas été suffisants pour lui permettre d'exprimer ses véritables intentions.

Cela étant, en comparaison avec l'action en nullité pour insanité d'esprit, la preuve se trouve ici doublement facilitée. En droit, d'une part, dans la mesure où le demandeur n'a pas à démontrer l'existence d'une insanité au moment précis de la conclusion de l'acte juridique, mais simplement celle d'une inaptitude à l'époque entourant la passation de l'acte, c'est-à-dire pendant une période plus large. Dans les faits, d'autre part, puisque, par définition, après cet acte controversé, l'auteur a nécessairement fait l'objet d'une mesure de protection judiciaire de sorte qu'il suffit, arguant de la période suspecte, de démontrer que les causes qui ont justifié l'ouverture de la mesure existaient déjà au jour de l'acte. Sous cet angle, nul doute que l'article 464 du Code civil offre des conditions d'action plus favorables que celles qui découlent de l'action fondée sur l'article 414-1 du même code.

L'acte préalable à une mesure de protection judiciaire est *a priori* suspect, mais il l'est d'autant plus que l'altération des facultés mentales était **notoire**. C'est pourquoi, une fois que l'inaptitude de l'auteur de l'acte à défendre ses intérêts est acquise, il reste à vérifier que cette situation était connue des tiers ou, à tout le moins, du cocontractant. Plus encore, la supposition que le bénéficiaire de l'acte profiterait d'une situation connue de lui – ou censée être connue de lui – constitue en effet le ressort de l'article 464. En outre, si le législateur prend le risque d'une remise en cause de l'acte en l'absence de toute publicité organisée qui résulterait de l'existence d'un régime judiciaire de protection, c'est précisément parce que la notoriété, qu'elle soit générale ou liée à la connaissance personnelle que le bénéficiaire de l'acte litigieux avait, réduit, voire annihile la nécessité d'une protection des tiers. « En ce sens, la notoriété est à la fois le facteur créateur du risque combattu et le substitut d'une publicité normalement protectrice des tiers » (725). Appréciée souverainement par les juges du fond (726), la notoriété constitue concrètement le butoir au-delà duquel il est impossible de remonter dans le temps pour rechercher la nullité de l'acte.

1555 **– Préjudice subi par la personne vulnérable. –** Une sanction duale est prévue, nous le verrons, à l'encontre des actes passés pendant la période suspecte : la réduction pour excès ou l'annulation de l'acte litigieux (727). Lorsqu'elle est recherchée, la seconde est subordonnée, au rebours de la première, à la justification d'un préjudice subi par la personne protégée (C. civ., art. 464, al. 2). Certains auteurs ont pu souligner que cette condition n'est

(723) V. not. A. Karm, *La gestion du patrimoine de la personne en curatelle* : *Dr. et patrimoine* 2009, n° 180, p. 86, spéc. p. 93.
(724) V. *supra*, n° 1185.
(725) P. Murat, art. préc.
(726) V. not. Cass. 1re civ., 24 févr. 1998, n° 95-21.473 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 73, p. 49 ; *JCP* G 1998, II, 10118, note T. Fossier ; *Defrénois* 1998, art. 36860, n° 103, p. 1037, obs. J. Massip ; *LPA* 22 févr. 1999, n° 37, p. 7, note J. Massip.
(727) V. *infra*, n° 1558.

pas exempte de difficulté d'interprétation (728). Elle peut consister, en effet, soit à tenir compte, pour prononcer la nullité, de divers éléments susceptibles de caractériser un préjudice subi par l'intéressé, soit vouloir signifier que l'annulation de l'acte demeure facultative, même en présence d'un tel préjudice, le juge pouvant prendre en considération différents critères, tels que la fortune de la personne vulnérable, la bonne ou mauvaise foi de ceux qui auront traité avec elle, l'utilité ou l'inutilité de l'opération (729), pour le maintenir. Les rapports parlementaires ne fournissent pas d'éléments sur ce point et la jurisprudence demeure, pour l'heure, peu fournie.

En tout état de cause, sur le terrain des principes, on constate que les conditions posées pour aboutir à l'annulation de l'acte passé pendant la période suspecte sont plus strictes de ce point de vue là que celles envisagées pour obtenir une sanction similaire pour insanité d'esprit, laquelle, étant de droit, s'impose au juge sans qu'il soit nécessaire d'établir un préjudice.

§ II Le régime de l'action

1556 – Titulaires de l'action. – L'article 464 du Code civil n'attitre pas l'action en nullité. Toutefois, dans la mesure où il s'agit ici à l'évidence d'une nullité relative, il convient d'en déduire que seuls peuvent agir l'intéressé, si la mesure de protection est levée, et ses héritiers après son décès. Parmi les héritiers ayant qualité pour agir, il y a lieu de comprendre, ce qui va de soi, non seulement les successeurs universels légaux, mais aussi ceux qui tirent leurs droits d'un testament du défunt, c'est-à-dire les légataires universels ou à titre universel (730). Notons que, contrairement à l'action en nullité pour insanité d'esprit, qui n'est recevable au bénéfice des héritiers que dans la mesure où est satisfait l'un des trois cas d'ouverture strictement énumérés par les textes (C. civ., art. 414-2, al. 2), l'article 464 du Code civil ne prévoit aucune restriction à la faculté d'action de ces derniers.

S'agissant de la qualité pour agir durant la durée de la mesure de protection, il convient de se reporter aux règles de capacité gouvernant l'exercice des actions en justice. Sous la curatelle, celui-ci requiert l'assistance du curateur (C. civ., art. 468, al. 3), cependant que, sous la tutelle, le tuteur peut exercer l'action sans l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille (C. civ., art. 504, al. 2). Quant à l'habilitation familiale, elle donne lieu à une application distributive des deux solutions ci-dessus exposées pour la curatelle et la tutelle, selon que la personne habilitée s'est vu confier une mission d'assistance ou de représentation.

1557 – Prescription de l'action. – L'action en nullité de la période suspecte est soumise à une prescription quinquennale, laquelle part de la date du jugement d'ouverture de la mesure. Un tel point de départ n'est pas conforme à l'article 2235 du Code civil. Selon ce texte, l'ouverture d'une mesure de tutelle empêche la prescription de courir pour les actes conclus après le jugement d'ouverture, car la personne en tutelle est privée du droit d'agir en justice. La prescription ne devrait pas courir non plus à l'égard des actes conclus avant le jugement d'ouverture de la tutelle, car l'article 1152, 2° du Code civil dispose que le droit d'agir en nullité de tout majeur protégé court dans les cinq ans qui suivent le « jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement ». Cela dit, l'article 464 du Code civil refuse expressément la suspension de la prescription quinquennale à l'égard

(728) N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot, *Protection des personnes vulnérables*, *op. cit.*, n° 335.22.

(729) Conformément aux repères fournis par l'article 491-2, alinéa 3 du Code civil, pour la nullité facultative des actes rescindables pour lésion ou réductibles pour excès du majeur placé sous sauvegarde de justice.

(730) Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 02-19.038 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 258 ; *D.* 2006, 1575, obs. Lemouland et Plazy ; *Defrénois* 2005, 1858, obs. Massip ; *AJF* 2005, 362, obs. Grimaldi ; *RTD civ.* 2006, 89, Hauser.

des actes antérieurs à la mesure de protection. Il s'agit par cette règle dérogatoire de garantir la stabilité des actes, et par suite, la sécurité juridique des tiers, sans nuire pour autant à la protection de la personne vulnérable.

1558 **– Sanctions des actes accomplis. –** Les textes prévoient une dualité de sanctions, en établissant leur gradation. L'article 464 du Code civil désigne, en premier lieu, la réduction pour excès, laquelle repose sur la démonstration d'une disproportion entre l'engagement souscrit et les ressources ou les besoins du majeur. Il envisage, en second lieu, l'annulation de l'acte, laquelle, on le sait, est subordonnée à la justification d'un préjudice subi par la personne protégée (C. civ., art. 464, al. 2). La nullité porte un trouble grave à la sécurité juridique, d'autant que l'absence de régime judiciaire de protection a pour corollaire l'absence de publicité officielle pour les tiers cocontractants : il faut donc que la nullité soit limitée aux cas où elle est strictement utile. C'est, au moins en apparence, le but de l'exigence d'un préjudice pour la personne protégée : sinon pourquoi faudrait-il sacrifier l'intérêt des tiers et la sécurité juridique ?

Cela étant, comme a pu l'exprimer un auteur (731), qu'il y ait disproportion (réduction) ou préjudice (nullité), c'est toujours, en réalité, le déséquilibre de l'acte qui, en signalant le risque, justifie le contrôle du juge. L'acte d'emblée équilibré n'a pas à être remis en question, quand bien même il aurait été passé dans une période suspecte. Autrement dit, « l'équilibre de l'acte (ou son déséquilibre) est le véritable critère d'un texte destiné à lutter contre la forte probabilité d'une exploitation de la situation de faiblesse, connue du bénéficiaire de l'acte » (732). Par ailleurs, on soulignera que la gradation opérée par le texte n'est pas toujours utilisable : recourir à la réduction pour excès n'a pas grand sens concernant les actes dont l'objet est indivisible : que l'on songe, par exemple, au testament. Il ne reste alors que la nullité. Tout ceci conduit naturellement à s'interroger sur l'opportunité de prévoir une double sanction aux actes accomplis pendant la période suspecte (733).

1559 **– Pouvoir souverain des juges du fond. –** La réunion des conditions exigées par l'article 464 du Code civil ne conduit pas systématiquement à une remise en cause de l'acte accompli pendant la période suspecte. Autrement dit, la sanction n'est pas de droit : une fois cette démonstration faite, le juge dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet non seulement de faire le tri dans les situations, mais aussi d'apprécier ensuite l'opportunité de la sanction demandée, réduction ou nullité (734), en tenant compte, par exemple, de la bonne foi du contractant ou, en matière de libéralité, de la forme notariée de la donation du testament.

1560 **– Conclusion sur les sanctions civiles : l'abus de vulnérabilité est mort-né. –** On a cru benoîtement, durant quelques mois, que le régime primaire de protection des vulnérables s'était enrichi d'un nouvel outil. On se souvient, en effet, que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations avait introduit, en droit français, le vice d'abus de dépendance, dont le siège se situait à l'article 1143 du Code civil. Dans l'intention des rédacteurs de l'ordonnance, cette disposition avait vocation à protéger les contractants vulnérables. L'« état de dépendance » visé par le texte pouvait donc s'entendre aussi bien de la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre (dépendance économique, affective, technologique, etc.) que de sa fragilité intrinsèque (maladie, âge, etc.).

(731) P. Murat, art. préc.
(732) *Ibid.*
(733) En ce sens, V. K. Salhi, *La régularité des actes passés avant et après les mesures de protection* : *JCP* N 2008, 1273, n° 4, qui constate la proximité existant entre les conditions de la réduction et celles de la nullité.
(734) V., par ex., Cass. 1re civ., 30 oct. 2006, n° 04-16.884, inédit.

L'espoir a été de courte durée dans la mesure où la loi du 20 avril 2018, destinée à ratifier l'ordonnance de 2016, a ajouté une précision interprétative, et donc rétroactive, au texte initial, qui en a considérablement limité la portée (735). En effet, il est désormais prévu qu'une partie abuse de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant « à son égard ». Fruit d'un compromis entre le Sénat qui voulait restreindre le domaine d'application du texte à la seule violence économique et de l'Assemblée nationale qui souhaitait au contraire maintenir l'esprit du texte initial, ce malheureux ajout aboutit à ce que la seule situation de faiblesse n'est pas en soi constitutive de violence : encore faut-il que la partie forte en ait profité pour imposer un accord particulièrement désavantageux. C'est dire que seule la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre relève désormais de l'article 1143 du Code civil, à l'exclusion de la fragilité intrinsèque. Cela ne veut pas dire que le texte ne peut pas s'appliquer à une personne vulnérable. Nul doute que la preuve d'un abus de dépendance peut être (plus facilement) rapportée lorsque l'âge et/ou l'état de santé d'un contractant restreint drastiquement sa capacité de choix, annihile son pouvoir de négociation, et le pousse à accepter des conditions contractuelles éminemment défavorables. Mais il s'agit d'une protection non plus spécifique à la personne vulnérable, mais simplement périphérique, dont elle peut bénéficier, le cas échéant, et dont on ne perçoit guère l'intérêt au regard des textes existants.

Section II Les sanctions en droit pénal

1561 – Plan. – La vulnérabilité est directement appréhendée par le droit pénal puisque l'abus frauduleux de cet état constitue l'élément constitutif d'un délit réprimé (**Sous-section I**), mais aussi indirectement dans la mesure où elle constitue une circonstance aggravante d'un certain nombre de délits voisins (**Sous-section II**).

Sous-section I La vulnérabilité appréhendée par l'abus de faiblesse

1562 – Présentation. – Aujourd'hui il existe une infraction spécifique qui sanctionne par une réponse pénale – et donc sociétale – l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse (736). Cette infraction, de nature délictuelle, inscrite au sein des articles 223-15-2 à 223-15-4 du Code pénal, est assez récente. On sait, en effet, que le législateur s'est intéressé assez tardivement aux personnes majeures vulnérables d'un point de vue pénal. Si l'infraction d'abus de faiblesse existait déjà dans le Code pénal de 1810, il ne s'agissait alors que de protéger les seuls mineurs de certaines atteintes frauduleuses à leur patrimoine. Il a fallu attendre une évolution parallèle du Code de la consommation – avec la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile – puis du Code pénal – avec l'extension du texte au profit des majeurs à l'occasion de la réforme de 1992 (737) puis au profit des victimes de mouve-

(735) V. L. Mauger-Vielpeau, *Que reste-t-il de l'abus de vulnérabilité ?* : *LEFP* juill. 2018, n° 111k3, p. 6.

(736) Sur lequel, V. not. P. Salvage : *JCl. Pénal Code*, Art. 223-15-2 à 223-15-4, Fasc. 20, *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, 2019. *Adde*, F.-X. Roux-Demare, *La caractérisation de l'état de faiblesse* : *AJP* 2018, p. 226.

(737) L. n° 92-684, 22 juill. 1992, portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes : *JO* n° 169, 23 juill. 1992, p. 9857.

ments sectaires par la loi du 12 juin 2001 (738) – pour que soit façonnée l'infraction, dans une version moderne et élargie. Migrant alors du livre III au livre II du Code pénal, l'ancienne infraction contre les biens est également devenue une infraction contre les personnes. Autrement dit, ce sont donc désormais à la fois le patrimoine des personnes vulnérables et ces personnes elles-mêmes qui se trouvent protégés par cette « infraction bicéphale » (739). Cette protection suppose toutefois que l'abus soit repéré – ce peut être le rôle du notaire – et que l'état de faiblesse soit démontré. Or, on le sait, l'abus de faiblesse est insidieux puisqu'il ne se présente pas comme un comportement heurtant la victime, mais au contraire sous le visage de la confiance, parfois du secours, voire de l'amitié. Il s'agit pour le manipulateur d'obtenir de sa victime ce qu'elle n'aurait pas spontanément voulu. Du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, il conviendra, en premier lieu, d'envisager les conditions d'incrimination (**§ I**), puis, en second lieu, d'analyser les modalités de répression du délit (**§ II**).

Profils et stratégies des auteurs de l'abus de faiblesse (740)

Les auteurs de l'influence abusive sont très divers. Plusieurs **profils** semblent toutefois se dégager :

- l'aidant familial qui profite de la situation : un membre de la famille qui s'occupe de la personne au quotidien se prévaut de l'aide qu'il apporte pour lui demander des faveurs qu'elle n'a pas la force ou le courage de lui refuser ;
- l'aidant professionnel envahissant : un intervenant accomplit progressivement des tâches qui vont bien au-delà de ses missions, décourage les visites, intercepte les coups de téléphone, et parvient à isoler la personne ;
- le partenaire de vie tardif et opportuniste : un tiers extérieur à la famille, généralement plus jeune, noue une relation amicale ou amoureuse avec la personne, et parvient progressivement à gagner sa confiance et son affection ;
- le délinquant professionnel ou occasionnel : un individu indélicat repère la vulnérabilité de la personne et profite du fait qu'elle soit isolée ou peu méfiante pour abuser de la situation.

Les **stratégies** utilisées par ces auteurs sont souvent les mêmes :

- exploitation d'une situation de faiblesse : les auteurs profitent du fait que la personne ait besoin d'aide, ait des doutes sur ses capacités, ou se sente fragile ou déprimée, pour se rendre nécessaires auprès d'elle et induire un sentiment de dépendance ;
- isolement : ils isolent progressivement la personne, font en sorte qu'elle ait peu de contacts, tiennent ses proches à l'écart ou sont systématiquement présents lors des visites ;
- manipulation émotionnelle : ils dénigrent ou calomnient ceux en qui la personne avait confiance, instillent dans son esprit l'idée qu'ils sont égoïstes ou malveillants à son égard ;
- disqualification et harcèlement : ils induisent un sentiment de honte et de crainte, humilient la personne, exercent une pression permanente, font planer des menaces, tout en donnant occasionnellement des preuves d'affection ou de dévouement.

(738) L. n° 2001-504, 12 juin 2001, tendant en renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales : *JO* 13 juin 2001, p. 9337.

(739) Même si l'auteur de l'abus de faiblesse peut éventuellement chercher l'obtention de faveurs sexuelles (V., par ex., Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 12-87.558 : *D.* 2014, 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; *Dr. pén.* 2014, comm. 52, obs. M. Véron), dans la très grande majorité des cas les motivations sont financières. Les « abuseurs » sont avant tout des prédateurs de patrimoine.

(740) Fondation Médéric Alzheimer, *Le notaire face aux citoyens en situation de handicap cognitif : Repères pour la pratique*, 2014, spéc. p. 8.

§ I Les conditions d'incrimination

1563 **– Plan. –** Nous allons successivement envisager les personnes protégées par cette incrimination (**A**), puis les éléments constitutifs de l'infraction (**B**).

A/ Les personnes protégées

1564 **– La personne particulièrement vulnérable. –** Le législateur a souhaité encadrer l'application de l'incrimination afin d'éviter une interprétation extensive du texte. Aussi celui-ci n'est-il pas destiné à protéger la personne inattentive, peu méfiante ou négligente, mais seulement celle qui est *a priori* fragile. Partant, l'article 223-15-2 du Code pénal n'apporte volontairement la protection pénale qu'à trois catégories d'individus prédéterminées, qui peuvent être l'objet de l'abus incriminé. Outre le mineur et la personne en état de sujétion psychologique ou physique, le texte vise la personne en situation particulière de vulnérabilité. Selon l'article 223-15-2 du Code pénal, cette particulière vulnérabilité peut être due non seulement à un état de grossesse, mais aussi à « [l']âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ».

1565 **– La vulnérabilité liée à l'âge. –** La jeunesse faisant l'objet d'une disposition spéciale, l'âge visé par la loi est généralement entendu comme celui de la vieillesse. Il s'agit sans nul doute ici de protéger les personnes âgées, en raison de l'insécurité affective qui est souvent la leur : l'éclatement des familles, la misère relationnelle, la solitude due au repli sur soi entraînent une insécurité affective des personnes âgées qui deviennent une proie facile pour les escrocs leur faisant miroiter des avantages disproportionnés par rapport à des achats pas toujours opportuns : encyclopédies pour les petits-enfants, voyages sur catalogue, soutiens financiers à des mouvements fictifs, nouvelle voiture prétendument plus économique, téléviseur remplacé pour une panne légère, etc (741). Il reste à savoir ce que l'on entend par « personne âgée » ? L'article 223-15-2 du Code pénal ne fixe aucun âge déterminé : il s'agit d'une question de fait, variable selon les personnes, et laissée à l'appréciation des tribunaux. On peut simplement souligner, en pratique, la tendance de certains juges du fond à se contenter de relever le grand âge de la victime pour conclure à sa vulnérabilité (742), ce qui est contestable, car si l'âge est une chose, ce n'est pas un élément du délit et il doit s'y ajouter la preuve d'une vulnérabilité particulière (743).

1566 **– La vulnérabilité liée à la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique. –** Si la maladie, l'infirmité ou encore une déficience physique ou psychique peuvent éventuellement être distinguées, comme le fait d'ailleurs l'article 223-15-2 du Code pénal, elles n'en constituent pas moins, du fait de leur ampleur et surtout de leur proximité, des concepts susceptibles d'être rapprochés, voire confondus. Dans tous les cas, on est effectivement en présence d'un « dysfonctionnement corporel physique ou mental, inné ou acquis, naturel ou provoqué, organique ou fonctionnel » (744). Dans les faits, tantôt la jurisprudence retient ces éléments – tels que la détérioration intellectuelle, la cécité totale,

(741) P. Thomas, C. Hezif-Thomas, C. Pradère et P. Darrieux, *Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse* : *Rev. gériatrie* juin 1994, vol. 19, n° 6, p. 401.
(742) V., par ex., CA Nîmes, 14 avr. 1998 : *JurisData* n° 1998-030586. – CA Aix-en-Provence, 17 sept. 1998 : *JurisData* n° 1998-044576.
(743) V. not. Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-80.426, non publié au bulletin.
(744) P. Salvage, art. préc., spéc. n° 18.

l'acuité auditive réduite et les troubles de la mémoire, l'état dépressif, la personne souffrant de la maladie de Parkinson et de la maladie d'Alzheimer, *etc.* (745) – en tant que causes particulières de vulnérabilité, tantôt elle s'en sert comme éléments de preuve d'une vulnérabilité particulière qui viennent s'adjoindre au grand âge (746).

S'il importe peu que la victime présente ou non une anomalie propre à justifier un régime de protection, sa vulnérabilité particulière n'en demande pas moins à être prouvée. La vulnérabilité étant un élément de fait, sa preuve reste soumise à la libre appréciation du juge de la répression, à partir de l'analyse des circonstances. Si, dans cette optique, les expertises médicales sont importantes, ce mode de preuve n'est cependant ni indispensable ni unique. Mieux encore, il n'est pas nécessaire que de telles expertises concluent à l'insanité d'esprit de la victime, une diminution de ses facultés de résistance suffit, pouvant être due à l'isolement, à la perte d'un proche, à la maladie ou à un affaiblissement physique. La réunion de plusieurs de ces éléments, connus de l'auteur, constitue un indice susceptible de sensibiliser le juge.

1567 **– L'état d'ignorance ou de faiblesse. –** La vulnérabilité objectivement démontrée, au regard de l'une des trois catégories de causes visées par l'article 223-15-2 du Code pénal, doit être corroborée par l'établissement d'une vulnérabilité subjective se traduisant par une ignorance – le fait de ne pas savoir – ou une faiblesse – le fait de ne pas être en mesure de résister – de la victime. Ceci appelle deux observations : d'une part, si l'état d'ignorance ou de faiblesse résulte de la qualité ou de la situation de la victime, il doit préexister à l'intervention de l'auteur et non pas être la conséquence de celle-ci et, d'autre part, la présomption de vulnérabilité qui découle de la présence de l'une des causes qu'énumère le texte ne saurait être qu'une présomption simple qui demande en principe à être confirmée.

B/ Les éléments constitutifs

1568 **– Deux éléments. –** Conformément aux principes généraux de la responsabilité pénale, l'article 223-15-2 du Code pénal requiert en la personne de l'auteur un double comportement : matériel (**I**) et moral (**II**).

I/ L'élément matériel

1569 **– Abus opéré par l'auteur. –** Selon l'article 223-15-2 du Code pénal, l'auteur doit se rendre coupable d'un « abus » pour conduire la personne vulnérable à commettre un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Non défini par le législateur, il est classiquement admis que l'abus consiste pour son auteur à tirer parti de la vulnérabilité de la victime en portant atteinte à sa liberté de comportement. « Abuser d'une personne, c'est profiter d'elle, l'utiliser, l'instrumentaliser pour ses intérêts exclusifs » (747). Dans les faits, la notion d'abus – abandonnée à l'appréciation des juges du fond – n'est pas véritablement cernée de manière isolée ; elle est le plus souvent largement déduite des actes ou abstentions préjudiciables que la victime va être conduite à adopter. Cela étant, la jurisprudence a eu l'occasion de souligner que le délit n'exige pas, pour être caractérisé, d'une part, l'emploi

(745) V. P. Salvage, art. préc. et *loc. cit*.
(746) V. les illustrations jurisprudentielles fournies par P. Salvage, art. préc. et *loc. cit*.
(747) C. Ambroise-Castérot, art. préc.

par son auteur de la contrainte ou le recours à des manœuvres frauduleuses (748) et, d'autre part, la démonstration de son enrichissement (749).

1570 – Effets sur la victime. – Ainsi que le prévoit l'article 223-15-2 du Code pénal, l'abus perpétré par l'auteur doit « conduire » la personne vulnérable « à un acte ou à une abstention ». La loi ne faisant aucune distinction, il semble bien que tous types de comportements puissent être réprimés : il peut s'agir d'actes matériels (750), même si, dans la très grande majorité des cas, les motivations étant financières, il s'agit d'actes juridiques. Les « abuseurs » sont avant tout des prédateurs de patrimoine. Les exemples sont nombreux et variés : il concernant tout à la fois des actes à titre onéreux, on songe notamment à la vente (751), la procuration (752) ou encore la remise de chèques (753), mais aussi des libéralités, dont la dangerosité pour le patrimoine des personnes vulnérables est évidente (754). Il convient de souligner que l'éventuelle nullité de l'acte d'un point de vue civil n'écarte pas l'infraction, et donc le délit pénal (755).

1571 – Nécessité d'un préjudice. – L'article 223-15-2, alinéa 1er du Code pénal exige que l'acte ou l'abstention auquel la victime a été conduite lui soit en outre « gravement préjudiciable », ce qui suggère d'emblée qu'il peut y voir des abus qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi pénale et qui ne sont donc pas répréhensibles. Il s'agit ici de limiter les poursuites aux agissements les plus graves et d'exclure « les petites arnaques réalisées au détriment de personnes vulnérables » (756).

Concrètement, cette précision contenue dans le texte suppose de définir le seuil de gravité à partir duquel le comportement de l'auteur doit être sanctionné. Selon la jurisprudence, le texte n'exigeant pas que le dommage se soit réalisé, il suffit que le comportement incriminé

(748) V., par ex., Cass. crim., 15 oct. 2002, nº 01-86.697, non publié au bulletin, selon lequel le délit d'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse, prévu par l'art. 223-15-2 du Code pénal, n'exige pas, pour être caractérisé, que son auteur emploie la contrainte ou recoure à des manœuvres frauduleuses. Se rend ainsi coupable de ce délit le prévenu qui, se disant astrologue, est entré en relation avec une personne âgée de soixante-douze ans qui lui a remis, en contrepartie de ses consultations, diverses sommes d'un montant total de 89 310 F. Connaissant la particulière vulnérabilité de la victime, placée sous tutelle à la suite des faits, pour avoir reconnu qu'elle était dans un état de grande détresse et se livrait à des achats compulsifs, le prévenu a obtenu d'elle des actes qui lui étaient gravement préjudiciables.

(749) Cass. crim., 20 mars 2019, nº 18-81.691, non publié au bulletin, qui approuve un arrêt déclarant coupable le prévenu qui, en sa qualité de notaire, avait mis en place, en connaissance de cause, un montage destiné à contourner les effets d'une mesure de protection prise au bénéfice de sa cliente pour conduire cette dernière à signer des actes qui lui étaient gravement préjudiciables, en soulignant que le fait que le prévenu n'ait pas profité personnellement de l'infraction commise étant indifférent.

(750) Cass. crim., 19 févr. 2014, nº 12-87.558 : *JurisData* nº 2014-002716 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 52, note M. Véron ; *Dr. pén.* 2014, comm. 68, note V. Peltier ; *Rev. gén. dr. méd.* 2014, nº 52, p. 163, obs. F. Archer, qui condamne un médecin psychiatre pour abus de faiblesse pour avoir conduit l'une de ses patientes souffrant de troubles bipolaires à avoir des relations sexuelles avec lui.

(751) Cass. crim., 12 janv. 2000, nº 99-81.057 : *Bull. crim.* 2000, nº 15 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 69, note M. Véron ; *D.* 2001, jurispr. p. 813, note J.-Y. Maréchal ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614, note R. Ottenhof ; *RTD com.* 2000, p. 741, note B. Bouloc, qui sanctionne le médecin qui abuse de son patient pour obtenir la signature de l'acte de vente d'un terrain pour un prix anormalement bas.

(752) V. not. CA Paris, 3 juin 1997 : *JurisData* nº 1997-021856. – CA Agen, 14 janv. 1999 : *JurisData* nº 1999-042657. – CA Paris, 16 juin 1999 : *JurisData* nº 1999-024331.

(753) Sont ainsi coupables des aigrefins qui obtiennent la remise de chèques sous des prétextes fallacieux. En ce sens, V. not. CA Rouen, 18 nov. 1996 : *JurisData* nº 1996-047681. – CA Bordeaux, 3 juin 1997 : *JurisData* nº 1997-048020.

(754) V. not. Cass. crim., 5 nov. 2005, nº 04-86.051 : *JCP* G 2006, II, 10057, note J.-Y. Maréchal ; *Dr. pén.* 2006, comm. 29, note M. Véron.

(755) V. not. Cass. crim., 12 janv. 2000, nº 99-81.057, préc., qui précise que le texte « n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé ».

(756) V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8e éd. 2018, nº 750.

soit « de nature à » causer un grave préjudice (757). Il y a là une interprétation extensive de la loi pénale – qui peut sans doute s'expliquer par un compréhensible souci de répression – que l'on retrouve dans les arrêts qui affirment le caractère gravement préjudiciable pour une personne vulnérable de « l'acte de disposer de ses biens par testament en faveur de la personne qui l'a obligée à cette disposition » (758) alors que, par définition, la rédaction d'un testament ne produira concrètement ses effets qu'à compter du décès de son auteur, et ne pourra dès lors nuire qu'aux héritiers de celui-ci. La même solution est appliquée, sans surprise, à propos de la souscription d'un contrat d'assurance-vie (759).

Cette position est conforme à l'évolution d'un délit, qui n'est plus destiné à protéger la victime seulement contre une atteinte à son patrimoine mais, plus généralement, contre une atteinte à sa liberté du consentement. Il y a donc préjudice lorsque la victime a été manipulée pour consentir des actes qu'elle n'aurait pas souscrits spontanément même si ces actes ne l'appauvrissent pas immédiatement.

Si ces solutions peuvent être approuvées, on voit aussi poindre le risque que le juge pénal soit saisi par une famille jusque-là peu préoccupée par son aïeul qui s'est alors naturellement rapproché de ceux qui lui sont venus en aide à un titre quelconque. Le juge devra examiner scrupuleusement les circonstances des agissements pour décider de leur qualification et « ne [devra] pas confondre altruisme, justement récompensé, et convoitise coupable » (760).

Illustrations jurisprudentielles

- Une personne âgée et intellectuellement déficiente qui, ayant acquis un appartement à l'initiative d'un démarcheur financier, a dû supporter des charges de copropriété sans parvenir à louer l'appartement qu'elle a dû finalement revendre avec une moins-value de 2 000 € dans un marché généralement générateur de plus-value (761).
- Une femme âgée, malade et placée sous sauvegarde de justice qui dispose de ses biens par testament au profit d'une personne l'ayant conduite à cette disposition (762).
- Une femme âgée, présentant un affaiblissement croissant de ses fonctions intellectuelles et un état d'isolement qui a vendu deux immeubles en viager à un prix anormalement bas et moyennant le paiement de faibles rentes (763).

II/ L'élément moral

1572 **– Volonté de l'acte et du résultat. –** Conformément au principe général posé par l'article 121-3 du Code pénal, le délit suppose « l'intention de le commettre » et la jurisprudence confirme de son côté qu'en l'absence d'intention criminelle le délit ne serait pas

(757) Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 99-81.057, préc.
(758) Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 04-86.051, préc. *Adde*, Cass. crim., 21 oct. 2008, n° 08-81.126 : *Bull. crim.* 2008, n° 210 ; *D.* 2009, 911, note G. Roujou de Boubée ; *AJP* 2009, 30, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sc. crim.* 2009, 100, obs. Y. Mayaud ; *RTD civ.* 2009, 298, obs. J. Hauser ; *Dr. pén.* 2009, comm. 12, obs. M. Véron. – Cass. crim., 16 déc. 2014, n° 13-86.620 : *Bull. crim.* 2014, n° 270 ; *Dr. pén.* 2015, comm. 30, note M. Véron ; *AJP* 2015, p. 252, obs. C. Renaud-Duparc ; *AJF* 2015, p. 105, obs. N. Levillain ; *LPA* 29 mai 2015, n° 107, p. 12, note A. Comert ; *RTD civ.* 2015, p. 356, obs. J. Hauser.
(759) CA Versailles, 9 mars 2005, n° 03/01363 : *JurisData* n° 2005-272775 ; *Dr. famille* 2005, comm. 171, note B. de Lamy.
(760) B. de Lamy, note ss CA Versailles, 9 mars 2005, préc.
(761) CA Angers, 2 févr. 2006 : *JurisData* n° 2006-301964.
(762) Cass. crim., 21 oct. 2008, n° 08-81.126 : *Dr. pén.* 2009, comm. 12, note M. Véron ; *Bull. crim.* 2008, n° 215 ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 100, obs. Y. Mayaud ; *D.* 2009, p. 911, obs. G. Roujou de Boubée.
(763) Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-80.426.

constitué (764). L'exigence de l'intention criminelle suppose classiquement que soient réunies, d'une part, la volonté et la conscience de l'acte et, d'autre part, celles du résultat de celui-ci.

S'agissant de la volonté de l'acte, elle requiert que l'auteur ait eu connaissance de la vulnérabilité de la victime, même si celle-ci n'était pas apparente. Curieusement, la chambre criminelle a décidé que l'intention « doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne » (765). Si la décision a le mérite de la clarté, elle n'en est pas moins discutable dans la mesure où, négligeant la phase antérieure du processus infractionnel, elle tend à transformer une infraction généralement continue, ou du moins continuée, en une infraction instantanée et à en réduire ainsi le champ d'application (766).

Quant à la volonté et la conscience du résultat, elles impliquent que l'auteur, en toute connaissance de cause, « ait voulu exploiter l'état d'ignorance ou de faiblesse de la victime » (767). L'auteur doit donc chercher à obtenir l'acte ou l'abstention de la victime en abusant consciemment de la situation ou des circonstances.

Illustrations jurisprudentielles

- L'aide-ménagère, en fonction auprès d'un couple de personnes âgées, qui a obtenu du mari des sommes importantes, des avantages en nature, alors qu'elle s'était rendu compte que celui-ci ne connaissait pas la valeur de la monnaie, confondant les anciens et les nouveaux francs (768).
- L'aide-ménagère qui, travaillant chez la victime âgée de quatre-vingt-onze ans, avait nécessairement connaissance de la faiblesse ou de la vulnérabilité de celle-ci, en raison de son caractère apparent (769).
- Le prévenu qui connaissait l'état de sa victime pour l'avoir démarchée à de nombreuses reprises, créant ainsi un climat d'amitié favorable (770).
- La personne qui était employée dans le centre pour personnes âgées où elle avait connu la victime et où elle s'était spécialement occupée d'elle pendant ou en dehors de ses heures de travail (771).
- Les professionnels de la vente, attentifs à la réceptivité et à la suggestibilité de leurs clients, qui s'étaient rendu compte de l'isolement de la victime et n'avaient pu ignorer son état de vulnérabilité (772).

§ II Les modalités de la répression

1573 – Plan. – S'agissant du champ répressif du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, nous allons aborder, de façon classique, son régime juridique (**A**) et les peines encourues (**B**).

(764) V. not. Cass. crim., 27 mai 2004, n° 03-82.738 : *JCP* G 2004, IV, 2514 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 130, obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 881, obs. Y. Mayaud, et p. 886, obs. R. Ottenhof ; *D.* 2004, p. 725, obs. S. Mirabail. – Cass. crim., 7 oct. 2009, n° 09-80.175 : *Dr. pén.* 2010, comm. 1, obs. M. Véron ; *D.* 2010, p. 23, obs. P.C.

(765) Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601 : *JCP* G 2009, 261, obs. Ph. Salvage, et 98 ; *AJP* 2009, p. 357, obs. J. Lasserre Capdeville.

(766) En ce sens, V. P. Salvage, art. préc., n° 34.

(767) Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 5e éd. 2016, n° 281.

(768) Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 96-80.068 : *Bull. crim.* 1996, n° 175 ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 110, note R. Ottenhof ; *Dr. pén.* 1996, comm. 217, note M. Véron.

(769) CA Paris, 17 juin 1997 : *JurisData* n° 1997-021877.

(770) CA Grenoble, 12 févr. 1998 : *JurisData* n° 1998-040885.

(771) CA Rouen, 30 mars 1998 : *JurisData* n° 1998-042387.

(772) CA Caen, 23 oct. 1998 : *JurisData* n° 1998-045265.

A/ Le régime juridique

1574 **– Tentative et immunité. –** Deux particularités sont à souligner s'agissant du champ répressif applicable au délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

D'une part, faute d'être prévue expressément par un texte (C. pén., art. 121-4, 2°), la **tentative** d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse n'est pas punissable. Il convient cependant d'avoir à l'esprit que la répression de la tentative est en revanche inscrite dans la loi pour d'autres infractions délictuelles voisines, telles que l'escroquerie (C. pén., art. 313-3) ou l'extorsion (C. pén., art. 312-9). Le notaire, qui n'a ni la qualité, ni la capacité, ni – peut-être – la compétence pour donner une qualification juridique à une tentative de délit, doit donc faire preuve de vigilance et appliquer les dispositions de l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

D'autre part, s'agissant d'un délit qui vise à garantir l'intégrité du consentement et dont on peut légitimement craindre qu'il puisse être l'œuvre des proches, il va sans dire qu'il n'existe **aucune immunité familiale**.

1575 **– Prescription de l'action publique. –** Mettant fin au régime dérogatoire qui était le leur, la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale a décidé de soumettre toutes les infractions commises au préjudice de personnes vulnérables au régime de prescription de droit commun (773). Il en résulte que le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse se prescrit au bout de « six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise » (CPP, art. 8, al. 1er), sauf à ce qu'il soit qualifié d'infraction occulte ou dissimulée, auquel cas il est alors soumis à une prescription de douze ans, laquelle court à compter de l'acte incriminé (CPP, art. 9-1, al. 2).

1576 **– Constitution de partie civile. –** L'infraction peut générer un préjudice à l'égard de la victime que l'auteur de l'abus a l'obligation de réparer (774). En cas de décès de la victime, le droit d'agir en réparation se transmet à chacun de ses héritiers (775). À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que ces derniers sont recevables à agir, peu important que leur auteur n'ait pas introduit d'action à cette fin avant son décès, dès lors que le ministère public a mis en mouvement l'action publique et que la victime n'a pas renoncé à l'action civile (776).

B/ Les peines encourues

1577 **– Personnes physiques. –** Les personnes physiques peuvent être frappées, à titre principal, d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 €, étant ici précisé que ces sanctions peuvent aussi être assorties d'une circonstance aggravante en présence essentiellement, pour ne pas dire uniquement, de victimes de mouvements sectaires (C. pén., art. 223-15-2, al. 2). Par ailleurs, l'article 223-15-3 du Code pénal énumère toute une série de peines complémentaires qui peuvent être prises à l'encontre de l'auteur du délit, telles que la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution ou encore l'interdiction, pour cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés. Dans les faits, les

(773) Circ. min. Justice, 28 févr. 2017, présentant les dispositions de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : *BO Justice* n° 2017-03, 31 mars 2017, p. 8.
(774) Cass. crim., 10 nov. 2009, n° 09-92.028 : *Bull. crim.* 2009, n° 185 ; *AJP* 2010, p. 140, obs. J. Lasserre Capdeville.
(775) Cass. crim., 24 mai 2011, n° 10-86.336 : *JurisData* n° 2011-012842.
(776) Cass. crim., 24 mars 2015, n° 14-84.904, non publié au bulletin : *JurisData* n° 2015-006309.

peines d'emprisonnement sont assez rares mais elles sont généralement accompagnées d'amendes et désormais plus facilement de confiscations.

Circonstances aggravantes et sphère familiale

Avec l'allongement de la durée de vie, les héritiers présomptifs se font de plus en plus pressants, n'hésitant pas, dans certains cas, à instaurer une pression psychologique sur leur parent fragile pour obtenir la signature d'un testament ou la souscription d'une assurance-vie à leur bénéfice, parfois au prix d'un chantage affectif. C'est dire que la sphère familiale n'est pas épargnée par le délit d'abus de faiblesse. Du reste, dans les faits, on constate qu'il y a autant d'abus de faiblesse commis au sein des familles que par des individus ne faisant pas partie du cercle familial. Ce constat nous conduit à nous interroger sur l'absence de circonstances aggravantes lorsque cette infraction est commise par un ascendant, un descendant ou le conjoint de la victime, auxquels il faudrait d'ailleurs ajouter le partenaire ou le concubin. Compte tenu des liens et de la confiance qui unissent l'auteur de l'infraction à sa victime, le danger se trouve ici indéniablement accentué et la malversation est d'autant plus inacceptable. Partant, il ne serait pas choquant, bien au contraire, de considérer que les peines prévues pour sanctionner ce délit soient aggravées lorsque celui-ci est perpétré par un membre de la famille proche.

1578 – Personnes morales. – Selon l'article 223-15-4 du Code pénal, les personnes morales peuvent être condamnées non seulement au paiement d'une amende, dont le montant maximum est de 1 875 000 € (C. pén., art. 131-38) porté à 3 750 000 € en cas de récidive dans les dix ans (C. pén., art. 132-13), mais aussi aux peines mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal, ce qui vise notamment la dissolution de la personne morale lorsqu'elle a été créée ou détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ou encore l'interdiction, à titre définitif ou pour cinq au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle le délit a été commis.

Le délit d'abus de faiblesse droit de la consommation

Avant même que le droit pénal ne l'étende au bénéfice des majeurs vulnérables, le délit d'abus de faiblesse ou de l'ignorance a été appréhendé par le droit de la consommation. Créée par la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 (777), l'incrimination est régie par les articles L. 112-8 à L. 121-10 du Code de la consommation (778). Comme un auteur a pu justement le souligner, deux abus de faiblesse coexistent donc aujourd'hui en droit positif, « comme une hydre à deux têtes : d'un côté, l'abus de faiblesse du Code pénal, tête que l'on pourrait qualifier d'hypertrophiée, et de l'autre l'abus de faiblesse du Code de la consommation, qui semble quelque peu atrophiée » (779).

En effet, à la différence du Code pénal, l'abus de faiblesse consumériste a un champ beaucoup plus étroit. Cela tient, bien évidemment, à sa nature puisqu'elle se limite au champ des relations contractuelles précisées par la loi, mais aussi à la définition des personnes qu'elle entend protéger, dans la mesure où, excluant les mineurs et les victimes de sectes, elle ne s'intéresse qu'aux majeurs vulnérables. Ceux-ci sont définis en amont, au sein d'un texte qui définit les pratiques commerciales déloyales comme suit : « Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard

(777) L. n° 72-1137, 22 déc. 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile : *JO* 23 déc. 1972, p. 13348.

(778) V. G. Raymond, *Droit pénal de la consommation. Les abus de faiblesse* : *Gaz. Pal.* 2002, 1, doctr. 399. – E. Bazin, *L'abus de faiblesse dans le Code de la consommation* : *Dr. pén.* 2015, étude 19.

(779) C. Ambroise-Castérot, *L'abus de faiblesse, infraction bicéphale* : *AJP* 2018, p. 220.

de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe » (C. consom., art. L. 121-1).

Concernant l'auteur de l'infraction, il s'agit pour ce dernier – en droit de la consommation comme en droit pénal – de dépouiller la victime, mais l'acte d'abus est ici défini différemment et plus restrictivement que là. D'une part, quant aux moyens, l'article L. 121-8 du Code de la consommation dispose que le délit consumériste ne peut exister que « lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ». D'autre part, le même texte limite le champ de l'abus de faiblesse aux situations où la victime est amenée à « souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit ». Deux conséquences découlent de ce dernier texte. En premier lieu, c'est clairement la rupture de l'équilibre contractuel qui est ici pénalement réprimée. En second lieu, il faut bien comprendre que l'abus de faiblesse ne peut exister que dans le cadre d'un démarchage à domicile (C. consom., art. L. 121-8), ou de situations assimilées, listées aux articles L. 121-9 et L. 121-10 : démarchage par téléphone, sollicitation destinée à conduire la victime à se rendre sur un lieu de vente, réunions ou excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit, *etc.* Cela étant, malgré la restriction à des situations et lieux précis, le texte est suffisamment détaillé pour s'appliquer à tous les cas où le consommateur subit pressions, harcèlement ou manœuvres frauduleuses destinées à le tromper, qu'il soit chez lui (abus à domicile) ou entraîné vers l'extérieur (appels téléphoniques, courriers, excursions, lieux non destinés à la commercialisation, *etc.*) (780).

Les deux délits possèdent donc une dénomination identique – ou presque –, mais leurs champs d'application, les victimes qu'ils protègent comme les éléments constitutifs qui les composent présentent de sérieuses dissemblances. Finalement, le seul point réellement commun entre eux réside dans les peines encourues. Autrefois très différentes, elles sont désormais (781) – de manière identique dans les deux codes – de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende (C. pén., art. 223-15-2 et C. consom., art. L. 132-14, al. 1er). Et encore cette similitude est-elle relative dans la mesure où le texte consumériste prévoit une majoration possible de l'amende (C. consom., art. L. 132-14, al. 2). Cette spécificité justifie qu'en cas de cumul, toujours possible, entre l'infraction de droit pénal et celle tirée du droit de la consommation (782), c'est cette dernière qui serait retenue, car en cas de concours idéal d'infractions la jurisprudence retient la qualification la plus élevée, c'est-à-dire celle qui prévoit la peine la plus sévère.

Sous-section II La vulnérabilité envisagée comme circonstance aggravante

1579 **– Abus de confiance. –** Le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse des articles 223-15-2 et suivants du Code pénal n'est pas exclusif d'autres infractions délictuelles, à commencer par celle d'abus de confiance que développent et répriment les articles 314-1 à 314-4 du même code. L'abus de confiance est « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé » (C. pén., art. 314-1, al. 1er). L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende (C. pén., art. 314-1, al. 2).

(780) Cass. crim., 1er févr. 2000, nº 99-84.378 : *Bull. crim.* 2000, nº 52 ; *D.* 2000, 198, obs. C. Rondey ; *Rev. sc. crim.* 2000, 815, obs. B. Bouloc ; *RTD com.* 2000, 741, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2000, nº 59, obs. J.-H. Robert ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 14, obs. G. Raymond, qui considère que le fait de harceler des personnes âgées, que l'on sort de chez elles au prétexte d'excursions touristiques ou gastronomiques, puis que l'on soumet à de fortes pressions jusqu'à ce qu'elles achètent les produits présentés – pour lutter contre les rhumatismes –, est constitutif de l'abus de faiblesse.

(781) L. nº 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation : *JO* nº 0065, 18 mars 2014, p. 5400.

(782) Sur cette hypothèse de concours, V. not. Cass. crim., 1er févr. 2000, nº 99-84.378, préc.

Le délit d'abus de confiance connaît une circonstance aggravante particulière liée à la vulnérabilité. C'est l'article 314-2, 4° du Code pénal qui incrimine l'abus de confiance réalisé « au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ». Il faut relever que cette circonstance aggravante propre à la vulnérabilité fait plus que doubler la peine d'emprisonnement qui passe de trois à sept ans et multiplie simplement par deux la peine d'amende encourue : de 375 000 € on passe à 750 000 €.

1580 – Délit d'escroquerie. – Le délit d'escroquerie est visé aux articles 313-1 à 313-3 du Code pénal. L'escroquerie est « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge » (C. pén., art. 313-1, al. 1er). L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende (C. pén., art. 313-1, al. 2).

À l'instar de l'abus de confiance, le délit d'escroquerie connaît aussi une circonstance aggravante particulière liée à la situation de vulnérabilité de la victime. L'article 313-2, 4° du Code pénal incrimine l'escroquerie qui est réalisée « au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ». Ici encore les peines sont aggravées de plus du double (emprisonnement) ou seulement du double (amende).

1581 – Délit d'extorsion. – Enfin, sans prétendre à l'exhaustivité, ajoutons pour terminer le délit d'extorsion développé au sein des articles 312-1 à 312-9 du Code pénal. L'extorsion est « le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque » (C. pén., art. 312-1, al. 1er). L'extorsion est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende (C. pén., art. 312-1, al. 2).

Les éléments constitutifs de ce délit d'extorsion sont évidemment très proches de ceux des délits précédents sans jamais se confondre avec eux. Ici aussi, l'extorsion « commise au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur » (C. pén., art. 312-2, 2°) est une circonstance aggravante qui augmente – mais légèrement – les sanctions encourues.

CHAPITRE II Le notaire confronté à la vulnérabilité de fait

1582 – Une protection en amont. – La protection que la loi confère aux personnes vulnérables de fait est une protection « occasionnelle » (783), qui frappe *a posteriori*, sur le plan civil, certains actes dangereux pour leur auteur ou, sur le terrain pénal, les comportements abusifs d'un tiers. En cela, il s'agit d'une protection à la fois indispensable, mais insuffisante tant il est évident que certaines situations préjudiciables pour le vulnérable, ou ses héritiers, parviennent à développer leurs effets, en toute impunité. On touche là les limites naturelles d'un système de protection inorganisée, sans pour autant qu'il soit question ici de révéler

(783) J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, p. 631.

une lacune flagrante de la loi. En toute objectivité, on ne saurait en effet reprocher au législateur de ne pas appréhender de manière efficace une situation de fait qui, par nature, lui échappe et qui, du reste, une fois révélée, fait l'objet d'un régime de protection juridique élaboré. Il n'en reste pas moins que le bilan demeure décevant, surtout si l'on songe que le succédané de protection ainsi mis en œuvre, impropre à préserver efficacement les intérêts de la personne vulnérable, se révèle en revanche suffisant pour troubler la sécurité juridique et causer éventuellement un préjudice aux tiers de bonne foi, cocontractant d'un acte à titre onéreux ou bénéficiaire d'un acte à titre gratuit, en laissant planer sur l'acte en question les risques d'une future remise en cause rétroactive.

Ce constat appelle une évidence, selon laquelle la protection de la vulnérabilité de fait doit, dans la mesure du possible, intervenir en amont, avant même que la personne atteinte de troubles cognitifs n'accomplisse l'acte litigieux, source de danger pour elle et d'insécurité pour le tiers. Dans cette optique, il n'est pas douteux que le notaire ait un rôle central à jouer. Par hypothèse capable puisqu'il ne fait pas l'objet d'une mesure de protection, la personne affaiblie, dans le besoin financier ou sous la pression d'un proche, va souvent souhaiter vendre l'un de ses biens immobiliers, effectuer un testament ou une donation, modifier le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie, ou rédiger un mandat de protection future. Qu'il soit instinctivement appelé à se poser des questions, ou qu'il s'agisse des tiers qui émettent des doutes sur la capacité du client, le notaire doit, en pareille occurrence, se montrer particulièrement vigilant. Comme les autres citoyens, les personnes vulnérables – parce qu'elles avancent en âge ou qu'elles sont en situation de handicap cognitif – doivent pouvoir exercer les droits qui sont les leurs dès lors qu'elles ont les capacités légalement requises à cette fin. Cela suppose toutefois de créer les conditions pour qu'elles puissent effectivement le faire, de favoriser et d'assister l'expression de leur volonté, afin que ces droits ne restent pas pour elles des prérogatives purement abstraites. Dans leur pratique quotidienne, il appartient dès lors aux notaires, d'une part, de permettre aux personnes vulnérables qui en ont les capacités de continuer à exercer leurs droits, et, d'autre part, de les protéger, notamment contre les risques de captation d'héritage et d'abus de faiblesse dont elles sont encore trop souvent les victimes. En somme, il s'agit tout à la fois pour le notaire instrumentaire confronté à la vulnérabilité de fait de protéger les libertés individuelles, de sécuriser l'acte qu'il reçoit et accessoirement, en guise de récompense ultime, d'évincer les risques attachés à une responsabilité civile professionnelle, que l'on sait particulièrement renforcée en la matière.

1583 **– Une vigilance accrue. –** Face à un client manifestement affaibli mais civilement capable, le notaire – accentuons le propos – doit faire preuve d'une vigilance extrême (784).

Certes, et il convient de le rappeler en préambule, en l'absence de circonstances particulières et exception faite des vérifications d'usage mentionnées sur les registres d'état civil (785), le notaire n'a pas à vérifier l'état mental de ses clients. Fait-il rappeler ici que toute personne physique majeure, si âgée soit-elle, est capable de contracter, sauf lorsque la loi dit le contraire. Bien évidemment, le notaire doit refuser son ministère, à peine d'engager sa responsabilité, lorsque son client est incapable de contracter ou qu'il n'est pas sain d'esprit,

(784) V. Ch. Barthelet, *Le notaire confronté dans sa pratique à la faiblesse de son client civilement capable : d'une obligation de vigilance à un devoir de conseil renforcé, jusqu'au refus d'instrumenter* : *JCP* N 2012, n° 17, 1195.

(785) S'il s'agit d'un majeur protégé par un des régimes légaux, le notaire doit demander l'acte de naissance de la personne concernée, puisque ces mesures figurent au répertoire civil et sont mentionnées en marge de l'acte de naissance. En revanche, la question est plus délicate de savoir si un mandat de protection future a été déclenché, compte tenu, aujourd'hui encore, de l'absence de mesure de publicité effective dont souffre ce mécanisme conventionnel d'anticipation de la vulnérabilité (à ce propos, V. *supra*, n° 1201).

mais lorsque l'auteur de l'acte est majeur et qu'aucun régime de protection n'a été pris à son endroit, le notaire n'a pas à vérifier ses aptitudes mentales, sauf si un indice laisse à penser le contraire. **C'est là, bien évidemment, que naît la situation de trouble, la zone grise, celle de tous les dangers : lorsque le notaire éprouve seulement un doute sur l'intégrité des facultés mentales de son client.**

À vrai dire, à défaut de certitude sur les réelles facultés de discernement de la personne qu'il reçoit, le notaire a un choix clair qui s'offre à lui : s'il est persuadé que le consentement de son client existe et qu'il est éclairé, il reçoit l'acte en ayant cependant une obligation de diligence et de prudence. Au rebours, si le notaire constate des troubles cognitifs majeurs tels qu'il est convaincu de l'incapacité de son client, il doit refuser de recevoir l'acte. Mais, dans bien des cas, l'atteinte cognitive est légère et son impact sur la capacité de la personne difficile à évaluer. Que peut et que doit faire le notaire dans ce cas ? Comment doit-il procéder quand il a des doutes sur la capacité de son client à prendre une décision éclairée, ou quand il se demande si un tiers n'abuserait pas de la vulnérabilité de son client pour obtenir des dispositions à son avantage ?

Gare aux nouveaux clients (786) **!**

Pour forger sa conviction sur l'état de la personne, le mieux reste encore pour le notaire de bien connaître ses clients et leur entourage : une relation suivie et ancienne permet souvent de s'apercevoir de la diminution ou de l'altération des facultés cognitives d'un client ; c'est l'avantage du « notaire de famille ». Cela étant, si cette figure balzacienne est loin d'avoir disparu, chacun sait que la clientèle se montre de nos jours de plus en plus volatile. Ainsi il arrive qu'un notaire soit amené à recevoir un acte pour des clients qu'il connaît peu, voire pas du tout. Certains mauvais esprits peuvent même être tentés de se tourner vers un autre notaire que leur conseil habituel, en nourrissant l'espoir qu'il sera moins porté à déceler la diminution (en raison de l'âge par exemple) d'un proche. C'est pourquoi le notaire doit faire preuve d'une prudence renforcée lorsqu'il est appelé à instrumenter un acte avec un client qu'il ne connaît pas ou peu.

1584 **– La démarche à suivre. –** Confronté à un doute sur les facultés mentales de son client pourtant civilement capable, le notaire doit prendre certaines précautions techniques destinées à lui permettre d'assurer la sécurité et la validité de son acte mais aussi, par ricochet, dans le but d'éviter de voir sa responsabilité professionnelle engagée par la suite. Il s'agit, en premier lieu, de réaliser une première évaluation informelle des capacités du client aux fins de détecter la présence éventuelle de troubles cognitifs. Pour cela, le notaire doit être sensible à certains signes qui doivent éveiller son attention. Mais il doit aussi prendre garde à ne pas tirer de conclusion hâtive de ses observations. Ainsi, une fois les troubles repérés, il est nécessaire, en second lieu, de mesurer leur étendue et donc leur impact sur la capacité du client à effectuer l'acte de manière éclairée. Il s'agit en définitive de poser un diagnostic. Parce que le notaire est un juriste et non un médecin, il ne lui appartient pas d'évaluer les capacités cognitives de ses clients. Il a donc tout intérêt, quand le besoin s'en fait sentir, de déléguer cette tâche à un homme de l'art, dont c'est la compétence, et à solliciter de sa part la délivrance d'un certificat médical. En somme, avant de passer son acte, le notaire doit détecter les signes d'une vulnérabilité susceptible d'affecter le consentement (**Section I**) puis en obtenir la confirmation éventuelle par un professionnel de santé (**Section II**).

(786) V. A. Tani, *Preuve de l'insanité d'esprit et vigilance du notaire* : *JCP* N 5 juill. 2019, n° 27, 1227.

Section I La détection d'une vulnérabilité

1585 **– Brochure de la Fondation Médéric Alzheimer. –** Comme ils n'ont pas de compétence particulière en matière d'appréciation des troubles cognitifs, les notaires doivent, en cas de doute sur la vulnérabilité de leur client, s'en remettre aux professionnels de santé. Reste à savoir dans quel cas demander un avis médical, quel professionnel solliciter et quelles questions lui poser. Pour ce faire, il est vivement conseillé de se référer à la brochure de la Fondation Médéric Alzheimer de 2014 intitulée *Le notaire face aux citoyens en situation de handicap cognitif. Repères pour la pratique* (787). Celle-ci fournit de nombreux et précieux conseils pour aider les notaires à « repérer par eux-mêmes les situations potentiellement problématiques » et à aborder ces questions, qui soulèvent des problèmes juridiques mais aussi éthiques et déontologiques. Comme le souligne cette brochure, dont nous allons reprendre un certain nombre de développements, ces questions, sur lesquelles les notaires sont très peu formés et informés, n'appellent pas de recettes ou réponses toutes faites, valables dans toutes les situations. Mais il est des choses à savoir, des pièges à éviter, des questions à se poser, et des signes qui doivent inciter le notaire à la vigilance. Concrètement, avant de recevoir un acte, le notaire doit repérer, d'une part, l'existence de troubles cognitifs du client et, d'autre part, les signes d'une influence abusive, ce qui va ainsi lui permettre de s'assurer que la disposition est prise de manière éclairée (**Sous-section I**) et libre (**Sous-section II**).

Sous-section I L'aptitude à effectuer un acte de manière éclairée

1586 **– La détection de troubles cognitifs. –** D'une manière générale, le notaire doit se montrer vigilant lorsqu'il reçoit un client afin de repérer d'éventuels troubles cognitifs, et nul doute que les proches peuvent ici être un précieux relais pour forger sa conviction sur l'état de la personne. Cela étant, certains indices peuvent d'emblée le sensibiliser à une éventuelle difficulté concernant l'aptitude de son client à comprendre le sens et la portée de son engagement. Ces indices, s'ils peuvent tenir au contenu même de l'acte (prix dérisoire, multiplication d'actes du même type, volonté manifeste de se dépouiller, *etc.*), sont très généralement liés à l'attitude générale du client, lequel tient, par exemple, des propos incohérents. Ces premiers indices vont alerter le notaire, quand bien même l'acte paraît raisonnable et profitable à son auteur et *a fortiori* si, au rebours, il lui paraît contrevenir aux intérêts de ce dernier.

Ces indices, qui distillent le doute dans l'esprit du notaire, ne sauraient évidemment suffire pour l'enjoindre à se rapprocher d'un professionnel de santé. Il lui faut, au préalable, repérer d'éventuels troubles cognitifs, ce qui n'est pas chose aisée. Certaines personnes ont reçu un diagnostic de maladie d'Alzheimer, mais ne s'en souviennent pas ou ne le disent pas spontanément à leur notaire. D'autres ont des troubles cognitifs mais n'ont pas été diagnostiqués. Plus encore, si dans certaines situations les troubles cognitifs sautent aux yeux, il en va autrement lorsqu'ils sont mineurs, auxquels cas ils peuvent être difficiles à déceler. Même les membres de la famille peuvent passer à côté des premières difficultés, surtout s'ils ne sont pas quotidiennement en contact avec la personne, ce qui est le cas, par exemple, s'ils ont seulement des contacts téléphoniques occasionnels avec elle. En définitive,

(787) Cette brochure est téléchargeable gratuitement sur le site internet de la Fondation : www.fondation-mederic-alzheimer.org (*Defrénois* 15 oct. 2014, nº 117p6, p. 1059).

c'est souvent le fait que la personne ne soit plus capable de réaliser avec la même facilité des tâches qu'elle effectuait aisément par le passé qui révèle la présence de troubles cognitifs. Or, le notaire n'a pas forcément le recul nécessaire pour observer ce type de changement.

Il existe, par ailleurs, plusieurs pièges à éviter, mis en lumière par la brochure de la Fondation Médéric Alzheimer, qui accroissent la difficulté pour le notaire (p. 12). Ainsi le fait qu'un client puisse soutenir une conversation courante ne signifie pas qu'il n'a pas de troubles cognitifs. Comme les routines verbales résistent bien, une personne peut avoir des troubles importants mais rester capable de discuter de choses générales (famille, santé, *etc.*) et donner l'impression fausse que tout va bien.

Par ailleurs, comme la maladie d'Alzheimer laisse longtemps intacte la mémoire des souvenirs anciens, une personne peut donner l'impression d'avoir une excellente mémoire, alors qu'elle ne se souviendra pas de l'entretien quelques minutes plus tard, parce qu'elle a de grandes difficultés à mémoriser les événements récents.

Enfin, il n'est pas rare que les personnes ayant des troubles cognitifs minimisent leurs difficultés ou essaient de les dissimuler. Elles parviennent alors à masquer le fait qu'elles ne savent plus ce qu'elles voulaient dire, ou qu'elles ne comprennent pas le sens d'une question. Comme certains hommes politiques qui éludent les questions embarrassantes, elles détournent la conversation, répondent de manière évasive ou s'en remettent aux autres.

1587 – Les signes révélateurs de troubles cognitifs. – Sur ce point, à nouveau, les notaires pourront lire, avec le plus grand bénéfice, les conseils contenus dans brochure de la Fondation Médéric Alzheimer. Ils y découvriront que le notaire doit être attentif durant l'entretien à la manière dont son client se comporte, communique ses idées, ou effectue des tâches familières. Certains signes devraient lui mettre la puce à l'oreille et l'alerter qu'il y a potentiellement un problème. C'est le cas, en particulier, si le client paraît avoir :

- une apparence physique ou vestimentaire inhabituelle (porte des vêtements mal boutonnés ou inappropriés pour la saison) ;
- des problèmes de mémoire (pose à plusieurs reprises la même question ; paraît avoir oublié des informations données pendant l'entretien) ;
- des difficultés de compréhension ou de raisonnement (a du mal à comprendre les concepts abstraits, à comparer les alternatives ; répond plusieurs fois « à côté de la question ») ;
- des troubles de l'humeur (paraît anxieux, stressé, abattu ou déprimé ; assiste passivement à l'entretien, comme s'il n'était pas concerné) ;
- un comportement ou des propos surprenants (paraît agité, impulsif ou excessivement méfiant ; s'exprime de manière inhabituellement familière ; exprime des idées de préjudice ou de persécution).

C'est aussi le cas si le client paraît avoir des difficultés pour utiliser les objets de la vie courante (prend le stylo dans le mauvais sens, oublie d'enlever le capuchon, confond les documents), communiquer ses idées (emploie plusieurs fois un mot pour un autre ; a beaucoup recours à des périphrases ou à des termes vagues ; s'arrête au milieu des phrases parce qu'il ne trouve plus ses mots) ou se repérer dans le temps ou dans l'espace (commet des erreurs importantes sur les dates ; évoque des personnes décédées comme si elles étaient encore en vie ; donne le sentiment de se sentir perdu, de ne pas savoir où il se trouve).

Enfin, le notaire doit se montrer attentif si le client éprouve des difficultés à rester concentré sur la conversation (a une attention fluctuante, montre rapidement des signes de fatigue ; passe sans transition d'une idée à une autre), à identifier ou reconnaître les personnes (ne paraît pas reconnaître le notaire ou comprendre sa fonction ; ne semble pas bien savoir qui

est la personne qui l'accompagne ; a du mal à identifier les personnes nommées dans l'acte ; commet des erreurs sur les noms ou les liens de parenté).

La brochure souligne qu'aucun de ces signes, considérés isolément, ne permet de conclure à une diminution des capacités intellectuelles du client. Ce n'est que lorsque plusieurs d'entre eux sont présents, et *a fortiori* s'ils paraissent d'apparition récente, qu'ils peuvent être l'indice de capacités cognitives réduites. Le notaire est ainsi invité à se méfier des apparences et à éviter les conclusions hâtives (p. 13). Concrètement, il est notamment souligné que de nombreuses personnes qui avancent en âge ont des problèmes visuels et auditifs qui peuvent, à tort, donner l'impression qu'elles ont des troubles cognitifs. Si le client porte des prothèses visuelles ou auditives, il faut s'assurer qu'il les porte le jour de l'entretien et qu'elles fonctionnent correctement. En outre, plusieurs facteurs peuvent temporairement réduire les capacités cognitives (fatigue, stress, dépression, maladie somatique, dénutrition, prise de médicaments). Il est donc préférable de reporter l'entretien si la personne ne semble pas être au mieux de ses capacités ou paraît confuse ou désorientée car elle n'est pas dans son environnement de vie habituel (parce qu'elle est hospitalisée ou parce qu'elle vient d'entrer en maison de retraite).

Se méfier des stéréotypes sur l'avancée en âge

« La vieillesse n'est pas toujours un naufrage » (788). Comme le souligne la brochure, contrairement à une idée très répandue, l'avancée en âge n'implique pas nécessairement une diminution des facultés intellectuelles. Si certaines personnes développent en vieillissant des déficiences cognitives, de nombreuses personnes âgées conservent leurs capacités intellectuelles jusqu'à la fin de leur vie. Elles peuvent se fatiguer plus rapidement, traiter moins vite certaines informations, mais ces difficultés, normales avec l'âge, ne signifient pas qu'elles souffrent pour autant d'une altération de leurs facultés. Comme tous les citoyens, les personnes qui avancent en âge doivent donc être présumées compétentes jusqu'à preuve du contraire. Sur le plan des principes, il faut donc avoir à l'esprit que la mise en doute de la capacité d'une personne au seul motif qu'elle est âgée ou très âgée – par exemple en lui demandant de produire un certificat médical pour prouver qu'elle est en possession de toutes ses facultés – constitue une rupture d'égalité et une discrimination, car cela revient à la traiter différemment, du seul fait de son âge. Concrètement, il ne saurait donc être question pour le notaire de requérir l'avis d'un professionnel de santé chaque fois qu'il est en présence d'un client âgé, mais seulement quand ce dernier paraît en sus souffrir de troubles cognitifs. Toute autre solution serait du reste bien délicate à mettre en œuvre car, à bien y penser, à partir de quel âge devrait-on considérer que l'avis médical doit être automatiquement recherché ? Ici, à l'évidence, tout est affaire de circonstances, l'état de vulnérabilité d'une personne pouvant certes être lié à son âge, mais aussi à de nombreux autres facteurs : son caractère, la présence de troubles de l'humeur (dépression, anxiété), un isolement social, des problèmes de santé, ou encore un handicap moteur ou sensoriel. Dès lors, on ne saurait ignorer les limites attachées à un raisonnement *in abstracto* s'agissant d'une problématique qui postule, au contraire, un regard « au cas par cas ». Qu'il soit toutefois entendu, dans un souci de réalisme, que dans les faits le respect de ces principes n'exclut nullement, bien au contraire, une vigilance encore plus acérée de la part du notaire. En somme, si le client âgé doit être traité comme n'importe quel client, c'est avec le respect et les précautions précisément liés à son âge.

– L'ampleur des troubles cognitifs. – Une fois repérée la présence de troubles cognitifs, il convient ensuite de s'interroger sur les conséquences de ceux-ci : ont-ils pour effet d'altérer ou d'abolir la capacité du client à effectuer l'acte de manière éclairée ? Selon la brochure, il convient d'avoir à l'esprit, d'une part, que la présence de troubles cognitifs, ou d'un diagnostic de maladie d'Alzheimer, ne permet pas de conclure à l'incapacité d'une **1588**

(788) G. Raoul-Cormeil, *La personne âgée et le risque d'insanité* : *RD sanit. soc.* 2018, p. 790.

personne à effectuer un acte notarié (789) et, d'autre part, qu'il n'existe pas actuellement de test simple permettant de répondre avec certitude à cette question (p. 14).

Dans son appréciation, le notaire doit garder à l'esprit qu'il est rare que les décisions prises par ses clients soient parfaitement rationnelles et qu'il y entre souvent une part d'affectif. Plus généralement, il doit avoir conscience que ce qu'il convient d'apprécier, c'est la capacité du client à prendre une disposition, et non la disposition en elle-même, qui dépend des valeurs et des préférences personnelles du client. Concrètement, il convient de distinguer selon que la disposition est cohérente ou non avec les souhaits antérieurement exprimés par le client (p. 15). Bien évidemment, une attention toute particulière doit être également portée à la situation, lorsque les montants en jeu sont très importants ou si le contexte familial est complexe.

Ce qu'il faut retenir de la détection des troubles cognitifs

Il convient d'avoir à l'esprit que :
- les capacités cognitives sont fluctuantes ;
- les troubles cognitifs débutants ne sont pas faciles à déceler ; qu'ils sont parfois surestimés, ou au contraire sous-estimés, par l'entourage de la personne ;
- la personne peut ne pas être consciente de ses difficultés ou chercher à les dissimuler.

Par ailleurs, si des difficultés semblent présentes, il convient, d'une part, de s'assurer qu'elles ne sont pas liées à des troubles visuels ou auditifs, à une maladie somatique, à un traitement médicamenteux ou à un contexte de crise (hospitalisation, dépression, deuil, entrée en institution...) et, d'autre part, de tenir compte de ces difficultés dans la façon de mener l'entretien et de communiquer avec la personne.

Sous-section II L'aptitude à effectuer un acte de manière libre

1589 – La détection d'une influence abusive. – Être capable de prendre une disposition de manière éclairée n'immunise pas contre l'influence abusive. Une personne peut avoir les capacités requises pour prendre une disposition, mais être sous l'emprise d'un tiers qui la manipule ou lui impose sa volonté. À l'évidence, les personnes en situation de handicap cognitif sont particulièrement vulnérables à l'influence abusive : parce qu'elles risquent de ne pas percevoir que l'on cherche à les tromper ou les manipuler ; et parce que, ayant besoin de l'aide de tiers dans de nombreux aspects de leur vie, elles peuvent avoir du mal à résister aux sollicitations et aux pressions. Avant de recevoir un acte, le notaire ne doit donc pas seulement s'assurer que la disposition est prise de manière éclairée, il doit également vérifier si la disposition est prise librement, si elle reflète bien la volonté propre du client, ou si celui-ci est victime d'une subversion de sa volonté.

La détection d'une influence abusive, peut-être davantage encore que celle des troubles cognitifs, est source de difficultés pour les notaires. Tout d'abord, les auteurs d'une influence abusive font souvent preuve de beaucoup de prudence : ils n'agissent pas au grand jour, opèrent en l'absence de témoins et font en sorte que les pressions et les manipulations qu'ils exercent soient discrètes et difficiles à prouver (790). Ensuite, les victimes d'une influence

(789) La brochure souligne en ce sens que, d'une part, la maladie d'Alzheimer peut aujourd'hui être diagnostiquée à un stade où les troubles, encore légers, n'empêchent pas la personne de prendre certaines dispositions en connaissance de cause et que, d'autre part, comme les handicaps physiques, les difficultés cognitives peuvent parfois être compensées, ou leur impact minimisé, en adoptant une attitude appropriée (p. 6).

(790) Sur le profil des auteurs et les stratégies qu'ils utilisent, V. Brochure préc., p. 8.

abusive s'en plaignent rarement, soit parce qu'elles n'ont pas conscience d'être manipulées, soit parce qu'elles craignent des représailles, soit encore parce que – comme beaucoup de victimes de maltraitance – elles ont honte de la situation. Enfin, il est parfois délicat de distinguer l'influence abusive d'autres phénomènes : favoritisme à l'égard de certains enfants ; volonté de témoigner de l'affection à un tiers qui est devenu pour la personne un substitut de famille ; souhait de récompenser pour son dévouement un membre de la famille qui est plus présent que d'autres ; obéissance à un tiers qui représente pour la personne une figure d'autorité.

1590 **– Les signes révélateurs d'une influence abusive. –** Selon la brochure, pour déceler l'existence d'une influence abusive, le notaire doit être attentif à certains signaux d'alerte :

- le client n'est pas connu du notaire ;
- le bénéficiaire de la disposition a activement participé aux démarches pour voir le notaire ; ce n'est pas le client qui a pris rendez-vous ;
- un tiers a accompagné le client à l'office, il veut absolument assister à l'entretien, prend la parole en premier ou donne l'impression de surveiller ce que dit le client ;
- le client manifeste peu d'intérêt pour l'entretien, ne prend pas vraiment part à la discussion ; il semble craindre de s'exprimer, paraît anxieux, hésitant, peu sûr de lui, ou au contraire semble pressé d'en finir et veut tout régler rapidement, sans discuter ;
- le client modifie substantiellement ses dispositions, sans raison apparente, ou prend des dispositions qui paraissent étonnantes au regard de ses valeurs et préférences passées ;
- des bénéficiaires inattendus apparaissent ou des bénéficiaires « naturels » reçoivent beaucoup moins que l'on ne pourrait attendre.

En outre, le notaire doit redoubler de vigilance si des éléments sont susceptibles de créer une vulnérabilité accrue à l'influence abusive :

- le client a déjà été victime d'actes de maltraitance (physique, psychologique, financière) ou de négligence ;
- il a besoin d'aide pour de nombreux actes de sa vie quotidienne (faire ses courses, se nourrir, s'habiller) ou pour continuer de vivre à son domicile ;
- il reçoit peu de visites ou a peu de contacts avec les personnes qui pourraient le conseiller parce qu'il a des difficultés pour se déplacer, ou parce que ses proches habitent loin ou sont décédés ;
- il a récemment rompu ses liens avec ceux qui avaient autrefois sa confiance ou place une grande confiance dans une personne rencontrée depuis peu ;
- il est fatigué, déprimé, ou paraît confus et désorienté parce qu'il n'est pas dans son environnement de vie habituel ou parce qu'il a des problèmes de santé importants ;
- des changements significatifs sont intervenus dans sa vie (décès d'un proche qui jouait un grand rôle auprès de lui) ou des tensions sont apparues dans sa famille (compétition entre ses enfants pour savoir qui est le plus aidant ou le plus aimant).

Aucun de ces éléments pris isolément ne permet de conclure que le client est victime d'une influence abusive. En revanche, si plusieurs de ces éléments sont présents, le notaire a intérêt à s'assurer que son client comprend ce qui se passe, qu'il a la maîtrise des décisions prises et qu'il n'a pas modifié l'appréciation qu'il avait de ses proches du fait d'influences externes.

Comment établir que la disposition est prise librement ?

La règle d'or, pour minimiser les risques d'influence abusive, consiste pour le notaire à **recevoir son client seul**, au moins pendant un moment, même si celui-ci vient accompagné à l'office. Lorsque les souhaits du client ont été initialement relayés par un tiers, ceux-ci devraient ainsi toujours être confirmés par le client lui-même, au cours d'un entretien en privé. Ce n'est qu'en

s'entretenant seul à seul avec son client que le notaire pourra apprécier au plus juste ses capacités et vérifier qu'il ne fait pas l'objet de pressions ou d'une manipulation.
Partant, quand un tiers a accompagné le client à l'office, le notaire devrait expliquer pourquoi il souhaite s'entretenir seul pendant un moment avec son client. Ces explications devraient tenir compte de l'anxiété que cette demande risque de susciter chez le client, qui peut se sentir rassuré par la présence d'un proche, et de la surprise qu'elle risque d'occasionner chez la personne qui l'accompagne. Le notaire doit expliquer au client et à son accompagnant qu'ils ne doivent pas s'inquiéter ou se sentir offensés par cette demande, qui est dans leur intérêt, surtout si l'accompagnant est l'un des bénéficiaires de la disposition, ou s'il est très impliqué auprès du client.
Une autre précaution utile consiste à ne pas se contenter d'un entretien unique, mais à **revoir le client** quelques jours ou semaines plus tard, pour confirmer sa volonté de prendre la disposition envisagée. Le notaire aura alors parfois intérêt à se rendre au domicile du client pour le voir **dans son environnement** de vie, se faire une idée plus précise de la situation et « sentir » comment les choses se passent au quotidien. Dans certains cas, une visite impromptue peut être plus éclairante.

Section II La confirmation d'une vulnérabilité

1591 **– Le rôle d'un professionnel de santé. –** Une fois détectés d'éventuels troubles du consentement de son client, il n'appartient pas aux notaires de poser des diagnostics. Faire passer des tests cognitifs, même simples, requiert des compétences spécifiques ; c'est pourquoi seuls les professionnels de santé y sont habilités. Lorsqu'il a des doutes sur la capacité de discernement de son client, il appartient au notaire de solliciter un certificat médical (**Sous-section I**), ce qui va non seulement lui permettre de sécuriser son acte mais aussi le prémunir contre une éventuelle action en responsabilité (**Sous-section II**).

Sous-section I Le recours à un certificat médical

1592 **– Plan. –** Cette étape suppose que l'on s'intéresse à la nature du recours (**§ I**) et à la relation avec le médecin (**§ II**).

§ I La nature du recours

1593 **– Un recours indispensable. –** La détection d'éventuels troubles du discernement est affaire de clairvoyance, mais le diagnostic d'une véritable altération des facultés mentales est une question de compétence. C'est pourquoi le doute ressenti par le notaire doit être corroboré ou infirmé par un homme de l'art. À l'évidence, le doute en question doit être sérieux dans la mesure où, compte tenu des inconvénients susceptibles d'être engendrés par la demande d'avis médical, qui va indubitablement allonger les délais au point de constituer parfois un obstacle rédhibitoire à la signature de l'acte envisagé, le notaire n'a intérêt à y recourir que de manière sélective, au cas par cas, et avec prudence. Sous peine de perdre de vue l'obligation qui est la sienne de sécuriser son acte et accessoirement de voir éventuellement sa responsabilité professionnelle mise en cause, il ne doit cependant céder à aucune pression : ni celle de son client ou de ses proches, ni celle des autres parties à l'acte, ni même celle de ses confrères.

Il est souvent opposé qu'un avis médical ne constitue nullement une garantie contre une annulation de l'acte et, bien plus, que le certificat médical peut même être utilisé comme un élément indiquant que le notaire avait des doutes sur la capacité de son client, ce qui, à notre sens, est inaudible. C'est effectivement et précisément lorsque le notaire éprouve des doutes qu'il doit s'enquérir de l'avis d'un professionnel de santé. Face à la certitude de la sanité ou de l'insanité d'esprit, un tel avis est superflu. Il s'agit, serait-on tenté de dire, d'un mal nécessaire, car quelle autre solution préconiser en pareil cas ? **Retirer, ou même restreindre la faculté pour les notaires en proie aux doutes de s'appuyer sur l'avis autorisé d'un médecin, c'est prendre le risque évident de favoriser le développement d'une pratique, qui consisterait pour eux à refuser systématiquement d'instrumenter en présence d'une situation de « zone grise », ce qui tendrait à consacrer une incapacité de fait généralisée inacceptable et stigmatisante pour certains de nos concitoyens, déjà malmenés par la vie et/ou ayant atteint un certain âge.** Le débat n'a pas lieu d'être et le cheminement doit être clairement identifié qui consiste pour le notaire confronté à un doute sur l'existence d'une vulnérabilité liée à des troubles cognitifs à solliciter un certificat médical.

1594 **– Un recours conditionné. –** L'obtention d'un certificat médical ne peut se concevoir qu'avec l'assentiment du client, ce qui doit inciter le notaire à faire preuve de pédagogie. Concrètement, il appartient à ce dernier d'informer au préalable le client des avantages mais aussi des inconvénients potentiels de cette démarche en des termes appropriés à ses facultés de compréhension (791). Néanmoins, il faut en convenir, suggérer à un client, présumé capable, d'obtenir un certificat médical peut s'avérer embarrassant pour le notaire, à moins que le client ne soit conscient de ses difficultés. Dans ce cas, en effet, il peut souhaiter lui-même qu'un spécialiste procède à un examen formel de ses capacités afin de lever les doutes. Mais, le plus souvent, il est peu conscient de ses troubles, anxieux à l'idée que l'on évalue ses facultés, ou réticent à consulter un professionnel de santé. Le client, qui a placé sa confiance dans le notaire, risque alors d'être choqué par cette demande et de l'interpréter comme une remise en cause vexatoire, dérangeante, voire discriminante de ses capacités. C'est pourquoi le notaire doit prendre soin d'expliquer au client que cette démarche répond en réalité à un objectif de protection et que l'obtention du certificat constituera un moyen de preuve de sa capacité de discernement et renforcera la sécurité de l'acte. Face à un client particulièrement réticent, le notaire devra, toujours avec un maximum de tact et de délicatesse, mais aussi avec fermeté, lui expliquer qu'il s'agit d'un passage obligé en vue de passer l'acte souhaité, à défaut duquel il refusera d'instrumenter.

§ II La relation avec le médecin

1595 **– Le choix du médecin. –** Si le notaire estime nécessaire que son client rencontre un médecin, deux types d'avis peuvent être sollicités. Chacun d'eux présente des avantages et des inconvénients potentiels, étant ici précisé que dans les deux cas les frais seront à la charge du client.

La première solution consiste à demander au client de prendre rendez-vous avec son médecin traitant ou référent. Il peut s'agir de son médecin généraliste, du spécialiste (neurologue, gériatre, psychiatre) de la consultation mémoire où il est suivi, ou du médecin coordonnateur de la maison de retraite dans laquelle il réside. En général, ces professionnels connaissent non seulement l'état de santé général du client, mais aussi son environnement

(791) Pour des conseils pratiques sur la façon d'aborder avec le client le fait qu'un avis médical pourrait être utile, V. Fondation Médéric Alzheimer, Brochure préc., spéc. p. 15.

social et son contexte de vie. Ils pourront peut-être alerter le notaire si des éléments médicaux (maladie somatique, troubles psychiques, traitements médicamenteux) ou un événement récent (deuil, hospitalisation, changement de lieu de vie) sont susceptibles de réduire momentanément les capacités du client, ou de créer chez lui une vulnérabilité particulière à l'influence abusive.

La seconde solution consiste à demander au client de prendre rendez-vous avec un médecin habilité à établir des certificats médicaux circonstanciés dans le cadre des demandes de tutelle ou de curatelle, et dont le nom figure sur une liste établie par le procureur de la République et disponible au greffe du tribunal d'instance. Ces médecins sont davantage habitués à effectuer des expertises médico-légales. Ils ont normalement une certaine expérience du vocabulaire juridique. Et si le médecin choisi se trouve être neurologue, gériatre ou psychiatre, ce qui est bien évidemment souhaitable, il pourra indiquer au notaire si des troubles cognitifs sont présents et s'ils sont susceptibles d'avoir un impact sur l'aptitude du client à prendre la disposition qu'il envisage.

Au médecin traitant, considéré parfois, à tort ou à raison, comme trop proche des familles et trop impliqué auprès d'un patient qu'il suit souvent depuis plusieurs années, nous privilégions le recours à un médecin inscrit sur la liste des experts, insensible à d'éventuelles pressions familiales et dénué d'un affect trop prononcé à l'égard d'un patient qu'il ne connaît pas. L'examen requis par le notaire est essentiel et le diagnostic peut être délicat à révéler au patient : il s'agit de se positionner sur la capacité ou non de ce dernier à exercer ses droits, ce qui peut déboucher à bref délai, dans la négative, sur la mise en place d'un régime de protection organisé. C'est pourquoi, à notre sens, l'examen doit être pratiqué par des médecins dont le positionnement est clair et dont la compétence, la légitimité et l'objectivité ne souffrent d'aucune discussion. On rajoutera qu'en pratique, il est souvent difficile de savoir exactement qui est le médecin traitant ou référent de la personne : est-ce le médecin généraliste, ou le psychiatre, ou le neurologue ? Est-ce le médecin psychiatre qui le suit à titre personnel ou celui qu'il consulte en centre médico-psychologique ? Enfin, on le sait, les notaires rencontrent de réelles difficultés pour obtenir un avis pertinent et circonstancié de la part des médecins et le phénomène est davantage marqué encore s'agissant des médecins traitants, sûrement parce qu'ils sont moins confrontés dans leur pratique quotidienne et donc moins aguerris à ce type de demande spécifique.

Si, pour toutes ces raisons, le recours à un médecin agréé paraît s'imposer, il n'en reste pas moins que l'avis du médecin traitant ou référent demeure précieux. Dans les faits, l'examen clinique peut conduire le médecin expert à rechercher des antécédents personnels ou familiaux de la personne et donc à contacter le médecin traitant, voire les médecins qui ont eu à connaître de la personne, notamment à l'occasion d'une hospitalisation. Ces éclairages peuvent être essentiels pour apprécier la réalité d'un trouble cognitif et la capacité de la personne concernée à passer l'acte envisagé. Selon nous, de la faculté des deux médecins à travailler de concert dépendent, dans une très large mesure, non seulement l'exactitude du diagnostic, mais également la possibilité pour le notaire d'obtenir un avis concret et adapté dans un temps parfois très court que les décisions à caractère personnel requièrent très souvent.

1596 – L'échange avec le médecin. – Comme ils n'ont pas de compétence particulière en matière d'appréciation des troubles cognitifs, les notaires doivent s'en remettre aux professionnels de santé. Mais ceux-ci n'ont pas tous été formés à évaluer la capacité d'une personne à effectuer un acte notarié. Pour que la nécessaire collaboration entre notaires et professionnels de santé soit efficace et respecte les obligations légales et déontologiques des deux professions, il convient donc d'en préciser les modalités.

Pour sa part, le notaire doit indiquer clairement les questions qu'il se pose et les informations dont il a besoin afin que le médecin comprenne bien la finalité de l'évaluation demandée. Concrètement, le premier doit expliquer au second, en évitant le jargon juridique, quel est l'objet de l'avis sollicité, lequel n'a pas vocation à s'intéresser, d'une manière générale, à l'état de santé de la personne, mais, plus précisément, à l'impact de ses problèmes de santé éventuels sur sa capacité à effectuer un acte donné. À notre sens, la raison d'être de l'évaluation doit donc être explicitée par écrit. Le soin avec lequel le notaire formule ses questions détermine l'utilité de l'évaluation. Le notaire doit cependant prendre garde à ne transmettre au médecin que les éléments strictement nécessaires à l'évaluation et devra obtenir le consentement exprès de son client pour communiquer ces éléments au médecin. Lorsque la situation est complexe, on pourrait également songer à ce que le notaire s'entretienne oralement avec le médecin, avant que celui-ci ne mette ses constatations par écrit.

Éléments à communiquer par le notaire au médecin (792)

1. Éléments relatifs au contexte de la demande
- Quel acte le client souhaite-t-il réaliser ?
- Est-ce un ancien ou un nouveau client ?
- Pourquoi un avis médical est-il sollicité ?

2. Interrogations soulevées
- Le client est-il capable d'apprécier sa situation financière et familiale (par ex., de différencier ses enfants et ses neveux) ?
- Le client est-il capable de comprendre la nature et les conséquences de l'acte qu'il souhaite effectuer (par ex., de retenir les informations utiles le temps de prendre sa décision) ?
- Y a-t-il des facteurs (médicaux, psychologiques ou sociaux) qui réduisent temporairement ses facultés ou qui le rendent particulièrement vulnérable à la manipulation ou aux pressions ?
- Comment l'aider à prendre la disposition souhaitée ? Comment soutenir l'expression de sa volonté ?

De son côté, le médecin, pour que son rapport soit utile au notaire, doit s'astreindre à une rédaction tout à la fois précise et accessible pour le profane, c'est-à-dire sans descriptions cliniques et techniques incompréhensibles. Le rapport doit être complet, et surtout il doit apporter des éléments de réponse aux questions que se pose le notaire. Il doit être clair dans l'esprit du médecin que ce qui intéresse le notaire, ce n'est pas de connaître le diagnostic de son client ou l'état de ses fonctions cognitives en tant que telles, mais de savoir si ses problèmes de santé éventuels peuvent avoir un impact sur sa capacité à effectuer l'acte envisagé de manière éclairée, ou créer chez lui une vulnérabilité particulière à l'influence abusive.

1597 **– La fin de non-recevoir du médecin. –** Le médecin sollicité doit obtenir le consentement exprès de la personne avant d'évaluer ses capacités et de communiquer ses constatations au notaire. Il n'en reste pas moins que les professionnels de santé sont – comme les notaires – soumis à des règles très strictes en matière de confidentialité. Le médecin saisi pourrait ainsi être tenté d'opposer une fin de non-recevoir à la demande du notaire, en faisant valoir que le certificat sollicité ne fait pas partie des certificats obligatoires et que, les informations demandées étant couvertes par le secret médical (C. santé publ., art. L. 1110-4), il ne lui appartient pas de les révéler, même si son patient y consent.

(792) V. Fondation Médéric Alzheimer, Brochure préc., spéc. p. 19.

On sait que le secret dû par le médecin à son patient est général, absolu, et qu'il couvre tout ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession. Il convient toutefois de retenir la finalité de l'obligation du médecin au secret professionnel. Si l'intérêt de la personne est en jeu, et qu'il s'agit d'assurer sa protection, le secret doit être levé. C'est ici faire référence au principe de légitimité, consacré en jurisprudence, selon lequel la révélation d'informations relevant du secret médical est admise lorsqu'elle procède d'un motif légitime (793). Il s'agit, par ce biais, de permettre la coexistence de cette liberté fondamentale qu'est le droit au secret médical avec d'autres libertés ou droits légitimes qui ne sauraient être privés d'effets par le secret.

Le principe de légitimité est assorti d'une composante majeure qu'est la proportionnalité de la révélation à sa finalité. Le médecin peut dire ce qui est indispensable à l'intérêt légitime de celui qui lui fait la demande, mais rien au-delà. En la matière, le certificat médical qui est destiné au notaire n'est ni plus ni moins qu'un certificat d'aptitude à passer un acte déterminé, lequel ne nécessite pas de dévoiler l'intimité de la personne concernée. En ce sens, la révélation d'informations relevant du secret médical paraît ici parfaitement « calibrée » à sa finalité, *a fortiori* si l'on songe que le professionnel destinataire desdites informations est un officier public, lui-même soumis à un devoir de confidentialité.

En somme, il nous semble que le médecin ne saurait se retrancher derrière le secret médical pour refuser de fournir des éléments d'information au notaire.

À vrai dire, dans les faits, la question se pose rarement dans la mesure où le certificat n'est pas délivré directement au notaire, mais à la personne concernée, ce qui permet d'esquiver la problématique liée au secret médical. On sait, en effet, que ce dernier n'est pas opposable au patient lui-même, à l'égard duquel le médecin est tenu d'une obligation d'information, et à qui il peut ou doit délivrer des certificats médicaux dont l'intéressé a le libre usage.

Il n'en reste pas moins qu'en l'état, il convient de le rappeler, le notaire ne bénéficie d'aucun pouvoir de communication puisqu'il ne fait pas partie des personnes au profit desquelles le médecin est autorisé par la loi à s'abstraire de son obligation.

Sous-section II Les effets du certificat médical

1598 – Double intérêt. – Le recours à un certificat médical permet au notaire de prendre une décision éclairée par l'expertise d'un professionnel de santé, dans l'intérêt du vulnérable, ainsi protégé contre lui-même et contre autrui (**§ I**). Il va ainsi sécuriser l'acte qu'il reçoit et accessoirement évincer les risques attachés à une responsabilité civile professionnelle, que l'on sait, en la matière, particulièrement renforcée (**§ II**).

§ I Une prise de décision éclairée

1599 – L'importance du jugement du notaire. – Une fois le certificat médical en main, le notaire dispose des informations qui lui permettent d'affiner son jugement et de déterminer la conduite à tenir. Il est toutefois important de souligner qu'au bout du compte, c'est à lui, et non au médecin saisi, qu'il revient – en confrontant les données médicales, les critères légaux et les éléments liés au contexte – de déterminer si son client est capable d'effectuer l'acte de manière éclairée, et s'il prend la disposition librement. Selon qu'il a l'intime

(793) V. P. Sargos, *Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical* : *JCP* G 2004, I, 187.

conviction que le client paraît ou non disposer de la capacité requise, il va passer l'acte ou, au contraire, refuser d'instrumenter.

L'intervention de témoins

Il est classiquement enseigné que la production de ce certificat médical peut être confortée par l'intervention à l'acte de témoins, qui confirmeront que le client est sain d'esprit. Il s'agit ici *de lege lata* de conseiller au client qui souhaite léguer ses biens de recourir au testament authentique (794). Il pourrait également être question *de lege ferenda* d'emprunter ce formalisme pour des actes où pourtant il n'est pas nécessaire. Comme il a déjà été souligné lors du 102e Congrès des notaires de France (795), il convient d'avoir à l'esprit que jamais ce formalisme ajouté n'apportera une validité supplémentaire et assurée à l'acte. Du reste, cette pratique de faire intervenir des témoins, parfois un membre du personnel soignant, outre l'aspect vexatoire qu'elle peut emporter pour la personne concernée, semble d'une efficacité réduite dans la mesure où les tribunaux n'hésitent pas à annuler un testament authentique pour insanité d'esprit, malgré l'intervention de deux témoins. Il ne peut s'agir là que d'une mesure supplémentaire de nature à constituer un faisceau d'indices, de présomptions sérieuses et concordantes justifiant de l'état d'une situation à un instant donné, mais on peut aussi imaginer l'effet contraire : en ayant demandé l'intervention de témoins, le notaire a démontré qu'il avait encore un doute sur la capacité du contractant, en dépit du certificat médical obtenu. L'arme, à double tranchant, est donc à utiliser avec parcimonie.

1600 **– Le refus d'instrumenter. –** Si le client ne paraît pas en situation d'effectuer l'acte de manière libre et éclairée, le notaire doit refuser de recevoir l'acte. La solution ne souffre d'aucune discussion, ni en droit, puisque l'article 3 du règlement national des notaires précise qu'il est « tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser pour l'établissement d'actes ou de conventions impliquant des personnes ne paraissant pas jouir de leur libre arbitre », ni dans les faits, en dépit, le cas échéant, des pressions qui peuvent s'exercer sur ses épaules par des proches, potentiellement bénéficiaires d'une libéralité, ou des tiers, désireux d'acquérir un bien qui peuvent être décontenancés, voire même furieux de ne pas signer l'acte espéré.

Dans certains cas se pose la question de savoir si, au-delà, le notaire a le droit, voire le devoir de signaler ce qu'il a constaté. La question est difficile, car le secret dû par le notaire à son client est général et absolu. Deux situations peuvent être distinguées (796) :

- d'une part, si le notaire constate que le client, qui ne fait pas l'objet d'une mesure de protection juridique, a des troubles cognitifs qui le rendent vulnérable aux pressions ou aux manipulations, ou qui le conduisent à prendre des décisions contraires à son intérêt, voire à ne plus être capable de gérer seul ses biens, il peut être de sa responsabilité – en particulier si la personne est socialement isolée et si elle refuse de consulter un médecin – d'alerter les proches pour le sensibiliser à l'intérêt de demander la mise en place d'une mesure de protection, voire le procureur de la République afin que celui-ci apprécie l'opportunité de demander l'ouverture d'une telle mesure ;

(794) Plus encore, il nous semble que la confection d'un testament authentique en présence de deux notaires est à privilégier en pareille occurrence, étant ici rappelé que l'annulation d'un testament authentique rédigé dans ces conditions est extrêmement rare. V., en ce sens, G. Bonnet et D. Vincent, 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, *La sécurité juridique, un défi authentique*.

(795) V. 102e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, *Les personnes vulnérables*, no 2211, par J. Klein et F. Gemignani.

(796) V. Fondation Médéric Alzheimer, Brochure préc., spéc. p. 20.

- d'autre part, bien qu'il soit tenu au secret professionnel, si le notaire constate ou a des raisons légitimes de craindre que son client fait l'objet d'une maltraitance ou d'une négligence, et que celle-ci entraîne une privation ou des sévices, il est de son devoir de saisir une autorité administrative ou le procureur de la République (C. pén., art. 226-14). Il peut être ici précisé que l'accord du client faisant l'objet d'une maltraitance ou d'une négligence n'est pas requis dès lors que celui-ci n'est pas en mesure de se protéger lui-même, en raison d'une incapacité physique ou psychique.

1601 – Le passage à l'acte. – Si les doutes sur la capacité du client ont été levés par le médecin et qu'il estime en son for intérieur que celui-ci peut exprimer une volonté libre et éclairée, le notaire pourra procéder à l'acte, en prenant le cas échéant les précautions nécessaires.

On songe notamment à l'hypothèse où, en dépit de la présence de troubles cognitifs diagnostiqués, le notaire estime que ces troubles n'ont pas pour effet d'empêcher son client d'exprimer un consentement lucide à l'acte envisagé. Comme le souligne la brochure de la Fondation Médéric Alzheimer, il serait en effet erroné de postuler que les personnes qui ont des troubles cognitifs sont nécessairement incapables d'effectuer un acte notarié (797). Tout d'abord, la maladie d'Alzheimer peut aujourd'hui être diagnostiquée à un stade où les troubles, encore légers, n'empêchent pas la personne de prendre certaines dispositions en connaissance de cause. Ensuite, comme les handicaps physiques, les difficultés cognitives peuvent parfois être compensées, ou leur impact minimisé, en adoptant une attitude appropriée. Enfin, il faut toujours évaluer la capacité du client *in concreto*, c'est-à-dire à l'aune de la nature et de la complexité de la disposition précise qui est envisagée (798).

Une autre situation problématique peut survenir si le notaire pense que son client est capable d'effectuer l'acte (par ex., la vente d'un bien immobilier), mais a des raisons légitimes de penser que celui-ci sera dépassé par les implications concrètes de l'acte (gérer l'argent tiré de la vente). Dans ce cas, même s'il estime que la décision de son client est libre et éclairée, le notaire pourra être amené à entreprendre des démarches pour assurer la protection de son client.

Critères de la capacité à effectuer un acte de manière éclairée

Par le passé, on a pu considérer qu'un âge avancé, ou un diagnostic de démence étaient synonymes d'incapacité. À l'heure actuelle, la capacité est évaluée en examinant certaines aptitudes fonctionnelles bien déterminées. Ainsi, pour être reconnue capable de prendre une disposition, on considère généralement qu'une personne doit pouvoir (le cas échéant avec une aide) :

- apprécier à grands traits sa situation personnelle et financière ;
- comprendre qu'elle est face à un choix (il existe plusieurs options, y compris celle de ne pas effectuer l'acte) ;
- comprendre en quoi consiste la disposition envisagée et quelles sont ses conséquences prévisibles pour elle-même et pour autrui ;
- indiquer clairement et avec constance quelles sont ses volontés.

Dans certains cas, on attendra aussi que la personne puisse expliquer les raisons qui l'ont conduite à vouloir prendre cette disposition. Enfin, d'une manière générale, il ne faut pas hésiter à demander au client de redire avec ses propres mots ce qu'il a compris de la signification de l'acte et s'assurer qu'il en a bien compris chacune des implications concrètes. Par exemple, dans le cas d'une donation, il peut être utile d'accentuer le propos : « le bien ne sera plus à vous dès maintenant ; il ne sera plus jamais à vous (...) ».

(797) V. Fondation Médéric Alzheimer, Brochure préc., spéc. p. 7.
(798) *Ibid*.

– Une sécurité de l'acte renforcée. – Une fois l'acte passé, il faut avoir conscience que le recours à un certificat médical ne préserve pas d'une action en nullité. Il constitue un commencement de preuve par écrit dont la valeur sera fixée ultérieurement par les juges du fond en cas de procès. Cela étant, si cette pratique ne constitue pas une garantie absolue, le choix judicieux de recourir à un avis médical, réalisé en fonction du cas d'espèce, conforte une appréciation qui sera alors moins exposée à la critique, par le biais de l'exercice d'une action en nullité. La question de la capacité du client aura été évoquée, réfléchie puis tranchée par le notaire, à l'aune d'un diagnostic posé par un professionnel de santé. Finalement, en termes de probabilités, la certitude d'un acte correctement et valablement établi est plus grande. Corrélativement, les risques d'une remise en cause sont minimisés. En ce sens, cette démarche présente indéniablement l'intérêt *de lege lata* de sécuriser l'acte reçu. **1602**

De lege ferenda, on peut espérer qu'elle dissuade les magistrats, en présence d'un certificat médical complet, précis et clair, de la tentation de réécrire l'histoire en remettant en cause rétrospectivement le diagnostic alors posé sur la foi d'expertises réalisées plusieurs années après. En présence d'un certificat circonstancié, contemporain à l'acte, *a fortiori* s'il est conforté par le témoignage corroborant du notaire instrumentaire, une présomption de sanité d'esprit doit s'imposer au juge, susceptible de n'être renversée qu'en présence d'une preuve irréfutable d'un trouble survenu soudainement, de manière imprévisible et irrésistible, ayant finalement altéré la capacité de la personne à effectuer l'acte litigieux. La prudence du notaire, associée à la compétence du médecin, doit être le gage d'une sécurité accrue. Bien évidemment, au rebours, un acte passé de manière légère, en se basant sur un certificat trop général ou superficiel ne saurait prétendre à un tel effet.

§ II Un risque de responsabilité évincé

À nos yeux, les effets attachés au recours au certificat médical ne sauraient souffrir de la moindre ambiguïté : **confronté à un doute sérieux sur la faculté de discernement de son client, le notaire ayant fait preuve de toute la prudence que requiert son ministère en faisant appel à l'expertise d'un professionnel de santé, sa responsabilité doit être exclue**. Ce souhait, exprimé sous la forme d'une affirmation péremptoire et nécessairement subjective, est conforté, ce qui est réconfortant, par l'examen du droit positif. **1603**

– La responsabilité civile. – En raison de sa qualité d'officier public, le notaire a l'obligation d'assurer la sécurité et la validité de ses actes (799), ce qui lui impose une obligation de vigilance accrue et inspire aux magistrats des solutions qui paraissent particulièrement sévères en terme de responsabilité civile professionnelle. **1604**

Le contrôle de la capacité des parties contractantes est évidemment indispensable, car précisément la validité de son acte en dépend. À l'évidence, ce contrôle est particulièrement difficile en présence d'une personne qui n'a fait l'objet d'aucune mesure de protection organisée. À cet égard, il faut le souligner à nouveau : le notaire n'est pas tenu de vérifier l'état psychique d'un contractant lorsque aucun indice ne permet de suspecter ses facultés mentales. Le notaire n'est pas un médecin spécialiste : il doit certes avoir de la psychologie, mais il n'est ni psychiatre ni gériatre. Il doit, par principe, se fier aux apparences et n'a pas à pousser plus loin ses investigations. Telle est d'ailleurs la position adoptée par la Cour de

(799) V., par ex., Cass. 1re civ., 14 nov. 2012, no 11-24.726 : *Bull. civ.* 2012, I, no 241.

cassation, qui estime que le notaire n'est pas responsable de la nullité d'un acte tenant à l'insanité mentale de l'une des parties, lorsque aucune circonstance particulière ne permettait de la mettre en doute (800).

En revanche, et la jurisprudence est également constante en ce sens, quand il existe un doute sérieux sur l'état mental de l'un des contractants, le notaire doit se montrer particulièrement prudent et diligent. Si la Cour de cassation ne précise pas les signes objectifs qui doivent alerter le notaire – il est vrai que le grand âge, l'aspect physique ou encore les pertes de mémoire sont autant d'éléments sujets à interprétation –, elle identifie cependant les circonstances particulières dont l'existence doit permettre au notaire de mettre en doute les facultés mentales de son client. Ainsi les hauts magistrats exigent une attention toute particulière du notaire en présence d'éléments révélateurs d'une situation contraire à la normalité (801) ou lorsque l'altération des facultés mentales est notoire (802). La rigueur jurisprudentielle est plus prégnante encore à l'égard du notaire de famille à qui, en raison de l'ancienneté de ses relations avec le client, on pardonnera difficilement d'avoir ignoré la dégradation de l'état mental de ce dernier (803). Le caractère gratuit ou disproportionné de l'acte ou encore la connaissance de vives tensions au sein de la famille sont encore autant d'indices, qui doivent pousser le notaire, selon les magistrats, à une vigilance accrue.

En l'état du droit positif, et sauf à refuser d'instrumenter, un seul moyen subsiste pour que l'officier public échappe à une éventuelle responsabilité, laquelle consiste à solliciter l'avis d'un homme de l'art. En effet, la Cour de cassation décide que la consultation du médecin traitant ou d'un spécialiste est en principe une précaution suffisante, qui exonère le notaire de sa responsabilité (804), à moins que des circonstances particulières lui permettent de douter des facultés mentales de son client. Ce qui est condamnable, aux yeux des magistrats, c'est l'absence de précaution. Autrement dit, en présence d'indices témoignant d'éventuels troubles cognitifs ou d'une possible influence abusive, le notaire est soumis à un « devoir de curiosité » (805). En sollicitant l'avis d'un professionnel de santé, et à condition de ne pas instrumenter un acte de manière légère, en se basant sur un certificat trop général ou superficiel, la démarche du notaire rédacteur répond à l'exigence prétorienne et évince le risque de responsabilité pesant sur lui.

(800) Cass. 1re civ., 9 févr. 1999, nº 97-10.317, non publié au bulletin : *Defrénois* 1999, art. 37008, nº 49, p. 758, note J.-L. Aubert.

(801) V. Cass. 1re civ., 30 mai 1995, nº 93-13.758 : *Bull. civ.* 1995, I, nº 226 ; *RTD civ.* 1996, 384, obs. J. Mestre, qui constate qu'il existait différents indices, et notamment la présence de membres de l'Adapei aux côtés du cocontractant, qui auraient dû alerter le notaire sur l'existence d'un risque d'annulation de son acte.

(802) V. Cass. 1re civ., 13 nov. 1998, nº 95-19.686 : *Bull. civ.* 1998, I nº 309 ; *Defrénois* 1998, 356, note J.-L. Aubert, qui approuve des juges du fond, lesquels « après avoir relevé la notoriété et l'ancienneté de la déficience mentale de MM. Ch. et M. Y..., en considération de témoignages divers et de certificats médicaux, et constaté la faiblesse d'esprit de ces personnes qui ne possédaient pas les facultés nécessaires pour apprécier la portée de leurs engagements (...) » énoncent « qu'il résulte de l'ensemble des documents examinés que l'altération mentale des deux frères existait avant la signature de l'acte notarié et que ces troubles étaient manifestes, même pour une personne dépourvue de connaissance dans le domaine médical, de sorte que le notaire ne pouvait pas ne pas s'apercevoir de cet état (...) ».

(803) Cass. 1re civ., 24 févr. 1998, nº 95-21.473 : *Bull. civ.* 1998, I, nº 73 ; *JCP* G 1998, II, 10118, note Th. Fossier ; *Defrénois* 1998, art. 36860, obs. J. Massip ; *LPA* 22 févr. 1999, p. 7, note J. Massip.

(804) V. Cass. 1re civ., 18 déc. 1984, nº 83-13.908 : *Bull. civ.* 1984, I, nº 339 ; *Defrénois* 1985, art. 33535, obs. J. Massip.

(805) L'expression est empruntée au professeur M. Mekki, obs. ss Cass. 1re civ., 2 oct. 2013, nº 12-24.754 : *Bull. civ.* 2013, I, nº 96 ; *JCP* N 2013, nº 49, 1282, spéc. nº 20.

Attention aux procurations !

Par une affirmation générale, dénuée de toute ambiguïté, la Cour de cassation considère que le notaire a l'obligation de vérifier la capacité juridique des contractants dont dépend la validité de l'acte qu'il reçoit et authentifie, **spécialement** lorsqu'une partie est représentée par un mandataire, et qu'en cas de doute il doit alors prendre toutes les précautions nécessaires afin de conférer sa pleine efficacité audit acte (806). Conformément à cette pétition de principe, on constate que l'existence d'une procuration est souvent une donnée prise en compte par les juges pour justifier une vigilance plus importante encore de la part du notaire (807). Plusieurs raisons militent en ce sens. Tout d'abord, en pareille occurrence, le notaire ne rencontre pas le client physiquement, en tout cas pas au moment de la signature de l'acte, ce qui l'empêche *de facto* de vérifier si celui-ci présente ou non des troubles cognitifs à ce moment précis. Ensuite, la procuration est signée en dehors de sa présence, ce qui le rend au surplus dans l'incapacité de déceler l'existence d'une influence abusive d'un tiers. Enfin, le recours à la procuration peut être le signe en lui-même d'une éventuelle vulnérabilité, qu'il soit lié à des motifs légitimes, tels que la difficulté à se déplacer ou la crainte de se présenter seul, sans l'assistance d'un tiers, au rendez-vous de signature, ou, plus encore, quand ce n'est pas le cas. La procuration, *a fortiori* lorsqu'elle est inutile et non justifiée, notamment en l'absence d'éloignement géographique ou de contraintes professionnelles, doit donc inciter le notaire à rester sur ses gardes (808). Si la solution de prudence consiste *a minima* à rencontrer personnellement le client à l'étude, voire à se déplacer sur son lieu de vie, aux fins de s'assurer de sa capacité, il ne faut pas hésiter à recourir, en pareille occurrence, à une procuration authentique. C'est du reste une pratique répandue dans la profession, notamment lorsque le cocontractant à l'acte, que le notaire rédacteur – très généralement – ne connaît pas, est une personne âgée. En pareil cas, il est évident que le notaire instrumentaire doit faire preuve d'une vigilance encore renforcée et ne pas se contenter, à notre sens, de demander une certification de la signature auprès de la mairie ou d'un confrère. Plus prudemment, il doit demander au client en question de se rapprocher de son notaire habituel, ou de tout notaire de son choix, en vue de l'établissement d'une procuration authentique. C'est alors non plus le notaire instrumentaire, mais celui qui reçoit la procuration qui prend la responsabilité d'apprécier la capacité de son client. Bien évidemment, si le notaire en question éprouve un doute à ce sujet, il lui appartiendra de solliciter un avis médical.

1605 **– La responsabilité pénale et disciplinaire. –** S'il ne faut pas exclure des poursuites contre un notaire comme auteur (809), c'est le plus souvent sous l'angle de la coaction – et encore plus – sous celui de la complicité que l'officier public et ministériel peut être inquiété sur le plan pénal. Il peut être utilement rappelé ici les termes de l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale, selon lesquels : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de

(806) Cass. 1re civ., 8 févr. 2017, nº 16-12.958, non publié au bulletin.

(807) Cass. 1re civ., 2 oct. 2013, nos 12-24.754, 12-25.862, 12-26.223 et 12-27.874 : *Bull. civ.* 2013, I, nº 96 ; *JCP* N 2013, nº 49, 1282, obs. M. Mekki, qui reproche au notaire d'avoir fait preuve de légèreté et de négligences fautives en omettant de s'assurer personnellement de la capacité à disposer de sa cliente, non rencontrée physiquement, compte tenu de circonstances cumulatives qui auraient dû l'alerter sur l'état de ses facultés mentales.

(808) L'enquête menée par la Fondation Médéric Alzheimer, en partenariat avec le Conseil supérieur du notariat, reproduite ci-dessous (V. *infra*, nº 1606) témoigne, et il faut s'en féliciter, que la grande majorité des notaires (81 %) déclare exercer une vigilance renforcée concernant les procurations signées par leurs clients âgés.

(809) Cass. crim., 20 mars 2019, nº 18-81.691, non publié au bulletin, qui approuve un arrêt déclarant coupable le prévenu qui, en sa qualité de notaire, avait mis en place, en connaissance de cause, un montage destiné à contourner les effets d'une mesure de protection prise au bénéfice de sa cliente pour conduire cette dernière à signer des actes qui lui étaient gravement préjudiciables, en soulignant que le fait que le prévenu n'ait pas profité personnellement de l'infraction commise était indifférent.

transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». C'est pourquoi le notaire doit être attentif aux indices qui lui permettent de reconnaître la commission du délit d'abus de faiblesse afin de mettre en œuvre les mesures adéquates. À défaut, il pourrait être jugé complice si la preuve est rapportée qu'il avait conscience de la faiblesse ou de la particulière vulnérabilité de son client et qu'il a facilité la réalisation d'un acte qui lui est gravement préjudiciable. Dans cette optique, nul doute que le certificat médical peut être également utile à la défense du notaire si sa responsabilité pénale venait à être recherchée pour complicité du délit d'abus de faiblesse. Il témoignera ainsi de l'ignorance manifeste de l'officier public de la vulnérabilité qui affectait son client au moment de l'acte et de l'influence abusive dont il a fait l'objet.

Outre sa responsabilité pénale, l'absence de vigilance initiale du notaire peut le conduire à faire l'objet de sanctions disciplinaires. Selon la Haute juridiction, la première n'est pas exclusive de la seconde. Elle considère, en effet, que l'adage *Non bis in idem* n'est pas applicable à ce cumul, car les peines disciplinaires et pénales n'ont pas « la même nature » (810). Il convient en outre de noter que rien n'empêche une juridiction disciplinaire de sanctionner un notaire qui aurait par ailleurs bénéficié d'une ordonnance de non-lieu, d'un acquittement ou d'une relaxe (811). Les mêmes causes produisant les mêmes effets, il n'est guère douteux que le notaire qui a exécuté son devoir de curiosité, en s'appuyant sur un avis médical avant de passer son acte, échappe par principe à toute poursuite disciplinaire, devenue sans objet.

1606 – Conclusion sur la vulnérabilité de fait. – L'insanité d'esprit, alors qu'aucun régime institué d'incapacité n'est affiché, est synonyme d'une extrême fragilité pour celui qui en souffre. C'est aussi, par ricochet, une source de précarité et d'insécurité juridique tant pour le tiers, cocontractant ou bénéficiaire de l'acte, que pour le notaire rédacteur de la convention, une sorte d'épée de Damoclès menaçant à tout instant les uns d'un anéantissement rétroactif de leurs droits et les autres d'une action en responsabilité.

S'agissant des notaires, on constate – et l'on regrette – que la responsabilité accrue pesant sur leurs épaules a une nette tendance – on le comprend – à les inhiber. Nous sommes surpris de constater à quel point les notaires, confrontés à un doute sur la qualité de discernement de leur client, sont parfois réticents à solliciter un avis médical, persuadés que leur doute initial ainsi mis en lumière pourra faciliter *in futurum* la mise en jeu de leur responsabilité. Faut-il ici rappeler que le doute est légitime et salvateur ? Soit le doute est levé sur la foi des conclusions d'un professionnel de santé, et l'acte peut être passé, soit il est confirmé et le notaire doit refuser d'instrumenter, avant d'orienter le client, en douceur par l'intermédiaire de ses proches ou, de manière plus énergique, en saisissant le procureur de la République, vers la mise en place d'un régime de protection. Quant au recours à l'avis médical, souvent décrié en raison de ses inconvénients, **il répond ici à une exigence de précaution élémentaire et apparaît en définitive comme la contrepartie inévitable à la capacité de principe dont bénéficie chaque individu qui ne fait pas l'objet de mesures incapacitantes**.

Pour finir, on constatera, pour s'en féliciter, que les préconisations contenues à ce propos dans le rapport ne sont pas si éloignées de la pratique notariale actuelle, si l'on en croit les résultats d'une enquête récemment menée par la Fondation Médéric Alzheimer, en partenariat avec le Conseil supérieur du notariat, reproduite ci-dessous.

(810) Cass. 1re civ., 9 avr. 2015, nº 14-50.012 : *Bull. civ.* 2015, I, nº 82.
(811) Cass. 1re civ., 23 janv. 1962 : *Bull. civ.* 1962, I, nº 49.

Les notaires face aux troubles cognitifs des clients âgés. Résultats de l'enquête menée par la Fondation Médéric Alzheimer, en partenariat avec le Conseil supérieur du notariat (812)

La Fondation Médéric Alzheimer, en partenariat avec le Conseil supérieur du notariat, a mené une enquête auprès des notaires en vue de mieux comprendre le rôle et les missions de ceux-ci vis-à-vis des personnes âgées atteintes de troubles cognitifs.

Selon les déclarations des notaires, leurs clients âgés de plus de soixante-quinze ans représentent, en effet, en moyenne 24 % de leur clientèle, avec des extrêmes allant de 5 % à 75 %.

Appréciation de la capacité des clients âgés. 83 % des notaires interrogés ont indiqué que les éléments qui peuvent les amener à se poser des questions sur les capacités de discernement sont les suivants :

- des indices comportementaux (attitude, désorientation, confusion), cités par 41 % des notaires ;
- des indices cognitifs (compréhension, capacités de raisonnement, problèmes de mémoire), cités par 41 % des notaires ;
- des indices verbaux (propos incohérents, difficultés d'élocution, répétitions), cités par 33 % des notaires ;
- le fait que la personne soit accompagnée par un tiers parfois envahissant, pour 18 % des répondants ;
- l'âge de la personne, pour 14 % ;
- son état de santé, pour 8 %.

Appréciation des situations d'emprise. Au moment de l'établissement d'un acte, certains éléments peuvent amener les notaires à se demander si leurs clients âgés ne seraient pas sous l'emprise d'un tiers.

74 % des notaires mentionnent, parmi les principaux critères, le fait que leurs clients attendent constamment l'approbation de la personne qui l'accompagne.

Le fait qu'un tiers ait formulé la demande de rendez-vous et insiste pour être présent à l'entretien est également cité par 68 % des notaires.

Demande de certificat médical. 76 % des notaires déclarent réclamer un certificat médical lorsqu'ils ont des raisons sérieuses de douter des capacités de discernement et 70 % dès qu'ils ont des doutes sur les capacités cognitives.

8 % des notaires ne demandent jamais un certificat médical car ils estiment que c'est à eux que revient l'appréciation de la capacité de leurs clients.

Pour obtenir le certificat médical, 47 % des notaires déclarent demander à la personne elle-même de venir munie du certificat ; 31 % demandent à ses proches d'organiser un rendez-vous chez le médecin. Enfin, 14 % des répondants contactent directement le médecin dont le nom leur a été indiqué par la personne ou ses proches.

62 % des notaires déclarent ne pas annexer le certificat médical à l'acte notarié (50 % jamais, 12 % rarement).

Lorsqu'ils demandent un certificat médical, 49 % des notaires indiquent qu'ils sont rarement (18 %) voire jamais (31 %) confrontés au refus des médecins.

En cas de refus du médecin, l'attitude la plus fréquemment adoptée par les notaires est le refus d'instrumenter (83 % d'entre eux). Il arrive que le notaire fasse la demande à un autre médecin (36 % des notaires). Enfin, 8 % des notaires déclarent passer l'acte malgré tout.

Vigilance concernant les procurations. La grande majorité des notaires (81 %) déclare exercer une vigilance renforcée concernant les procurations signées par leurs clients âgés. À cet effet, 29 % des notaires demandent une certification de la signature auprès de la mairie ou d'un confrère ; 24 % indiquent la vérification de la signature en présence du notaire ou d'un confrère ; 27 % précisent qu'ils se déplacent sur le lieu de vie de leurs clients ; 24 % demandent à voir personnellement leur client à l'étude ou à le contacter par téléphone.

Moins fréquemment, 14 % ont recours à l'établissement d'une procuration authentique, 14 % à la demande d'un certificat médical.

(812) Publiés *in Defrénois* 30 juill. 2017, n° 127b1, p. 47.

Enfin, 3 % des notaires se rapprochent de la famille pour avoir plus de renseignements sur la personne qui a signé une procuration.

Les notaires âgés de quarante-cinq ans ou plus sont plus nombreux à exercer une vigilance renforcée (85 % contre 76 %).

Rôle de la famille. Au cours des trois dernières années, 19 % des notaires ont déclaré avoir subi des pressions de la part de familles pour refuser de recevoir un acte.

Les notaires hommes sont plus nombreux à les déclarer que les notaires femmes (23 % contre 14 %).

Par ailleurs, les notaires de plus de quarante-cinq ans sont proportionnellement plus nombreux que leurs jeunes confrères à déclarer subir ces pressions (16 % contre 22 %).

Acceptation de recevoir un acte. Les notaires sont parfois amenés à rencontrer un client âgé qu'ils savent avoir des troubles cognitifs (par ex., des problèmes de mémoire), mais dont ils estiment qu'il est malgré tout capable d'effectuer un acte. Dans ce genre de situations, 50 % des notaires disent avoir refusé d'instrumenter, mais 47 % déclarent qu'il leur est arrivé de recevoir l'acte. Ceux-ci se sont alors entourés de multiples précautions. 79 % ont déclaré avoir pris plus de temps pour expliquer.

Anticipation du risque de dépendance. 81 % des notaires déclarent qu'ils exercent une activité de conseil auprès des personnes qui souhaitent anticiper le risque de dépendance.

Parmi les notaires qui disent avoir cette activité, 87 % d'entre eux conseillent le mandat de protection future. Les autres préconisations sont peu mentionnées : procurations (8 %), mesures de tutelle (7 %), rédaction d'un testament (5 %), contrats d'assurance (3 %) et réorganisation du patrimoine à des fins d'anticipation du risque dépendance (3 %).

Formation adaptée. 94 % des notaires déclarent ne pas avoir suivi de formation sur les troubles cognitifs et leurs conséquences. Quant aux types de formations qui suscitent leur intérêt, 80 % déclarent être intéressés sur les moyens d'apprécier la capacité de discernement et les situations d'emprise, mais seulement 28 % sur la maladie d'Alzheimer.

Protéger les proches

Président :
François LETELLIER
Notaire à Clermont-Ferrand

Rapporteur :
Marlène THÉBAULT
Notaire à Mauges-sur-Loire

INTRODUCTION

L'étude du thème « Protéger les proches » nécessite que les notions de protection et de proches soient, au préalable, précisées. **2001**

Section I Protéger

– La protection : une notion polymorphe. – Le *Vocabulaire juridique* Capitant (1) définit la notion de protection comme étant la « précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle recouvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, *etc.*, par des moyens juridiques ou matériels ; désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif...) ». Et le vénérable lexique juridique poursuit sa définition par la protection du mineur, du consommateur, sociale, du territoire, *etc.*, et finit par une vision plus générale dans la dernière signification proposée pour ce terme, à savoir : « Moyens destinés à défendre un droit, une situation ». On pense ainsi à la protection de la vie privée, à la protection des données informatiques, à la protection du droit de propriété, *etc.* **2002**

– Une protection morale ou matérielle. – D'emblée, on constate que la notion de protection est une notion polymorphe. Elle peut consister en une attitude, une action, l'œuvre d'un individu. Elle peut également être des moyens, des outils, des règles de droit pris isolément, ou même l'ensemble de ces moyens, outils ou règles pour devenir à part entière un *corpus* législatif. D'ailleurs le Droit, « art du juste et du bon », n'a-t-il pas pour objectif essentiel de protéger ses sujets de droit ? Le Code civil n'est-il pas organisé selon l'idée générale de protéger : protéger les personnes, protéger leurs biens et protéger leurs engagements ? La première acception de la protection relève donc de l'ordre de l'affectif ou de la morale. La protection entre individus consiste ainsi en de l'aide, du soutien, de la présence au quotidien ou lors des épreuves de la vie. Dans sa seconde signification, la protection consiste à donner des moyens à une personne pour qu'elle ne soit pas exposée à certains risques : risque d'avoir faim, risque d'être sans abri, risque de ne pas subvenir aux besoins de sa vie quotidienne, risque de ne pouvoir éduquer ses enfants dans de bonnes conditions, *etc.* Dans ce cas, la protection revêt un caractère matériel, patrimonial ou économique. Protéger ses proches, c'est donc leur transmettre des biens. Non pas que la protection morale et affective ne soit pas importante, car c'est sans doute elle qui justifie la seconde acception de la protection. Mais c'est toutefois sur cette seconde définition, c'est-à-dire celle qui consiste à protéger par des moyens matériels, que nous orienterons nos travaux, car c'est précisément elle qui est au cœur de l'exercice de la profession notariale. **2003**

– La protection : une obligation ou une volonté ? – Cette première définition laisse également sous-entendre que dans bien des cas, la protection, en ce qu'elle est une attitude, un comportement, est une obligation pour certains. On pense évidemment aux parents qui **2004**

(1) G. Cornu (ss dir.), PUF, 12e éd. 2018, V. ce mot.

doivent protéger leurs enfants contre les risques inhérents à la vie, au moins pendant leur enfance. Mais ce serait, de notre point de vue, une vision fortement réductrice. En effet, la protection peut résulter d'une volonté individuelle ou collective, une préoccupation de se protéger ou de protéger d'autres personnes.

2005 **– Les raisons d'une protection. –** Le deuxième volet de cette définition qui nous interpelle est que la protection, qu'elle soit volontaire ou légale, correspond toujours à un besoin, à un risque. La protection est forcément orientée vers un objectif qui est fonction de la personne ou du droit que l'on veut protéger. L'objectif de la protection n'est ni gratuit ni neutre : il l'oriente, il la conditionne. Et, bien évidemment, cette protection est également fonction de ce que ou de qui l'on veut protéger. La matière où cela est le plus visible est le droit des assurances. En effet, le souscripteur va contracter une police d'assurance pour garantir un bien, une personne, contre un risque. Le risque couvert par la convention est alors défini dans le contrat avec le plus de précisions possible. On voit bien que, dans la protection, il peut y avoir une part d'aléa plus ou moins importante. Bien souvent on veut se prémunir contre un risque, un accident, un événement qui, finalement, a peu de chance de se réaliser mais qui, parce qu'il est préoccupant ou que s'il survenait ses conséquences seraient dramatiques, justifie en lui-même une telle précaution. La protection englobe donc la prudence, la prévoyance, et tout compte fait la sagesse.

Les raisons de la protection peuvent être appréciées *rationae personae* et *rationae materiae*. En effet, on peut considérer que la personne doit être protégée parce qu'elle est fragile et qu'elle risque de subir diverses atteintes de part et d'autre, ou bien une protection spéciale peut consister, en dehors de toute faiblesse, à mettre à l'abri une personne de tout besoin financier jusqu'à la fin de ses jours. Protéger la veuve et l'orphelin, et généralement le plus faible, est une préoccupation constante des civilisations. Il peut donc y avoir un aspect personnel ou matériel dans l'objectif de telle ou telle protection.

Pour les travaux qui nous préoccupent aujourd'hui, il s'agit bien de la protection des personnes, en l'occurrence celle des proches.

Section II Les proches

2006 **– Difficulté terminologique. –** *Le Petit Robert* définit le nom masculin « proche » par « parent » (au sens large). La lecture de cette définition nous laisse sur notre faim tant elle est brève et peu précise. Aussi lisons la définition de ce même mot, mais comme adverbe : « de proche en proche : en avançant par degrés, peu à peu ». Puis comme adjectif : « 1° dans l'espace voisin ; 2° (dans le temps) qui va bientôt arriver ; 3° peu différent ; 4° dont les liens sont étroits ».

Le *Vocabulaire juridique* Capitant propose, quant à lui, la définition suivante : « qui est près de... 1° (par la distance) : voisin ; 2° (par le degré de parenté) proche parent ; 3° (par des liens affectifs) amis, familier, intime, titre de confiance et d'intervention ; 4° (dans le temps), sur le point d'atteindre un terme... ». Dans ce dernier dictionnaire, le mot n'est envisagé que comme substantif et adjectif, le nom commun ne l'est pas.

Nous voyons bien, même si ces définitions sont peu explicites sur cette notion, que le proche à protéger est celui ou celle qui, dans l'environnement d'un individu, va impliquer de la part de ce dernier une protection. Dans bien des cas, ce proche fait partie de sa famille ; on parlera alors « des proches ». De ces définitions, on peut retenir une proximité sinon géographique, à tout le moins affective ou présumée l'être. Et cette proximité implique cette protection. Aussi ce

devoir d'aimer et de protéger ses proches n'est pas nouveau, car la notion de « proche » est « proche » de celle du « prochain ». Cette « règle d'or » est ancrée dans la plupart des religions, notamment dans le judaïsme : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même » (2), dans l'islam (3), et il est, à titre essentiel, au cœur du message du Christ notamment dans la fameuse parabole du bon Samaritain (4). Le Christ, après avoir raconté cette parabole, pose la question à ses disciples de savoir qui est le prochain de celui qui avait été roué de coups, volé et jeté dans le ravin et sa réponse surprend en ce que le prochain du malheureux est celui qui lui a porté de l'aide. La question de savoir qui sont les proches est donc ancienne et a une forte connotation sociale et religieuse. Ainsi cette notion de proche est réversible, chacun est le proche d'un autre et inversement. Le proche, c'est celui qui est à côté, que l'on croise, qui est dans le besoin ; c'est aussi celui avec qui l'on partage sa vie : sa famille, ses amis, celui avec qui l'on contracte, *etc.* Les théologiens se sont opposés sur ces notions de « proches », certains favorisant telle ou telle signification. La question de déterminer le prochain n'est donc pas nouvelle...

Nous pouvons retenir de ces brèves recherches sémantiques que la notion de proche est à la fois relative et évolutive.

2007 **– Une notion relative. –** S'attarder sur la notion de proche implique nécessairement la présence d'au moins deux personnes. Cette proximité est une relation. La relation peut être purement géographique : « mon proche est celui qui vit à côté de moi » ; elle peut être purement affective comme entre de simples concubins ou des amis ; elle peut être également uniquement juridique, mais le plus souvent elle est à la fois juridique et affective.

2008 **– Une notion évolutive. –** Le cercle des proches, et particulièrement ceux qui sont à protéger, n'est pas figé pendant toute une vie. En effet, cet ensemble de proches peut évoluer soit du fait de la simple volonté de la personne dont on apprécie les proches (adoption d'un enfant par exemple), soit d'événements qui lui sont extérieurs (décès). De la même manière, l'affection que l'on voue à certains est sujette à évolution. La vie et ses hasards peuvent faire que certaines personnes s'éloignent et que d'autres se rapprochent.

2009 **– Une notion fonctionnelle. –** En droit privé, et plus spécialement en droit patrimonial de la famille, la notion de proches n'est pas identique selon la matière dans laquelle on se situe. En effet, le droit de la famille va instaurer des règles obligatoires de protection, notamment par des obligations alimentaires. Mais les personnes ainsi protégées ne seront pas les mêmes que celles que le droit des successions va lui-même protéger par la réserve héréditaire. Le droit du divorce vise à protéger ceux qui, par définition, ne seront plus proches l'un de l'autre. Le droit des libéralités oriente quant à lui sa protection vers le disposant et les éventuels réservataires.

2010 **– Annonce de plan de la commission. –** Le cercle des proches est le plus souvent constitué par un couple, lequel fonde et réunit autour de lui sa famille dont les formes sont aujourd'hui très variées. Il nous est donc apparu qu'une protection de cette cellule familiale reposait sur la protection mutuelle des membres de ce couple sur laquelle vient se greffer celle de la famille. Nous l'aborderons dans une première partie. Une fois cette vie familiale protégée au travers des étapes de la vie, il nous a semblé que la protection devait se traduire par la transmission de moyens, de biens, de tout ou partie d'un patrimoine. Cet aspect patrimonial de la protection sera donc étudié dans une seconde partie.

(2) *Lévitique* 19 :18.
(3) « Aucun d'entre vous ne croit vraiment tant qu'il n'aime pas pour son frère ce qu'il aime pour lui-même » (Imam An-Nawâwi, *Les hadîth qudusî : Paroles sacrées du Prophète Mohammad*, Hadîth 13).
(4) Luc, Chap. 10, v. 25-37.

PREMIÈRE PARTIE

La protection réciproque et mutuelle des proches

– Une évolution sociale. – On ne reviendra pas sur la fonction sociale de la famille et **2011**
nous nous bornerons à rappeler qu'elle est le siège de l'affection, de l'éducation, du soutien matériel et financier dans les épreuves de la vie. Le couple est à l'origine de la famille et il en est aussi le socle. En ce premier quart du XXIe siècle, tant la cellule familiale que le couple sont en profonde évolution : le nombre de mariages s'amenuise, leur durée diminue, les unions libres se multiplient et les partenariats enregistrés (Pacs) sont un réel succès. Le mariage et la famille légitime ne sont plus les standards (5). À l'image de cette évolution sociale, le couple est désormais protéiforme (6) et la famille l'est tout autant. Le couple constitue le socle d'une organisation de la vie privée et de structuration de la société, complexe car à entrées diverses (7). Notre société se construit et repose sur ces modes de conjugalité. La famille est « le berceau de l'État » (8), puisque toute société est composée d'un agrégat de familles (9) et que cet ensemble constitue l'État (10). Pour assurer la survie de l'espèce, les humains procréent et s'organisent au sein de famille. Sur le plan juridique, le couple s'organise aujourd'hui selon trois modèles lesquels, s'ils sont exclusifs les uns des autres, peuvent pour un même couple se succéder (11). Tout d'abord, le plus ancien et le plus protecteur, car depuis longtemps organisé et réglementé par le Droit objectif : le mariage ; puis le dernier-né, le Pacs ; et enfin le concubinage (tout aussi ancien que le mariage mais, situation de fait par nature, qui n'a été que très peu réglementé).

– Les trois formes de conjugalité : une gradation dans les effets et dans la protec- **2012**
tion. – Si le mariage et le Pacs instaurent des effets à la fois personnels et patrimoniaux, le concubinage ne produit que des effets patrimoniaux, qui d'ailleurs ne lui sont pas propres car relevant du droit commun (responsabilité contractuelle ou délictuelle, indivision, *etc.*).

L'intensité de l'engagement du mariage a pour corollaire une protection accrue des époux. Cette force du mariage se constate dans sa célébration même avec une puissante solennité : présence de l'officier d'état civil, publication des bans, présence de témoins. Le mariage est une forme de « sacrement public ». Le mariage crée une véritable structure familiale identifiable socialement par le port d'un même nom (l'époux peut prendre le nom d'usage de son conjoint). Le mariage impose le respect d'un devoir de fidélité, de secours, d'assistance et de respect (C. civ., art. 212) (12). Il a des effets en matière de filiation (présomption de paternité). Les conséquences de ces obligations du mariage retentissent sur sa dissolution soit par décès (droit viager au logement), soit par divorce (prestation compensatoire).

Les conditions de formation mais aussi de dissolution du pacte civil de solidarité (Pacs) sont d'une exigence moindre. Les obligations qu'il engendre se rapprochent de celles du mariage (C. civ., art. 515-4, al. 1), mais s'en démarquent en ce sens que n'y figurent ni le devoir de fidélité ni le devoir de secours (13). Les engagements du Pacs sont moins puissants que ceux du mariage en ce qu'il peut y être mis fin unilatéralement par un des partenaires (C. civ.,

(5) Sur la notion de standard juridique, V. ce mot *in Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, ss dir. G. Cornu, PUF, 10e éd. 2014.
(6) R. Théry, *Trois conceptions de la famille dans notre droit* : *D.* 1953, 9e cahier, chron.
(7) J.-D. Azincourt, *La protection du survivant du couple dans la famille recomposée* : *JCP* N 10 mai 2013, 1129, no 19.
(8) Savoie Rollin, Fenet, t. 9, p. 490.
(9) Albisson, Fenet, t. 10, p. 535.
(10) Observations du Tribunat, Fenet, t. 10, p. 404.
(11) G. Rouzet, *Conjugalité et copropriété*, in *Mél. en l'honneur de G. Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 731.
(12) Sur les devoirs réciproques entre époux, cf. F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La Famille*, Dalloz, 9e éd. 2018, nos 160 et s.
(13) W. Baby, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : l'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, thèse, Toulouse, préf. M. Nicod et postface B. Beignier, *Defrénois*, 2013, no 29.

art. 515-7, al. 5) (14). Le concubinage est, quant à lui, une union de fait caractérisée par la seule vie commune stable et continue de deux personnes vivant en couple (C. civ., art. 515-8). Aucun acte ni aucune solennité ne président à la naissance d'un concubinage, seuls les critères de l'habitation commune, de la continuité et de la stabilité le caractérisent (15). De cette absence d'acte constitutif résulte une conséquence immédiate : c'est la difficulté de la caractérisation et de la preuve du concubinage (16) (de son début à sa fin). Le concubinage n'a que très peu de conséquences juridiques, les obligations qu'il implique sont très maigres (17).

La différence entre mariage et Pacs se constate également dans leurs effets patrimoniaux (18), même si l'inexécution de ces devoirs extrapatrimoniaux entraîne peu de conséquences et n'est plus sanctionnée avec la sévérité d'antan. **Les devoirs personnels des époux sont si affaiblis que force est de constater qu'ils n'ont plus que le sens qu'entendent leur donner les époux ou les membres de chaque couple** (19)**. Pour autant leur existence reste le fondement de leur union et leur non-respect ne sera jamais anodin dans la survie de ce lien conjugal. Les devoirs personnels demeurent la règle de vie que le couple s'est donnée.**

Le choix d'un statut conjugal par un couple peut résulter de la recherche d'une certaine protection. Cette quête de sécurité est évolutive et fonction de la situation de chacun. Elle peut dépendre de l'âge des membres du couple, de leur situation familiale (présence ou non d'enfants), mais aussi de leur patrimoine. Il est donc nécessaire d'adapter cette protection conjugale aux différentes étapes de la vie du couple, selon ses besoins, sa volonté et ses convictions.

2013 – Le dénominateur commun des couples : la cohabitation. – Pour autant, ces trois modèles conjugaux ont en commun le partage d'un même toit, cette cohabitation qui résulte soit d'un devoir librement contracté (mariage ou Pacs), soit d'une volonté de vivre ensemble se traduisant dans les faits (concubinage). Le logement commun, élément essentiel caractérisant tout couple et siège de la famille, fait l'objet d'une protection particulière. L'absence de toit conduit inévitablement à l'exclusion sociale. Le logement, c'est la protection contre la nature (événements climatiques : le froid, les intempéries, *etc.*), c'est le siège de l'intimité et de la vie privée (droit supérieur de la personnalité), c'est également une fixation du siège de la famille puisque c'est le domicile de ses membres (au sens juridique). C'est là aussi que se constate un des critères de qualification du couple : la vie commune (surtout pour le concubinage).

Cette attention du législateur est alors graduée en fonction de la nature du lien qui unit le couple. C'est ce que nous verrons dans un premier temps (**Titre I**).

2014 – Le changement de régime conjugal. – Si jadis le mariage était le lien du couple de référence et très largement majoritaire, l'existence des trois formes de conjugalité et leur succès impliquent une certaine mutabilité entre elles. Ainsi, on commence par vivre en union libre, puis on se pacse pour enfin se marier, et au sein de ces deux derniers types d'union on peut encore changer de régime pacsimonial ou matrimonial. C'est ce que nous verrons dans un second temps, car ces changements impliquent une certaine protection soit des membres du couple, soit plus généralement de leur famille (**Titre II**).

(14) F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *op. cit.* n os 364 et s.
(15) *Ibid.*, nos 380 et s.
(16) *Ibid.*, no 381.
(17) *Ibid.*, nos 382 et s.
(18) Sur ce sujet lire W. Baby, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité l'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, préc.
(19) J. Garrigue, *Droit de la famille*, Dalloz, 2e éd. 2018, no 224, p. 124.

TITRE I

La protection du couple dans son logement

– L'importance de la protection du logement de la famille. – Il est nécessaire de protéger le logement lorsqu'une crise éclate au sein du couple ou quand l'un des deux décède. Il convient également de protéger le logement de la famille contre les atteintes extérieures (20) qui peuvent l'affaiblir. **2015**

Ainsi, dans le droit du mariage, le logement des époux a fait l'objet d'une attention particulière. Pour autant les autres couples ne sont pas complètement à l'écart de toute protection de leur logement. Cette protection est nécessaire tant au cours de la vie de couple (**Chapitre I**) que lors de sa dissolution (**Chapitre II**). Mais au préalable, tentons une définition de ce qu'est le logement pour le couple.

– Définition du logement commun. – Même s'il est essentiel dans la fondation du couple, son logement n'est pas défini de manière précise. Le logement est « un immeuble bâti servant à l'habitation principale ou secondaire d'une personne ou d'une famille qui l'occupe à titre de propriétaire, de locataire ou d'occupant » (21). On voit que le logement est un bien qui abrite des personnes, en l'occurrence un couple et éventuellement sa famille. Mais il s'agit davantage de la protection des droits par lesquels est assuré le logement du couple plutôt que du bien lui-même. L'article 215, alinéa 2 du Code civil précise que la résidence de la famille est le lieu que les époux ont choisi d'un commun accord. Cependant, il n'existe pas de définition légale du logement de la famille. La Cour de cassation rappelle à cet égard qu'il appartient aux juges du fond de décider souverainement du lieu où se trouve le logement familial (22). On peut retenir que ce logement est « le dernier endroit où les époux ont vécu ensemble avant que ne surviennent leurs dissensions » (23). Aucune définition semblable n'existe pour les pacsés et les concubins. On peut néanmoins affirmer que le logement des partenaires et des concubins est le lieu où ils ont fixé leur résidence commune. **2016**

CHAPITRE I La protection du logement et des meubles le garnissant pendant la vie de couple

La notion de logement de la famille, en raison de son régime juridique qui porte atteinte à l'exercice de certains droits subjectifs (droit de propriété) ou au principe de l'effet relatif des **2017**

(20) C. Wattine-Drouin, *Le statut du logement familial*, in *Mél. Ph. Simler*, LexisNexis, 2006.
(21) *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, V. ce mot.
(22) Cass. 1re civ., 22 mars 1972 : *Bull. civ.* 1972, I, no 93.
(23) CA Bourges, 26 févr. 2001 : *JCP* G 2002, I, 103.

contrats est donc relativement restreinte et exclusive. Elle ne recouvre que la résidence principale et pas la résidence secondaire (24). La résidence principale est le lieu où une personne demeure effectivement de façon assez stable et a son centre de vie. Alors que la résidence secondaire est le lieu où une personne demeure de façon épisodique, pour les vacances par exemple ou les week-ends. Il n'y a qu'un seul logement de la famille.

Il importe peu que le logement soit occupé en vertu d'un bail ou d'un titre de propriété. La protection du logement de la famille, ou plutôt des droits par lesquels il est assuré, se manifeste tout d'abord du point de vue des pouvoirs du propriétaire du logement (**Section I**) et ensuite eu égard à sa jouissance (**Section II**).

Section I La protection du logement propriété du couple

2018 Cette protection est une conséquence du lien du mariage, mais elle dépasse la protection des seuls membres du couple puisqu'elle concerne toute la famille. Elle est à rapprocher de l'article 203 du Code civil. Cette protection supérieure du logement se manifeste par une gestion conjointe des membres du couple (**§ I**), mais aussi par l'insaisissabilité légale de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (**§ II**).

§ I L'article 215, alinéa 3 du Code civil : la protection des époux

2019 Au fil du temps, compte tenu de l'importance du logement eu égard à l'obligation de vie commune qu'impose le mariage, il a été constitué, pour les époux, un vrai statut du logement de la famille. Lorsque le couple est propriétaire de son logement, celui-ci constitue le plus souvent l'élément le plus important de son patrimoine. C'est aussi son cadre de vie. C'est pourquoi le législateur l'a érigé au premier rang de ses priorités de protection patrimoniale et a institué la règle figurant à l'article 215, alinéa 3 du Code civil. Cette protection spéciale relève du régime primaire des époux. Envisageons le domaine d'application de cette disposition protectrice (**A**), ses modalités de mise en œuvre (**B**), ses sanctions (**C**), puis les remèdes envisageables pour couvrir l'irrégularité en cas de non-respect de la règle (**D**).

A/ Le domaine d'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil

2020 Le domaine de la règle doit être précisé quant aux droits et biens concernés, quant aux actes soumis à cette cogestion, et quant à la durée de cette protection.

I/ Les biens et droits protégés

2021 **– Droit de propriété ou autre droit réel. –** La loi ne protège pas en tant que tel le bien qui assure le logement, mais les droits par lesquels il est assuré. Ce pourra être un droit de propriété ou un autre droit réel immobilier, tel un droit d'usage et d'habitation (25). Peu importe que le logement appartienne exclusivement à l'un ou à l'autre (bien propre ou bien

(24) Cass. 1re civ., 19 oct. 1999, no 97-21.466 : *Defrénois* 2000, art. 37145, p. 437, obs. G. Champenois.

(25) Cass. 1re civ., 20 janv. 2004 : *Defrénois* 2005, art. 38149, p. 710, obs. G. Champenois ; *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 22. « En l'espèce, la jouissance du logement familial procédait d'un droit d'usage de l'immeuble conféré au mari nu-propriétaire et à sa famille par la mère de celui-ci en sa qualité d'usufruitière, l'hypothèque constituée par le mari seul sur ledit immeuble encourait la nullité sur le fondement de l'article 215 alinéa 3, puisqu'en cas de perte de la nue-propriété de l'immeuble à la faveur de son adjudication, le droit d'usage ne pouvait que s'éteindre au décès de l'usufruitière. ».

personnel), qu'il soit commun ou indivis. La protection du logement familial l'emporte sur la nature du bien. Elle ne s'applique qu'aux résidences principales et non secondaires (26). L'article 215, alinéa 3 du Code civil prévaut sur le principe de l'article 225 du même code qui affirme la suprématie des droits et des pouvoirs de l'époux sur ses biens personnels et propres (27).

2022 **– Bail d'habitation ou autre droit personnel. –** Les époux non propriétaires de leur logement l'occupent en vertu de droits qu'ils détiennent d'un contrat. Le plus fréquent est un bail d'habitation, mais ce peut être d'autres droits tels des droits sociaux donnant vocation à la jouissance d'un bien ou à l'attribution d'un appartement (28). S'agissant du bail d'habitation, cette protection de l'article 215 se superpose à la cotitularité du bail d'habitation prévue pour les époux à l'article 1751 du Code civil. Toutefois, le domaine de l'article 215, alinéa 3 est bien plus large.

2023 **– Les meubles meublants garnissant le logement de la famille. –** Cette protection s'étend aux meubles meublants du logement familial (29). Les présomptions édictées par les articles 222 et 2279 du Code civil sont écartées au profit de l'article 215, alinéa 3 du même code. La liste des meubles meublants concernés par cette indisponibilité individuelle est celle de l'article 534 du Code civil. Elle comprend donc tout ce qui peut garnir le logement : non seulement ce qui est nécessaire à la famille mais aussi les objets et meubles d'ornementation. Il s'agira du mobilier d'usage (table, chaises, électroménager, meubles de salon), mais aussi des tableaux, du matériel à l'usage de la famille comme les ordinateurs ou autre écran de télévision. Cette interdiction faite individuellement à l'époux d'aliéner ces meubles meublants est doublée par la garantie offerte par l'article 220-1, alinéa 2 qui permet de faire interdire le déplacement de ces meubles meublants par un époux non respectueux de l'article 215, alinéa 3 du Code civil.

2024 **– L'article 215, alinéa 3 et le logement lié à l'activité professionnelle d'un époux. –** La Cour de cassation (30) a eu l'occasion de s'exprimer sur l'inapplicabilité de l'article 215, alinéa 3 du Code civil au logement mis à la disposition de l'un des époux en considération des fonctions exercées par celui-ci. Dans l'affaire qui a donné lieu à cette jurisprudence, le mari exploitait, par l'intermédiaire d'une société à responsabilité limitée, un débit de boissons dans des locaux à usage mixte : commercial et d'habitation. Il cède seul son affaire. Son conjoint fait de la résistance pour quitter les lieux et invoque la nullité de l'acte de cession en se fondant sur l'article 215, alinéa 3. La Cour de cassation se prononce en faisant prévaloir l'article 223 du Code civil et en déclarant inapplicable l'article 215, alinéa 3. Il ressort de cet arrêt que la protection de l'autonomie professionnelle prime sur la protection accordée au logement par l'article 215 du Code civil. De la même manière, un époux peut donner seul sa démission à son employeur même si à son contrat de travail est attaché un logement de fonction. La liberté individuelle est ici supérieure (31). La soumission du logement à usage mixte à l'article 215, alinéa 3 du Code civil est plus douteuse. Si l'orientation et les choix professionnels d'un époux impliquent qu'il ait disposé du bien à usage mixte, alors dans la lignée de la jurisprudence que nous venons de voir, il

(26) Cass. 1re civ., 19 oct. 1999 : *Bull. civ.* 1999, I, no 284.
(27) Sur cet art., V. F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *op. cit.*, nos 111 et s.
(28) Pour un exemple d'une société propriétaire du logement qui est détenue majoritairement par un seul des époux : Cass. 1re civ., 11 mars 1986 : *Defrénois* 1986, art. 33809, obs. G. Champenois, V. toutefois ci-après.
(29) F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *op. cit.*, no 52. – J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2e éd. 2001, no 128. – M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, no 113-15.
(30) Cass. 1re civ., 4 oct. 1983, no 82-14.093 : *JCP* N 1985, II, p. 150, obs. Y. Chartier.
(31) M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, *op. cit.*, no 113-13.

n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 215, alinéa 3 du Code civil, sauf bien évidemment application des articles 1424 et 1425 ou si le conjoint est propriétaire en tout ou partie de ce bien. Toutefois, la prudence impose que le consentement des deux époux soit donné.

II/ Les actes de disposition concernés

2025 **– Actes de disposition concernés. –** La formulation de l'article 215 du Code civil est générale. Sont donc visées les aliénations du logement, qu'elles soient à titre onéreux ou à titre gratuit, par acte unilatéral ou bilatéral. Sont ainsi soumis à la cogestion : la vente, l'échange, la dation en paiement, l'apport en société, la donation. Les constitutions de droits réels telles que l'hypothèque conventionnelle, l'antichrèse, les baux conférant un droit réel (bail emphytéotique), le gage sur les meubles meublants sont également concernées par cette disposition. Entrent dans le champ d'application de cette protection les actes de disposition sur des droits personnels tels que cession de parts de société donnant vocation à la jouissance du logement, renonciation à un droit au maintien dans les lieux ainsi que les actes créant des droits au profit d'un tiers sur le logement tels qu'un bail, sous-location, mise à disposition, *etc.*

2026 **– Actes de disposition exclus. –** L'article 215, alinéa 3 du Code civil n'est pas applicable aux aliénations forcées comme une expropriation pour cause d'intérêt public ou une mesure de saisie immobilière. Par contre, s'agissant de la vente par un mandataire judiciaire à l'occasion d'une procédure collective, la dernière jurisprudence soumet l'acte d'aliénation à l'accord du conjoint de l'époux soumis à la procédure.

L'article 215, alinéa 3 du Code civil et la procédure collective d'un époux

Dans un arrêt récent en date du 3 avril 2019 (32), la Cour de cassation s'est prononcée sur l'articulation de la protection du logement de la famille au titre de l'article 215, alinéa 3 du Code civil avec les pouvoirs du liquidateur dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

Deux époux étaient propriétaires indivis d'un immeuble constituant le logement de la famille. L'un des conjoints ayant été placé en liquidation judiciaire, le liquidateur assigne les deux époux sur le fondement de l'article 815 du Code civil afin d'obtenir en un seul lot le partage et la licitation du bien immobilier. L'épouse invoque l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil pour faire échec à cette demande.

La cour d'appel la déboute au motif que l'article 215, alinéa 3 du Code civil ne serait pas applicable « lorsqu'une vente forcée est poursuivie par le liquidateur judiciaire de l'un des deux époux ». La Cour de cassation censure cette décision. Elle confirme en premier lieu que l'article 215, alinéa 3 du Code civil « est applicable à une demande en partage d'un bien indivis par lequel est assuré le logement de la famille fondée sur l'article 815 du Code civil ». Elle précise par ailleurs que le liquidateur agit alors « aux lieu et place de l'époux débiteur dessaisi ». Le liquidateur se voit dès lors opposer les règles du régime primaire ; l'accord de l'époux *in bonis* doit donc être obtenu conformément aux dispositions de l'article 215, alinéa 3 du Code civil. La protection du logement de la famille est ainsi sauvegardée.

Cette décision démontre bien cette protection supérieure dont le logement de la famille doit bénéficier.

(32) Cass. 1re civ., 3 avr. 2019, no 18-15.177 : *JurisData* no 2019-004961 ; *JCP* N 19 avr. 2019, no 16, p. 11, obs. M. Bernard.

De la même manière, n'a pas à être autorisé par le conjoint l'acte d'aliénation de la nue-propriété par l'époux propriétaire dès lors que la réserve d'usufruit stipulée à son profit garantit la pérennité du logement de la famille.

L'article 215, alinéa 3 du Code civil et l'aliénation de la nue-propriété

Dans un arrêt du 22 mai 2019 (33), la Cour de cassation s'est prononcée sur la question suivante : la réserve par le donateur d'un usufruit viager dans l'acte de donation est-elle suffisante pour ne pas avoir à solliciter l'autorisation de son conjoint lors de l'aliénation à titre gratuit du bien constituant le logement de la famille ? La Cour de cassation, suivant en ce sens la doctrine (34), répond par l'affirmative.

Les faits étaient les suivants : un époux, marié en 2003 sous le régime de la communauté légale, fait donation à ses deux enfants issus d'une précédente union de biens immobiliers lui appartenant en propre, dont l'un était affecté au logement de la famille. Une réserve d'usufruit est stipulée à son seul profit. Son épouse n'est pas appelée à comparaître à l'acte pour donner son consentement. Moins d'un an après la signature de l'acte, le donateur décède et son épouse agit en annulation de la donation sur le fondement de l'article 215, alinéa 3 du Code civil.

La cour d'appel accueille la demande de l'épouse. Mais l'arrêt est censuré par la Cour de cassation aux motifs que « la donation litigieuse n'avait pas porté atteinte à l'usage et à la jouissance du logement familial par M^me^ P pendant le mariage ». La cour rappelle que l'article 215, alinéa 3 du Code civil ne protège le logement de la famille que pendant la durée du mariage. Aussi la demande d'annulation de la donation sur le fondement de l'article 215, alinéa 3 du Code civil est rejetée, l'épouse ayant pu jouir du logement de la famille pendant toute la durée du mariage. Elle n'avait donc aucun intérêt actuel à agir. Ceci étant, on doit souligner la précarité de la situation du conjoint survivant qui peut se trouver contraint à quitter les lieux dans les jours qui suivent le décès de l'époux usufruitier, n'étant plus en capacité de revendiquer le droit temporaire au logement prévu à l'article 763 du Code civil.

III/ La durée de la protection de l'article 215, alinéa 3 du Code civil

– Protection pendant le mariage. – L'article 215, alinéa 3 du Code civil s'applique **2027** pendant toute la durée du mariage, du jour de sa célébration à celui de sa dissolution par décès ou par divorce. C'est sans doute dans ce dernier cas que le besoin de protection du logement de la famille se fait le plus ressentir. Aussi le consentement des deux époux est-il exigé pour la vente du bien assurant ce logement en cours de procédure de divorce, même si les époux sont séparés en fait ou en droit (séparation de corps prononcée, et même si sa jouissance a été attribuée, pour le temps de la procédure, à l'un des époux (35). Si la dissolution a lieu par décès, le mariage est dissous et cette disposition protectrice n'a plus lieu d'être. C'est la protection du conjoint survivant qui prend le relais. Le legs par l'époux du bien assurant ce logement peut pleinement recevoir exécution et le consentement du conjoint survivant n'est pas requis (36).

(33) Cass. 1re civ., 22 mai 2019, n° 18-16.666, FS-PB : *Nota-Bene Cridon Sud-Ouest* mai 2019, n° 239, obs. M. Durassier ; *RTD civ.* 2019, p. 641, obs. B. Vareille.
(34) M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, *op. cit.*, n° 113-25.
(35) Cass. 1re civ., 26 janv. 2011, n° 09-13.138 : *RTD civ.* 2011, p. 330, obs. J. Hauser.
(36) Cass. 1re civ., 22 oct. 1974 : *RTD civ.* 1975, p. 296, obs. Nerson.

Le logement détenu en société civile immobilière (SCI) et l'article 215, alinéa 3 du Code civil (37)

L'idée est de détenir le logement de la famille par une société civile de gestion qui vient s'intercaler entre la propriété du bien et les époux. Ce montage peut se révéler peu protecteur eu égard aux règles du régime primaire. Il est souvent réalisé en vue d'éviter les inconvénients de l'indivision (possibilité de provoquer le partage du bien à tout moment, transmission volontaire à titre onéreux de droits indivis soumise au droit de préemption urbain à l'exception des licitations, seuls les actes de conservation échappant à la règle de l'unanimité). Ces sociétés requièrent une gestion rigoureuse pour échapper à la critique de la fictivité.

Les époux mariés recourant à une SCI pour acquérir leur logement se sont vu refuser l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil dès 1986 (38). Dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour de cassation a refusé, lors de la vente d'un bien détenu en SCI, l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil, par un arrêt du 14 mars 2018 abondamment commenté (39). En l'espèce, une SCI dont le capital de 100 parts réparti à hauteur de 99 parts pour l'époux et une part pour l'épouse, a acquis un immeuble pour être occupé par les époux et leurs enfants. Quelques années plus tard, le mari, gérant majoritaire, vend ce logement, comme les statuts l'y autorisent en sa qualité de gérant et d'associé majoritaire. L'épouse engage une procédure de divorce et assigne (la SCI, son époux, le notaire et l'acquéreur entre autres) en annulation de l'acte. Elle est déboutée de sa requête au motif « que si l'article 215 alinéa 3, du Code civil, qui a pour objectif la protection du logement familial, subordonne au consentement des deux époux les actes de disposition portant sur les droits par lesquels ce logement est assuré, c'est à la condition, lorsque ces droits appartiennent à une société civile immobilière dont l'un des époux au moins est associé, que celui-ci soit autorisé à occuper le bien en raison d'un droit d'associé, ou d'une décision prise à l'unanimité de ceux-ci, dans les conditions prévues aux articles 1853 (décisions prises par les associés réunis en assemblée) et 1854 (consentement de tous les associés exprimé dans un acte) ». L'épouse n'ayant pu justifier d'aucune des conditions requises aux articles 1853 ou 1854 du Code civil, a vu sa requête rejetée. Cette décision est considérée par une grande partie des commentateurs conforme aux dispositions légales, et de ce point de vue doit être approuvée.

L'état actuel de la jurisprudence doit inciter les praticiens à faire preuve de curiosité et de vigilance à l'occasion de l'acquisition, par une SCI (ou toute autre société) dont l'un ou les deux époux sont associés, d'un immeuble destiné à devenir le logement de la famille. Il conviendra de protéger les époux et plus particulièrement le conjoint associé minoritaire, en conférant au couple un droit de jouissance sur le logement : bail, droit d'habitation ou convention de mise à disposition.

Ce droit de jouissance devra leur (ou « lui » si un seul des époux est associé) avoir été concédé soit par suite d'une décision unanime des associés réunis en assemblée, soit à l'occasion d'un acte ayant recueilli leur consentement unanime (qui peut être un pacte d'associé). Il en sera de même si au moins l'un des époux, qui est associé, a été autorisé à occuper le bien en raison d'un droit d'associé lui conférant la jouissance des locaux. L'objet social figurant dans les statuts de la société devra avoir été rédigé de façon circonstanciée, à l'image des règles applicables aux sociétés d'attribution dans lesquelles les associés ont vocation à la jouissance de la fraction de l'immeuble correspondant aux parts qu'ils détiennent.

(37) N. Kilgus, *La vente du logement familial détenu par une SCI : Rev. loyers* avr. 2019, n° 996. – M. Storck, *SCI et logement familial : les avantages et inconvénients de la mise en SCI de la résidence principale des époux, in* M. Storck, T. Ravel d'Esclapon et S. Fagot (ss dir.),*Les sociétés civiles immobilières*, Lextenso, 2019.

(38) J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2e éd. 2001, n° 124, p. 115, « Au cas où l'un des époux est propriétaire du logement, il faut assimiler celui où il est titulaire de parts de société donnant droit à la jouissance d'un appartement ». – Cass. 1re civ., 11 mars 1986 : *Defrénois* 1986, art. 33809, p. 1260, obs. G. Champenois, cet arrêt affirme que la vente du logement appartenant à la société serait donc soumise à l'exigence du double accord des époux.

(39) Cass. 1re civ., 14 mars 2018, n° 17-16.482, P : *AJF* 2018, p. 300, J. Casey ; *Defrénois* 11 oct. 2018, n° 40, G. Champenois. – O. Vergara, *Chronique de jurisprudence de droit privé du patrimoine : Gaz. Pal.* 4 sept. 2018, n° 29, p. 52. – B. Beignier, *La protection du logement familial et l'écran de la SCI : Dr. famille* juin 2018, n° 6, p. 53. – Ph. Simler, G. Wiederkher, M. Storck et A. Tisserand-Martin, *Régimes matrimoniaux : JCP* G 7 mai 2018, nos 19-20. – B. Vareille, *La société civile immobilière chasse l'art. 215 alinéa 3 : RTD civ.* 2018, p. 469. – N. Randoux, *Logement familial détenu en société, quelles questions lors de la cession ? : JCP* N 7 sept. 2018, n° 36, p. 36.

Dans l'hypothèse d'une vente consentie par une société d'un bien immobilier constituant le logement de la famille de l'un au moins de ses associés, il y aura lieu d'interroger le gérant (dans le cadre d'une SCI) pour savoir si un droit de jouissance a été au non concédé à cet associé conformément aux règles établies par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 14 mars 2018. Suivant la réponse qui sera donnée, l'article 215, alinéa 3 du Code civil aura ou non vocation à s'appliquer. Il sera prudent de conserver dans l'acte la trace des déclarations faites par le gérant à ce propos. À défaut de rapporter la preuve de l'existence de ce droit de jouissance, le conjoint associé minoritaire assistera impuissant à la vente du logement, sauf à démontrer la fictivité de la société afin de retrouver les faveurs du régime primaire et donc de l'article 215, alinéa 3 du Code civil (40). Toutefois, le tiers acquéreur reste protégé par les apparences, sauf à prouver qu'il avait connaissance de la fictivité de la société venderesse (41).

Application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil en droit international privé

En présence d'un élément d'extranéité lors de la vente d'une maison, doit-on appliquer l'article 215, alinéa 3 du Code civil ? Le Cridon Ouest a remarqué que la question la plus souvent posée était la suivante : deux époux de nationalité britannique, mariés sous le régime de la séparation de biens, ont établi leur domicile en France, pays où le mari a acquis un immeuble qu'il se propose de vendre. Doit-il avoir l'accord de l'épouse pour la vente de ce logement familial ? La réponse est affirmative ; il est donc acquis que les articles 215, alinéa 3 et 763 du Code civil s'appliquent en présence d'un élément d'extranéité.

Comment repérer l'acte soumis à cogestion au titre de l'article 215, alinéa 3 du Code civil ?

Pour respecter cette disposition protectrice du logement des époux, le notaire qui doit recevoir un acte de vente ou tout autre acte de disposition est tenu de :
1° vérifier si le vendeur est ou non engagé dans les liens du mariage (est-il veuf, divorcé ou simplement séparé ?) ;
2° s'il est marié ou si le divorce n'est pas définitif, alors il doit apprécier si le logement est bien celui de la famille ;
3° enfin, si tel est le cas, il devra recueillir l'assentiment du conjoint pour procéder audit acte.
Le notaire ne doit pas se contenter des déclarations de l'époux vendeur et s'exonérer de requérir le consentement du conjoint. Un tel manquement pourrait engager sa responsabilité professionnelle.

B/ La mise en œuvre de la cogestion de l'article 215, alinéa 3 du Code civil

2028 **– Liberté de forme, mais exigence de preuve. –** Le texte n'impose aucune règle de forme. La seule exigence est que le consentement du conjoint à l'acte d'aliénation soit certain (42), donc non équivoque. Le consentement peut être exprès ou tacite. S'il peut être oral, sa forme écrite est importante (43). Pour autant l'intervention du conjoint à l'acte lui-même soit en étant présent, soit en étant représenté en vertu d'une procuration reste préférable.

(40) Fictivité et absence de vie sociale – précisions : Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-20.193, *D* : *JurisData* n° 2017-025502 ; *JCP* N 9 mars 2018, n° 10, 1115, obs. M. Storck.
(41) Cass. 1re civ., 11 mars 1986, n° 84-12.489 : *Bull. civ.* 1986, I, n° 62 ; *Defrénois* 30 oct. 1986, n° 33809, p. 1259, obs. G. Champenois.
(42) Cass. 1re civ., 13 avr. 1983, n° 82-11.121 : *Defrénois* 1983, 1339, obs. G. Champenois.
(43) Sur cette question, M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, *op. cit.*, n° 113-42.

C/ Les sanctions en cas de non-respect de l'article 215, alinéa 3 du Code civil

2029 **– Nullité relative, mais de droit. –** L'action en nullité de l'acte ne peut être intentée que par celui des deux époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte, dans l'année qui suit le jour où il en a eu connaissance et jamais plus d'un an après la dissolution du régime matrimonial. Il faut qu'il ait un intérêt actuel à agir. Par ailleurs, précisons que si le bien est commun en vertu de l'article 1427 du Code civil, l'action est ouverte pendant deux ans. Le juge ne peut pas porter d'appréciation sur l'opportunité de la sanction et il ne peut que prononcer la nullité de l'acte (44). Le juge est lié, c'est une nullité de droit. L'acte d'aliénation tombe dans sa totalité et l'acquéreur de bonne foi n'a aucun recours contre le vendeur. Il a été jugé que la promesse de porte-fort elle-même est atteinte de nullité ; elle est donc un remède inefficace pour se passer, au jour de l'acte, de l'accord du conjoint (45).

D/ d'accord du conjoint

2030 Deux situations sont à envisager :

- l'acte de disposition n'est pas encore signé et le consentement du conjoint ne peut être obtenu ;
- l'acte a été passé au mépris de l'article 215, alinéa 3 du Code civil.

2031 **– Autorisations judiciaires. –** L'article 217 du Code civil permet au conjoint, en présence d'un époux manifestement empêché ou qui refuse de régulariser un acte conforme à l'intérêt de la famille, de se faire autoriser ponctuellement par un juge à passer seul l'acte. Il est toutefois précisé que cet article ne permet pas d'agir sur les biens propres de l'époux empêché. Le conjoint sera autorisé ponctuellement pour un acte qui requiert normalement le consentement des deux époux, c'est-à-dire un acte portant sur des biens indivis ou soumis à cogestion. Il est ici précisé que l'ordonnance autorisant un époux seul, ce dernier agit en son nom et non en vertu d'une représentation de son conjoint. L'autorisation doit être demandée en la forme gracieuse au tribunal de grande instance (tribunal judiciaire) sauf s'il existe un conflit. Il est alors nécessaire de délivrer une assignation. L'époux peut également fonder sa demande au juge sur l'article 219 du Code civil. En ce cas, le juge autorisera le requérant à représenter son conjoint et donc à l'engager pour vendre le logement de la famille (46). Si l'époux empêché est propriétaire en tout ou en partie de droits sur le logement, c'est cet article 219 qu'il y a lieu d'invoquer.

2032 **– Solutions pour remédier à la nullité de l'acte. –** En cas d'absence de consentement, l'acte est donc frappé d'une nullité de droit. L'éventuel transfert de propriété qui en résulte est donc menacé. Aussi existe-t-il deux possibilités de réparer cet acte :

- la première consiste en la confirmation de la validité de l'acte par l'époux dont le consentement n'a pas été donné en amont ou à la signature de l'acte. En ce cas, cet époux renoncera à invoquer la nullité qui affecte l'opération car il est toujours possible de renoncer à invoquer une nullité de protection. Il s'agit d'une simple application de l'article 1182 du Code civil. Cette confirmation ne peut intervenir que postérieurement au contrat entaché de nullité et l'acte confirmatif doit exprimer le vice qui l'affecte, en l'occurrence l'absence du consentement de l'époux. Cette renonciation peut être déduite de l'exécution volontaire du contrat. Ainsi l'époux informé de la nullité encourue qui

(44) J. Patarin et G. Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1977, n° 80.
(45) Cass. 1re civ., 11 oct. 1989 : *Bull. civ.* 1989, I, n° 315 ; *Defrénois* 1989, art. 34633, p. 1420, obs. G. Champenois.
(46) CA Paris, 16 déc. 1999 : *JCP* G 2001, I, 309, n° 1, obs. Wiederkehr.

exécute le contrat par exemple en déménageant ou en participant à l'opération de disposition du logement pourrait être réputé avoir renoncé à invoquer cette nullité (47) ;

- la seconde possibilité est d'utiliser l'action interrogatoire instaurée par l'article 1183 du Code civil qui énonce : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé ». La nullité peut donc être purgée en demandant à l'époux dont le consentement était requis s'il entend demander la nullité de l'acte et, à défaut de réponse dans les six mois, sa renonciation (et donc la confirmation de l'acte) est acquise. En raison du délai que fait courir cette interpellation interrogatoire, une lettre recommandée avec demande d'avis de réception semble être le minimum formel à respecter. Pour autant, un acte d'huissier nous semble vivement conseillé car il garantit d'avoir « touché » son destinataire (48).

– L'exclusion des concubins et des pacsés. – L'article 215, alinéa 3 du Code civil ne s'applique qu'aux époux. Aussi ni les partenaires pacsés ni les concubins ne voient leur logement protégé de la sorte. **2033**

§ II L'insaisissabilité légale de la résidence principale de l'entrepreneur individuel : l'article L. 526-1 du Code de commerce

– Une évolution favorable à la protection du logement. – S'inspirant de la protection des biens de la famille, le législateur créa en 2003 (49) la déclaration d'insaisissabilité (50) établie par acte notarié, qui protège la résidence principale de l'entrepreneur individuel en la rendant insaisissable par ses créanciers professionnels. Pour compléter le dispositif, la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, par son article 14, a étendu la possibilité pour les entrepreneurs individuels de protéger également tous les biens fonciers bâtis et non bâtis. Le notariat (51), sensible à cette préoccupation, a appelé de ses vœux la déclaration automatique d'insaisissabilité du logement de la famille, mais sous la réserve de pouvoir renoncer à une telle protection. **2034**

Cette proposition a été reprise dans un rapport parlementaire en 2013. Parachevant le dispositif de protection, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron », consacre l'insaisissabilité de droit de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Ainsi ce dernier est dispensé de toute démarche pour rendre sa résidence principale insaisissable.

(47) Sur cette question, F. Terré, P Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Les obligations*, Dalloz, 12e éd. 2018, nos 544 et s., spéc. n° 554 sur la confirmation tacite. – G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, nos 478 et s.

(48) G. Rouzet, *L'action interrogatoire*, in *Études offertes à J. Combret, Defrénois*, 2017, p. 253 et s. – F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Les obligations*, Dalloz, 12e éd. 2018, n° 545. – G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, n° 555.

(49) L. n° 2003-721, 1er août 2003, pour l'initiative économique.

(50) J. Casey, *L'insaisissabilité du logement dans la loi du 1er août 2003 : aspects de droit des régimes matrimoniaux* : *RJPF* déc. 2003, n° 12, p. 6.

(51) 110e Congrès des notaires de France, Marseille, 15-18 juin 2014, *Vie professionnelle, famille : place au contrat*, 2e commission, 2e proposition.

Section II La protection du logement loué par le couple

2035 Les époux, les pacsés et les concubins ne disposent pas des mêmes prérogatives lorsqu'ils louent leur logement. Les deux premières formes d'union bénéficient d'une protection supérieure, sans pour autant être identiques (**§ I**). Le Code rural et de la pêche maritime énonce quant à lui une protection spéciale des époux (**§ II**). Quant aux concubins, ils sont soumis au droit commun des baux (**§ III**). Les colocataires sont protégés par la loi Alur (**§ IV**).

§ I La protection du logement par l'article 1751 du Code civil

2036 Ainsi que le soulignent MM. Malaurie et Fulchiron (52), la finalité principale de l'article 1751 du Code civil (53) est qu'il soit impossible à l'un des époux ou partenaire pacsé de résilier ou de céder seul le bail « qui sert effectivement à l'habitation » du couple. Il s'agit d'une protection bénéficiant en premier lieu au couple, mais qui a également pour vocation d'assurer la permanence d'un toit aux membres de la famille.

A/ Le domaine d'application de l'article 1751 du Code civil

1/ Les bénéficiaires de la cotitularité du bail

2037 **– Bénéficiaires de la cotitularité. –** La protection instituée par l'article 1751 du Code civil issu de la loi du 4 août 1962, et non modifié par les lois des 13 juillet 1965 et 23 décembre 1985, a créé une véritable cotitularité du droit au bail profitant initialement aux seuls époux. La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, dite « loi Alur », a étendu le bénéfice de la cotitularité du bail aux partenaires pacsés qui en font conjointement la demande au bailleur. Pour les époux, l'application de l'article 1751 est impérative et automatique. En cela, la cotitularité se rapproche étroitement du régime primaire. Il importe peu que le bail ait été consenti à un locataire alors célibataire ou que l'un des époux n'ait été ni présent ni représenté lors de la signature du contrat de bail. Toutefois, afin de rendre l'existence du bail opposable au bailleur, il est indispensable que le locataire l'informe de son mariage. Son conjoint pourra alors bénéficier de tous les droits résultant du bail (et aussi des obligations, le loyer entrant naturellement dans les dettes ménagères et la solidarité de l'article 220 du Code civil). Pour les partenaires pacsés, l'application de l'article 1751 du Code civil est supplétive. Pour pouvoir s'en prévaloir, ils doivent en faire la demande conjointe au bailleur (54).

2038 **– L'exclusion des concubins. –** Les concubins en union libre ne bénéficient pas de cette protection. Il convient, lors du renouvellement du bail ou si possible dès sa conclusion, de faire signer les deux concubins afin d'obtenir la cotitularité.

(52) Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6e éd. 2018, n° 1833.

(53) L'art. 1751 du Code civil dispose : « Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité. En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux. En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité survivant cotitulaire du bail dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément ».

(54) C. civ., art. 1751, al. 1 : « ... dès lors que les partenaires en font la demande conjointement ».

II/ Les baux à usage exclusif d'habitation constituant la résidence effective du couple

2039 **– Le contrat de bail. –** L'article 1751 du Code civil limite sa protection aux seuls baux. Cette disposition ne pourra donc pas être invoquée par le conjoint d'un époux propriétaire du bien immobilier constituant le logement de la famille, ni par les porteurs de parts de sociétés civiles immobilières ou autres sociétés. Les commodats et plus largement les conventions emportant occupation gratuite d'un immeuble à usage d'habitation sont exclus de cette protection (55).

Les contrats de location-vente et de location-accession devraient être également exclus du champ d'application de l'article 1751 du Code civil dans la mesure où ces contrats ne constituent pas des baux *stricto sensu* et eu égard au caractère dérogatoire de cet article. Toutefois, un doute subsiste suite à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation (56) qui, en matière de solidarité ménagère, a pris acte de la nature ambivalente d'un contrat de location-attribution et a qualifié cette opération de location.

Il a par ailleurs été jugé que l'article 1751 du Code civil s'applique aux logements de fonction loués (57), à moins que le bail ne comporte des dispositions dérogatoires permettant de justifier l'exclusion du bénéfice de la cotitularité.

2040 **– Bail d'habitation. –** Le bail doit être à usage exclusif d'habitation, ce qui exclut les baux commerciaux, les baux professionnels et les baux ruraux ainsi que les baux mixtes. L'article 1751 du Code civil a ainsi un périmètre plus restreint que celui de l'article 215, alinéa 3 du même code qui s'applique par exemple aux cas d'immeuble à usage mixte (58).

L'article 1751 du Code civil vise tous les baux à usage exclusif d'habitation quel qu'en soit le statut.

2041 **– Habitation effective. –** Le bail doit porter sur le local qui « sert effectivement à l'habitation » du couple. Il ne saurait être question de cotitularité en cas de location d'une résidence secondaire ou d'une annexe de la résidence principale servant d'habitation à l'usage exclusif des enfants. Il en est de même pour toute villégiature occasionnelle. L'immeuble loué doit être le lieu de vie commun au couple. Si l'un des époux ou partenaire n'a pas vécu dans le logement, il ne peut bénéficier de la protection de l'article 1751 du Code civil.

B/ Les conséquences de la cotitularité du bail d'habitation

2042 **– Nature de la cotitularité. –** La doctrine classique voit dans la cotitularité une indivision spéciale où chaque membre du couple est investi des droits et des obligations issus du contrat de bail (59). Ainsi les époux ne peuvent l'un sans l'autre céder le bail, le résilier ou renoncer à tout ou partie des droits attachés à leur qualité de locataire. Et chacun d'eux peut exercer les droits liés à sa qualité de locataire, et notamment le droit au maintien dans les lieux à l'expiration du bail.

(55) Cass. 3e civ., 13 mars 2002, no 00-17.607 : *Bull. civ.* 2002, III, no 60 ; *D.* 2003, somm. 735, N. Damas.
(56) Cass. 1re civ., 9 oct. 1990, no 89-10.924 : *Bull. civ.* 1990, I, no 210 ; *Defrénois* 1991, 1126, 2e esp., obs. G. Champenois.
(57) Cass. 3e civ., 9 juin 2016, no 15-14.119, P. : *D.* 2016, 2086, obs. V. Brémond ; *AJDI* 2016, 703, obs. N. Damas.
(58) F. Terré et P. Simler, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, 8e éd. 2019, nos 318 et s.
(59) J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2e éd. 2001, no 124, note 3. – G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 9e éd. 1997, no 47. – Terré et Simler, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 7e éd. 2015, no 338 et pour une analyse renouvelée : N. Mouligner, *Le bail des époux*, thèse, Limoges, 2003, no 114.

2043 – Droits et obligations issus du bail. – Le conjoint ou partenaire du preneur initial acquiert la qualité de preneur (60). Les époux deviennent ainsi débiteurs solidaires du loyer (61), sachant que les dettes de loyer font partie des dettes ménagères visées à l'article 220 du Code civil dont les époux sont solidairement tenus tant que durent les liens du mariage. Il en est de même pour les partenaires pacsés au titre de l'article 515-4 du Code civil. La solidarité que l'on retrouve dans le Pacs et le mariage est un gage pour tout créancier, et donc pour le bailleur. Les concubins sont exclus de ces dispositions.

Par la nature juridique des dettes de loyer, si l'un des époux ou des partenaires abandonne le logement, résilie unilatéralement le bail ou si l'un d'eux bénéficie de la jouissance provisoire du logement, le cotitulaire demeure débiteur solidaire du paiement du loyer et peut être amené à supporter le coût des réparations (62) à raison du mauvais entretien par l'occupant.

Chacun des époux ou partenaire bénéficie des différents droits de préemption ouverts au locataire.

De son côté, le bailleur doit notifier tout acte de procédure à chacun des cotitulaires du bail, qu'il s'agisse d'un commandement de payer, d'une assignation, ou qu'il s'agisse de purger un droit de préemption, et ce à peine d'inopposabilité de l'acte à l'égard de celui qui n'en a pas été le destinataire.

2044 – La cotitularité et le congé du bail. – Le congé peut émaner du locataire ou du bailleur :

- **le congé délivré par le preneur :** un époux ou un partenaire ne peut seul disposer du droit au bail. L'accord des deux époux ou partenaires est nécessaire pour mettre fin au bail. Si un époux ou un partenaire délivre seul un congé, l'autre n'est pas concerné (63) et conserve le droit personnel locatif qui est le sien ;
- **le congé délivré par le bailleur :** les conditions pour bénéficier de la cotitularité du bail étant par ailleurs remplies à la date où intervient le congé (64), le bailleur doit le notifier à chacun des deux époux ou à chacun des deux partenaires pacsés, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par exploit d'huissier ou par remise en main propre contre récépissé ou émargement. À défaut, le congé délivré à un seul conjoint ou partenaire (65) sera inopposable à l'autre et seul ce dernier pourra en contester si bon lui semble la validité.

Il a été admis que le congé est valable si les deux membres du couple en signent l'avis de réception (66). Lorsque le congé est effectué par voie d'huissier (67), il n'est pas obligatoirement délivré à chacun par acte séparé.

Toutefois, pour les baux d'habitation régis par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 et aux termes des dispositions de son article 9-1 (68), si l'existence du conjoint du locataire n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur par les soins du locataire, et ce par

(60) J. Garrigue, *Droit de la famille*, Dalloz, 2e éd. 2018, n° 252, p. 135.
(61) Cass. 1re civ., 7 mai 1969 : *Bull. civ.* 1969, III, n° 170.
(62) Cass. 3e civ., 13 oct. 1992 : *Bull. civ.* 1992, III, n° 251. – Cass. 3e civ., 2 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, III, n° 18. – Cass. 3e civ., 1er avr. 2009 : *Bull. civ.* 2009, III, n° 72.
(63) Cass. 3e civ., 20 févr. 1969 : *JCP* 1969, II, 15946, 1re esp., note R.D.
(64) Cass. 3e civ., 10 mai 1991, n° 89-17.044, P.
(65) Cass. 3e civ., 10 janv. 1996 : *Bull. civ.* 1996, III, n° 5.
(66) Cass. 3e civ., 2 févr. 2000 : *JCP* N 2000, p. 1151.
(67) Cass. 3e civ., 18 juill. 2000 : *Dict. perm. Gestion immobilière*, bull. 303/2000, n° 4064.
(68) « Nonobstant les dispositions des articles 515-4 et 1751 du Code civil, les notifications ou significations faites en application du présent titre par le bailleur sont de plein droit opposables au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au locataire ou au conjoint du locataire si l'existence de ce partenaire ou de ce conjoint n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur. ».

tout moyen (bien qu'il soit conseillé de privilégier la lettre recommandée avec demande d'avis de réception), les notifications ou significations n'auront à être adressées qu'au locataire initial. Elles seront alors de plein droit opposables à son conjoint (69).

C/ La durée de la cotitularité

2045 **– Pendant le mariage ou le partenariat. –** La cotitularité instituée par l'article 1751 du Code civil persiste jusqu'à la rupture du mariage ou du Pacs (70). Aucun membre ne peut s'y soustraire pour quelque cause que ce soit, et ce jusqu'à la rupture du couple. Pour les époux, elle perdure jusqu'à la transcription du divorce en marge des registres d'état civil, même si la communauté de vie a pris fin depuis plusieurs années (71). S'agissant des partenaires, la cotitularité perdure jusqu'à l'enregistrement de la dissolution du Pacs qui est effectuée soit par l'officier d'état civil du lieu d'enregistrement de leur convention initiale (72), soit par le notaire qui avait reçu cette convention. Notons que pour les époux, la séparation de corps ne met pas fin à la cotitularité du bail dans la mesure où cette procédure ne met pas fin au mariage.

D/ Le transfert du bail

2046 **– En cas de divorce ou de séparation du couple. –** L'article 1751 du Code civil prévoit que le droit au bail pourra être attribué par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux. Une disposition similaire est prévue par l'article 1751-1 du Code civil pour les partenaires pacsés en cas de dissolution du Pacs : dès lors, l'un des partenaires peut saisir le juge compétent en matière de bail pour demander l'attribution du droit au bail (73).

2047 **– En cas de décès. –** L'article 1751, alinéa 3 du Code civil prévoit qu'en cas de décès de l'un des époux ou de l'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le survivant, cotitulaire du bail, dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément. Le survivant pourra donc poursuivre le bail dès la survenance du décès si les conditions pour bénéficier de la cotitularité du bail sont réunies. En conséquence, les héritiers qui vivent dans les lieux au moment du décès sont dépourvus de tout droit locatif en présence d'un conjoint ou d'un partenaire pacsé survivant. Bien que la loi ne leur impose aucune formalité pour disposer de ce droit, il est conseillé à l'époux ou au partenaire d'en aviser le bailleur. Par contre, s'ils entendent y renoncer, ils devront le faire de manière expresse. Cette renonciation ne peut avoir lieu avant l'ouverture de la succession sous peine de tomber sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future (74). Cet article n'est pas applicable aux concubins en union libre.

Époux et partenaires se retrouvent-ils pour autant sur un pied d'égalité ? Non, car ce serait oublier que si les époux bénéficient de droit de la cotitularité du bail, les partenaires pacsés doivent en faire conjointement la demande au bailleur pour pouvoir y prétendre. Si cette

(69) Cass. 3e civ., 9 févr. 2017, n° 16-13.260.
(70) Cass. 3e civ., 2 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, III, n° 18. – Cass. 3e civ., 31 mai 2006 : *Bull. civ.* 2006, III, n° 135.
(71) Cass. 3e civ., 22 oct. 2015, n° 14-23.726 : *Bull. civ.* 2015, III, n° 100 ; *Defrénois* 2016, 178, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2016, 90, obs. J. Hauser. V. égal. Cass. 3e civ., 31 mai 2006, n° 04-16.920 : *Bull. civ.* 2006, III, 135 ; *RTD civ.* 2006, 812, obs. B. Vareille ; *Dr et proc.* 2006, 326, note G. Yldirim.
(72) Pour les Pacs conclus avant le 1er nov. 2017 par le greffier du tribunal d'instance du lieu de l'enregistrement de leur convention initiale.
(73) C. civ., art. 1751.
(74) Cass. 3e civ., 18 mai 2011, n° 10-13.853, FS-PB : *RJPF* 2011, n° 11, obs. J. Casey.

demande n'a pas été faite, les conditions d'application de l'alinéa 3 de l'article 1751 du Code civil ne seront pas réunies. Dans cette hypothèse, le partenaire pacsé survivant pourrait néanmoins solliciter le transfert du bail sur le fondement de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 (75), qui est d'ordre public. Le recours à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 est également ouvert au conjoint survivant pour lequel les conditions de la cotitularité du bail ne seraient pas remplies.

§ II La protection spéciale de l'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime

2048 **– Protection du logement des époux exploitants agricoles. –** Aux termes de l'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime : « Lorsque les époux participent ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole, l'époux titulaire du bail sur cette exploitation ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, accepter la résiliation, céder le bail ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement, sans préjudice de l'application de l'article 217 du Code civil. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. L'époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation ; l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte ».

L'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime figure dans la partie traitant des baux ruraux régis par les dispositions du statut du fermage. C'est un texte d'ordre public qui institue une cogestion du bail rural, réservée exclusivement aux époux quel que soit leur régime matrimonial. Son objet est de préserver la sécurité et la stabilité du couple lorsque les deux époux participent ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole, et ce dans l'hypothèse où un seul des conjoints a la qualité de preneur.

Dès lors que le bail porte non seulement sur des immeubles à usage agricole mais également sur un bien à usage d'habitation (lequel peut constituer le logement de la famille), il y a lieu de s'interroger sur la qualification du bail : bail rural ou bail d'habitation ? La qualification qui sera retenue dépend des clauses et conditions figurant au contrat et plus particulièrement de la destination principale des biens loués, laquelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. À titre d'exemple, le contrat de location aura le caractère d'un bail rural si la maison d'habitation constitue un élément indispensable de l'exploitation agricole (76) ou si la superficie des terres agricoles louées avec le bien à usage d'habitation est considérée comme « suffisante » (77).

Cet article impose l'intervention expresse du conjoint pour céder le bail, accepter la résiliation du bail ou ne pas en demander le renouvellement. Il en est de même si le preneur entend apporter son droit au bail à une société d'exploitation. Par contre, cet article ne fait pas obstacle à la mise à disposition par le preneur seul, du fonds loué, selon les conditions des articles L. 411-37 et L. 323-14 du Code rural et de la pêche maritime. Le conjoint peut demander la nullité de l'acte passé sans son accord dans l'année à compter du jour où il a

(75) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 : *JO* 8 juill., p. 8541 ; le partenaire pacsé survivant (comme le conjoint survivant) devra en faire la demande expresse au bailleur ou au notaire chargé du règlement de la succession (Cass. 3e civ., 10 avr. 2013, n° 12-13.225, FS-PB : *Sol. Not.* 6/2013, inf. 149) dans un délai raisonnable. Le transfert du bail au profit de l'époux ou du partenaire pacsé n'est pas soumis à la justification d'une vie commune entre eux dans le logement au moment du décès. Toutefois, d'autres proches du défunt pouvant en bénéficier et aucun ordre hiérarchique n'ayant été prévu par la loi, en cas de demandes multiples le juge n'est pas obligé de privilégier le conjoint ou le partenaire pacsé.

(76) Cass. 3e civ., 20 mars 2007, n° 06-13.100.

(77) Cass. soc., 13 nov. 1964 : *Bull. civ.* 1964, IV, n° 758.

eu connaissance de l'acte. Cet article ne mettant pas en place la cotitularité du bail, le bailleur délivrera valablement le congé au seul époux preneur (78).

Exclusion du partenaire pacsé de ce statut protecteur

Si le partenaire pacsé du preneur s'est vu, depuis la loi d'orientation agricole nº 2006-11 du 5 janvier 2006, reconnaître l'essentiel des droits conférés par le statut du fermage au conjoint du preneur, il ne bénéficie toujours pas de la protection issue de l'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime.

§ III La protection issue du droit commun du bail : une protection *a minima* pour les concubins

2049 **– Régime légal de droit commun. –** Les concubins ne bénéficient pas de la protection instituée par l'article 1751 du Code civil. Pour autant, la législation sur les baux d'habitation leur apporte une protection minimale (79) en érigeant en droit fondamental le droit au logement, dont les époux comme les partenaires pacsés peuvent bénéficier.

A/ Lorsque le bail est signé par un seul des concubins

2050 Lorsqu'un couple vit en union libre, n'a la qualité de locataire que celui qui est intervenu en qualité de preneur au contrat de location. Seul le signataire du bail est redevable du loyer et des charges : le bailleur ne peut jamais les réclamer au concubin non signataire du contrat, sauf s'il s'est porté caution.

2051 **– Sort du bail en cas de rupture du couple. –** L'article 14 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 dispose qu'en cas d'abandon du domicile par le locataire ou en cas de décès de celui-ci (80), son concubin resté seul peut prétendre au transfert du bail s'il vivait dans le logement depuis au moins un an à la date de l'abandon ou du décès et que le concubinage était notoire (ce qui se prouve par tous moyens). Il est traité comme un époux ou un partenaire pacsé et n'a pas à justifier de conditions de ressources particulières.

Il lui appartient de faire la demande expresse de transfert auprès du bailleur dans un délai raisonnable. Le transfert du bail a pour effet de substituer le bénéficiaire au locataire initial dans tous ses droits et obligations ; toutefois, le bénéficiaire n'est pas tenu de régler les arriérés de loyers (sauf s'il s'était porté caution). Il devient personnellement titulaire du contrat de bail.

Mais d'autres proches du locataire initial peuvent également bénéficier du transfert du bail d'habitation : il s'agit notamment des ascendants et des descendants de celui-ci sous réserve d'une cohabitation stable et continue d'au moins un an avant le décès du locataire ou l'abandon du domicile. Figurent aussi dans les bénéficiaires les personnes à charge du locataire initial sous réserve également d'une cohabitation d'une durée d'une année. Sont également concernés par cette disposition le conjoint et le partenaire pacsé, mais sans condition de délai. Les conditions posées par l'article 14 étant remplies, il n'existe aucun ordre de priorité entre les bénéficiaires. Aussi il appartient au juge saisi de plusieurs demandes de trancher entre les intérêts en présence.

L'article 14 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 est une disposition d'ordre public.

(78) Cass. 3e civ., 12 juill. 1989 : *Bull. civ.* 1989, III, nº 165.
(79) L. 6 juill. 1989, art. 1.
(80) Service-public.fr : L. nº 89-462, 6 juill. 1989, art. 40.

2052 **– Sort du bail en cas de congé du locataire. –** Par ailleurs, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 n'a pas vocation à s'appliquer en cas de congé donné par le locataire au bailleur, préalablement à son départ. Le concubin abandonné ne pourra alors prétendre à aucune continuation du bail. Il devra lui aussi quitter les lieux sauf à ce que le bailleur consente à les lui louer. Sa qualité de simple concubin le place dans une certaine précarité.

2053 **– Sort du bail en cas de congé du bailleur. –** Dans l'hypothèse d'un congé délivré par le bailleur au titulaire du bail, le concubin non signataire ne pourra demeurer dans les lieux à la fin du préavis (sauf cas d'abandon du domicile par le locataire ou en cas de décès de celui-ci).

B/ Lorsque le bail est signé par les deux concubins

2054 Dans cette hypothèse, chacun des concubins a la qualité de preneur. Les concubins sont dès lors tenus au paiement du loyer et des charges, solidairement si une clause de solidarité est incluse dans le bail ou à hauteur de 50 % chacun si aucune clause de solidarité ne figure dans le contrat de location. En effet, la solidarité n'est pas automatique pour les concubins, à la différence de ce qui existe, par une disposition de la loi, pour les époux et les partenaires pacsés.

2055 **– Sort du bail en cas de rupture du couple. –** Si l'un des signataires du bail abandonne son domicile ou décède, le contrat de location se poursuit au profit du seul concubin signataire restant en place.

2056 **– Sort du bail en cas de congé du locataire. –** Les concubins peuvent adresser leur préavis simultanément dans le même courrier ou séparément. Lorsqu'un seul donne congé, l'autre reste locataire du bail en cours. En présence d'une clause de solidarité conventionnelle figurant dans le contrat de bail, le concubin qui donne congé reste redevable du loyer et des charges du logement.

2057 **– Sort du bail en cas de congé du bailleur. –** Lorsque le congé est délivré par le bailleur, celui-ci doit le notifier par écrit à chaque locataire ; à défaut, le congé est invalide. Toutefois, la Cour de cassation a estimé que le congé délivré par le bailleur à un seul des preneurs solidaires était opposable aux autres (81). Au vu des règles en vigueur, il y a lieu d'informer les concubins en union libre de la précarité de la situation de celui qui n'est pas partie au contrat de bail. Il est judicieux de les inciter à solliciter en cours de bail, un avenant au contrat pour permettre au concubin d'en devenir cotitulaire.

§ IV La colocation

2058 **– Un statut récent. –** La loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové promulguée le 27 mars 2014, dite « loi Alur », donne une définition de la colocation en créant l'article 8-1 de la loi du 6 juillet 1989. Elle se définit comme la location d'un même logement par plusieurs locataires en excluant expressément la location à deux époux ou deux partenaires pacsés à la conclusion du bail. Rappelons que les époux et les partenaires, en application de l'article 1751 du Code civil, sont cotitulaires du bail de leur habitation effective, y compris en cas de colocation avec des tiers. Cette cotitularité se manifeste dans l'exécution du bail (solidarité, congé, *etc.*) (C. civ., art. 1751, al. 2).

(81) Cass. 3e civ., 20 juill. 1989 : *Bull. civ.* 1989, III, no 174 ; *JCP* N 1991, II, 21585, note Dumortier.

Les règles également exposées pour les partenaires pacsés s'appliquent au régime de la colocation, à savoir que seul le signataire du contrat de bail est locataire du logement mais qu'une demande de cotitularité est possible.

Les concubins, quant à eux, en l'absence de statut et de réglementation particulière sont assimilés à des colocataires. À ce titre, seul le signataire du bail est titulaire de droit et est solidaire avec les autres locataires dans les conditions visées par la loi du 6 juillet 1989. Ainsi il reste redevable des loyers et charges six mois après la fin de son préavis ou dès la fin de son préavis si un nouveau locataire arrive avant la fin de ce délai (seulement pour les baux signés avant le 27 mars 2014 et non reconduits depuis le 6 août 2015).

2059 **– Propos conclusifs. –** Le législateur a institué une protection importante de jouissance du logement des familles dans le cadre du mariage et du Pacs pour permettre aux époux et pacsés de tenter de préserver leur cadre de vie. En revanche, les concubins ne bénéficient que de la protection conférée par la législation sur les baux d'habitation régis par les lois n° 48-1360 du 1er septembre 1948 et n° 89-462 du 6 juillet 1989 lorsqu'ils sont tous deux parties au contrat de location. Et c'est naturellement que le législateur a accordé un statut plus protecteur aux couples qui ont manifesté plus intensément leur volonté de s'engager l'un à l'égard de l'autre.

CHAPITRE II La protection du logement à la fin de vie de couple

2060 Conscient de la fragilité dans laquelle se trouve la famille en cas de rupture volontaire (**Section I**) ou involontaire (**Section II**), le législateur a mis en place deux systèmes de protection pour les membres les plus vulnérables de la famille.

Section I La protection du logement lors de la séparation « volontaire » du couple

2061 C'est au moment où la crise éclate dans le couple que la question de la protection du logement se pose avec acuité (82). Lorsqu'un couple se déchire, il est préférable que la séparation de ses membres intervienne le plus tôt possible, surtout si la séparation est conflictuelle. Cela impose de se prononcer sur une attribution du logement, laquelle sera provisoire ou définitive. Chaque année en France, on ne dénombre pas moins de 40 000 plaintes pour violences conjugales et il y a environ 130 000 divorces prononcés. On ne connaît pas les chiffres des dissolutions de Pacs et de concubinage. Ainsi une séparation sur cinq se déroule dans un climat extrêmement délétère pouvant déboucher sur des violences familiales. C'est justement lorsque le couple se délite que les membres de la famille sont en état de faiblesse psychologique et ont besoin de protection. Tout comme lors d'un décès, il y a souvent un deuil à effectuer et la nécessité de répondre à des besoins matériels urgents. La meilleure protection est consentie aux époux (**§ I**), alors que les partenaires pacsés et plus encore les concubins en union libre connaissent un faible niveau de protection (**§ II**). Le législateur est également attentif à la situation des enfants du couple dans ces temps de turbulence.

(82) G. Crémont, *Le logement de la famille en période de crise* : *JCP* N 5 févr. 1999, n° 5, p. 271.

§ I La protection du logement lors du divorce et de la séparation de corps

2062 Lorsque le couple se sépare, le logement familial demeure un élément de stabilité. La protection du logement de la famille à l'occasion d'un divorce participe de la mission dévolue au juge des affaires familiales si les parties ne peuvent parvenir à un accord. Il appartient au juge de se prononcer sur la jouissance du logement durant l'instance en divorce (**A**) et sur l'octroi de celui-ci après le prononcé du divorce (**B**). Il sera attentif à la situation des conjoints et de leurs enfants mineurs. Il puisera ses pouvoirs tant dans le droit du divorce que dans les textes ayant trait au contrat de louage et à l'autorité parentale.

A/ L'attribution de la jouissance du logement pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps

2063 **– Les mesures judiciaires provisoires : l'article 255 du Code civil. –** La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice poursuit le mouvement initié par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle (83). Son article 22 supprime la phase de conciliation et abroge les articles 252-1 à 253 du Code civil relatifs à la procédure applicable aux divorces judiciaires à l'exception des divorces par consentement mutuel judiciaire (84). Notons que dans le divorce par consentement mutuel judiciaire, l'article 250-2 du Code civil prévoit que le juge, en cas de refus d'homologation de la convention, peut valider les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 du Code civil sur lesquelles les parties se sont accordées.

L'article 22 entrera en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'État et au plus tard le 1er septembre 2020. Par dérogation à l'article 2 du Code civil et au principe de l'application immédiate des lois aux instances en cours, le législateur a décidé que les requêtes en divorce et en séparation de corps présentées préalablement à son entrée en vigueur seront jugées conformément au droit ancien et produiront les effets prévus par lui (85).

La suppression de la procédure de conciliation entraîne avec elle celle de l'ordonnance de non-conciliation dans laquelle le juge prenait un certain nombre de mesures provisoires prévues notamment aux articles 255 et 256 du Code civil.

Le nouvel article 254 du Code civil, issu de la loi du 23 mars 2019, lui substitue une audience ayant pour objet de fixer les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants, de la date de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée. Il appartient au juge de prendre en considération les accords éventuels passés entre les époux (86).

L'audience doit se tenir dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent. Afin d'alléger la charge des juridictions, cette audience devient donc facultative et peut même résulter de la renonciation de la partie seule constituée. Même si l'on peut le regretter, le caractère facultatif de cette audience n'a pas été censuré par le Conseil constitutionnel, lequel a considéré que les dispositions du Code civil protègent

(83) L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : *JO* 24 mars 2019 ; *JCP* N 2019, n° 14, dossier 1555-1161.

(84) L'art. 22 supprime ainsi le paragraphe 2 « De la conciliation », lequel figurait à la section III intitulée « De la procédure applicable aux autres cas de divorces judiciaires ».

(85) L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 109, VII.

(86) Selon l'article 254 nouveau du Code civil : « Le juge tient, dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux ».

suffisamment l'intérêt de l'enfant (87). Le notaire sera prudent de conseiller à ses clients de consulter sans attendre un avocat afin de pouvoir, si besoin est, solliciter la tenue d'une telle audience et ainsi bénéficier de mesures provisoires.

Est également supprimé l'article 257 du Code civil qui prévoyait que le juge pouvait prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence.

La disparition de l'ordonnance de non-conciliation induit également la modification de l'article 262-1 du Code civil qui définit la date à laquelle le divorce prend effet dans les rapports entre les époux. Désormais, lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, le divorce prend effet entre les époux à la date de la demande de divorce. À la requête de l'un des époux, le juge peut toujours fixer les effets du divorce dans les rapports entre époux, à la date où ils ont cessé de cohabiter ou de collaborer, cette demande ne pouvant être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.

La loi du 23 mars 2019 n'apporte aucune modification aux articles 255 et 256 du Code civil qui traitent des mesures provisoires, lesquelles ont toujours vocation à s'appliquer, mais dans le cadre de cette nouvelle procédure simplifiée.

L'article 255, alinéa 3 du Code civil autorise le juge dans le cadre de ces mesures provisoires et s'agissant du logement à :

- statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ;
- attribuer, pendant la durée de l'instance, à l'un des époux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou même de partager entre eux cette jouissance. Il statue sur le caractère gratuit ou onéreux de cette jouissance.

Ainsi le fait que le logement familial ait été bâti sur le terrain propre de l'épouse ne fait pas obstacle à ce que la jouissance provisoire du logement familial soit accordée au mari (88). *A fortiori* la règle s'applique si le logement dépend de leur communauté ou de leur indivision.

Le juge n'admet quasiment jamais une jouissance partagée sauf dans l'hypothèse où l'immeuble possède une chambre séparée (89) ou si le conjoint exerce une activité professionnelle dans une annexe (90). Il peut également l'ordonner dans l'intérêt des enfants, les parents venant séjourner dans le logement chacun par alternance (91).

Notons que l'expulsion d'un époux de sa résidence principale faisant suite à une ordonnance de non-conciliation attribuant la jouissance du logement à l'autre conjoint n'échappe pas aux textes relatifs à l'expulsion (92).

Par ailleurs, l'alinéa 4 de l'article 255 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer à une résidence secondaire. Toutefois le juge, conformément à l'alinéa 8 du même article, peut statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion de biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4° de l'article 255, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial.

(87) Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC : *Rec. Cons. const.* 2019, n°s 57 et s. ; *JurisData* n° 2019-004275 ; *JCP* N 2019, n° 13, act. 345.
(88) CA Nîmes, 17 mars 1999 : *Dr. famille* 1999, n° 99, note H. Lécuyer.
(89) CA Aix-en-Provence, 4 déc. 1996 : *JurisData* n° 1996-046400 : le logement comportait deux habitations avec des entrées séparées.
(90) CA Paris, 4 déc. 1991 : *JurisData* n° 1991-024678.
(91) TGI Péronne, 21 nov. 2005 : *Bull. inf. C. cass.* 1er déc. 2006, n° 2360.
(92) Cass. 2e civ., 4 juill. 2007 : *D.* 2007, pan. 2694, obs. Douchy-Oudot ; *Defrénois* 2008, 2405, note N. Randoux.

2064 **– L'indemnité d'occupation du logement dans les mesures provisoires. –** Le juge doit, lors de l'attribution du logement à l'un des époux au titre de l'alinéa 4 de l'article 255 du Code civil, préciser son caractère gratuit ou onéreux. Il pourra le cas échéant constater l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation. Aux termes de l'article 262-1 nouveau du Code civil (L. 23 mars 2019, art. 22), la jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à la demande en divorce, sauf décision contraire du juge. À l'occasion d'un divorce par consentement mutuel judiciaire ou déjudiciarisé, les parties s'accorderont sur les mesures provisoires à prendre pendant l'instance en divorce. Il y a lieu de rappeler qu'en matière de divorce par consentement mutuel judiciaire, l'article 250-2 du Code civil prévoit qu'en cas de refus d'homologation de la convention le juge peut cependant homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 du Code civil sur lesquelles les parties se sont accordées. L'article 250-2 du Code civil n'est pas modifié par la loi du 23 mars 2019 et continuera donc à s'appliquer. À défaut d'accord entre les époux, la fixation de l'indemnité d'occupation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Il leur appartient au préalable de rechercher si l'occupation du logement par l'un des époux avec les enfants issus de l'union ne constitue pas une modalité d'exécution, par l'autre conjoint, de son devoir de contribuer à l'entretien de ses enfants mineurs de nature à exclure toute indemnité d'occupation ou à en diminuer le montant (93).

B/ La protection du logement après le prononcé du divorce

2065 Le législateur a été attentif à protéger le cadre de vie du parent qui vit avec les enfants. L'attribution préférentielle est un très bel outil de protection familiale.

2066 **– L'article 285-1 du Code civil dédié à la protection de l'enfant. –** Le fondement de l'article 285-1 du Code civil réside dans la volonté du législateur de sanctuariser le lieu de vie des enfants mineurs du couple marié qui se sépare, en leur assurant une certaine stabilité dans un logement où ils ont leurs repères, et ce à compter du prononcé du divorce. L'époux qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants du couple peut demander au juge que lui soit donné à bail le local servant de logement à la famille (94). Ce logement doit constituer la résidence habituelle de l'un ou des enfants au moment du prononcé du divorce. La prise en compte de l'intérêt du ou des enfants est primordiale. Les juges du fond apprécient souverainement si les conditions sont remplies.

Le local objet du bail doit appartenir « en propre ou personnellement » au conjoint. Il ne peut s'agir ni d'un bien dépendant de la communauté ni d'un bien indivis entre époux (95), car dans ce cas l'attribution préférentielle peut être invoquée. Il ne peut être concédé qu'un bail d'habitation. Le juge ne peut imposer à l'un des ex-époux de consentir à l'autre un bail rural sur un bien qui lui est propre (96). Il fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants et résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient. L'article 285-1 du Code civil s'inscrit dans le prolongement des mesures provisoires qui peuvent être édictées conformément à l'article 255, alinéa 4 du Code civil bien que son domaine d'application soit plus restreint. Il répond aux mêmes préoccupations.

(93) Cass. 1re civ., 28 mai 2014, no 13-14.884, P. : *D.* 2014, 1203.
(94) Cass. 2e civ., 8 juill. 1981 : *Bull. civ.* 1981, II, no 149.
(95) Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 : *Defrénois* 2005, 1052, obs. Massip.
(96) Cass. 1re civ., 4 janv. 1995, no 93-13.614, P.

– L'article 1751 du Code civil : l'attribution du droit au bail du logement. **2067**
– L'article 1751 du Code civil (97) prévoit que le droit au bail du local d'habitation qui servait effectivement à l'habitation des deux époux pourra, en cas de divorce ou de séparation de corps, être attribué en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, à l'un des époux par la juridiction saisie de la procédure de divorce ou de séparation de corps. Les mesures provisoires que le juge aurait pu prendre pendant l'instance en divorce ne préjugent pas de l'attribution définitive du local d'habitation après le prononcé du divorce ou de la séparation de corps. Cette attribution ne devient effective que si le divorce ou la séparation de corps est prononcé. La transcription du jugement de divorce ayant attribué le droit au bail à l'un des époux, par une mention en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance de chacun des époux, met fin à la cotitularité du bail tant légale (application de l'article 1751 du Code civil) que conventionnelle (conclusion par les deux époux d'un bail d'habitation) (98). L'attribution du droit au bail par le juge à l'un des ex-époux s'impose au bailleur. Aussi, bien que la loi ne le prévoie pas, il est conseillé de l'aviser en lui transmettant une copie du jugement de divorce et de l'extrait d'acte de naissance du conjoint attributaire où apparaît la mention du divorce ou de la séparation de corps. L'article 1751 prévoit que cette attribution est faite sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au bénéfice de l'autre époux. Le droit au bail attribué à l'un des époux doit être estimé en fonction de sa valeur au jour du partage. Son attribution peut donner lieu au versement d'une soulte payable comptant, si son montant dépasse les droits de l'attributaire dans la masse à partager. L'époux non attributaire du droit au bail peut solliciter que lui soit versée une indemnité pour tenir compte notamment des frais de déménagement et d'installation dans un nouveau logement.

– L'attribution préférentielle du logement visée aux articles 1476 et 1542 (99) **du Code civil.** **2068**
– L'attribution préférentielle est une modalité de partage qui consiste à attribuer un bien à un copartageant par préférence à un autre. La loi du 23 décembre 1985 a donné compétence au juge du divorce pour statuer sur les demandes d'attribution préférentielle dans le cadre de la procédure de divorce ou de séparation de corps. L'attribution préférentielle est régie par les articles 831 et suivants du Code civil.

Indivision postcommunautaire (100). Initiée par une jurisprudence de 1954 (101), confirmée de façon incidente par la loi de 1961 (102) et enfin entérinée par la loi de 1965 (103), l'attribution préférentielle visée par l'article 1476 du Code civil est applicable lors de la dissolution de la communauté à l'occasion d'un divorce ou d'une séparation de corps. Elle est facultative et soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. La majorité des décisions confère l'attribution préférentielle du logement qui sert effectivement d'habitation à la femme ayant la garde des enfants et à laquelle il ne peut être imputé de faute. L'attribution préférentielle peut porter sur la propriété même du logement ou sur le droit au bail de celui-ci.

Indivision entre époux séparés de biens. Réservée initialement aux indivisions postcommunautaires, la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a introduit dans le Code civil l'article 1542 qui reprend les dispositions de l'article 1476 du même code afin qu'elles

(97) Le domaine d'application du 2e alinéa de l'article 1751 du Code civil est le même que celui du 1er alinéa.
(98) Cass. 3e civ., 22 oct. 2015, no 14-23.726, P. : *RTD civ.* 2016, 433, obs. Vareille et 90, obs. Hauser.
(99) Et l'article 267 du même code.
(100) *JCl. Notarial Répertoire*, Fasc. 110, *Partage, attribution préférentielle, Bénéficiaires. Indivisions*, par P. Catala et J. Combret.
(101) Cass. 1re civ., 2 nov. 1954 : *D.* 1954, p. 749, note R. Savatier.
(102) L. no 61-1378, 19 déc. 1961.
(103) L. no 65-570, 13 juill. 1965.

soient applicables aux époux séparés de biens et à ceux mariés sous le régime de la participation aux acquêts.

§ II La protection du logement lors de la séparation des partenaires pacsés et des concubins en union libre

2069 **– Liberté contractuelle. –** Faute de disposition particulière, les partenaires pacsés comme les concubins peuvent trouver un accord sur les conséquences et effets de leur séparation (104). Ils procèdent eux-mêmes à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux et peuvent passer entre eux une convention d'indivision ou procéder au partage. À défaut d'accord entre eux, le recours au juge s'impose et dans ce cas les deux statuts ne sont pas sur un pied d'égalité.

Par ailleurs, la dimension familiale tient une large place dans les textes législatifs.

A/ Une disposition commune aux différents modes de conjugalité prenant en compte l'intérêt du ou des enfants du couple : l'article 373-2-9-I du Code civil

2070 **– Des prémices de statut du logement des concubins ? –** Adopté sans bruit, le nouvel article 373-2-9-1 du Code civil issu de l'article 32 de loi n° 2019-222 du 19 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a souhaité, ainsi que le rappelle la circulaire en date du 25 mars 2019 (annexe 13) prise pour son application, « sécuriser le logement de tous les enfants lors de la séparation parentale, quel que soit le statut matrimonial des parents ». Le législateur a pris en compte l'inégalité qui existait entre la protection offerte aux conjoints et aux enfants issus de couples mariés et celle restreinte ou quasi inexistante ouverte aux partenaires pacsés et concubins en union libre et à leurs enfants. Cet article, d'application immédiate, est opposable aux instances en cours.

L'article 373-2-9-1 du Code civil autorise le juge aux affaires familiales, saisi d'une demande relative à l'autorité parentale, d'attribuer provisoirement le logement de la famille à l'un des deux parents. Cette disposition se justifie par la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et par son caractère provisoire. Peu importe dès lors que le bien qui constitue le logement de la famille soit la propriété des deux époux ou de l'un d'eux ou qu'il soit loué. Le législateur ne prévoit aucune exclusion.

L'article 373-2-9-1 du Code civil prévoit que le juge peut, dans son ordonnance, constater l'accord des parties sur le montant d'une indemnité d'occupation. Les parties ont par ailleurs toute latitude pour convenir que la jouissance sera gratuite.

La circulaire du 25 mars 2019, dans son annexe 13, apporte la précision suivante : « Dans la mesure où, par hypothèse, les parents ne sont pas mariés, la gratuité de la jouissance provisoire du logement au titre du devoir de secours, spécifique aux époux, est ici exclue ». La circulaire fait ici référence aux requêtes qui seront déposées à l'initiative d'un parent pacsé ou en union libre. La circulaire rappelle également que l'adoption du nouvel article 373-2-9-1 du Code civil ne remet pas en cause la faculté pour l'un des parents d'avoir recours aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 373-2-2 du même code. Cet alinéa prévoit que la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants peut être servie en tout ou en partie sous la forme d'un droit d'usage et d'habitation, ce qui conduit à une jouissance gratuite du logement.

(104) F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 376.

Pour le cas où le logement de la famille est loué, que les deux parents aient la qualité de locataire ou qu'un seul soit titulaire du bail, la circulaire du 25 mars 2019 dans son annexe 13 précise : « L'attribution de la jouissance provisoire du logement n'affecte pas l'ensemble des droits et obligations résultant du bail ».

Par ailleurs le juge fixe la durée de la jouissance pour une période qui ne peut dépasser six mois. Toutefois, lorsque le bien appartenant aux parents est en indivision, la mesure peut être prorogée à la demande de l'un ou l'autre des parents si, durant ce délai, le tribunal a été saisi des opérations de liquidation et de partage par la partie la plus diligente.

Cet article, qui figure dans le Code civil dans le titre traitant de l'autorité parentale, a vocation à s'appliquer au bénéfice de tout enfant mineur, que ses « parents » soient mariés, partenaires pacsés ou concubins en union libre. Sa raison d'être est la protection de l'enfant. Toutefois, ainsi que s'en étonne à juste titre M. Boisson (105), l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, qui définit les missions dévolues au juge des affaires familiales, a été complété dans un souci de coordination par un alinéa 4 dont la rédaction risque de laisser planer un doute s'agissant du domaine d'application de l'article 373-2-9-1 du Code civil : « Le juge aux affaires familiales connaît : (...) 4° Des demandes d'attribution à un concubin de la jouissance provisoire du logement de la famille en application de l'article 373-2-9-1 du Code civil », ce qui semble limiter l'application de l'article 373-2-9-1 aux seuls concubins. Ce serait oublier que l'article L. 373-2-9-1 ne fait aucune allusion au mode de conjugalité, ce qui est réaffirmé par la circulaire du 25 mars 2019 (106).

B/ Une protection propre aux partenaires pacsés : l'article 1751-1 du Code civil

2071 **– Renforcement de la protection. –** L'article 1751-1 du Code civil met en place une protection spécifique lors de la séparation des partenaires pacsés qui est à l'image de celle applicable aux époux. En effet, à la dissolution du pacte civil de solidarité, l'un des partenaires peut saisir le juge compétent en matière de bail, aux fins de se voir attribuer le droit au bail du local qui sert effectivement à l'habitation des deux partenaires. Le bail doit être exclusivement à usage d'habitation. Le texte exclut tout caractère commercial ou professionnel, et en conséquence les baux mixtes. On se référera utilement pour ces notions aux développements consacrés à l'article 1751 du Code civil (V. *supra*, n^{os} 2036 et s.). Le juge apprécie la demande qui lui est soumise en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties. L'intérêt des membres du couple comme de leurs enfants est ainsi sauvegardé. Cette attribution ne devient effective qu'à partir du jour où l'officier de l'état civil, le greffier du tribunal d'instance pour les Pacs conclus antérieurement au 1er novembre 2017 ou le notaire, après avoir enregistré la dissolution du Pacs, ont fait procéder aux formalités de publicité. L'attribution du bail est faite sous réserve que les créances ou droits à indemnité dus ou pouvant profiter à l'autre partenaire soient pris en compte dans le cadre du partage. Le bailleur est appelé à l'instance, ce qui lui permet d'être informé de la demande formulée puis de la décision prise par le juge, laquelle lui est opposable à compter de la dissolution du Pacs.

(105) M. Boisson, *La loi de programmation et de réforme de la justice, le parachèvement de la loi Justice 21 en matière de séparation de couple* : *JCP* N 2019, n° 14, art. 1160.

(106) Serait-ce la naissance d'un régime primaire commun à tous les couples ? Sur cette question : A. Tisserand-Martin, *La protection du logement familial : modèle pour un droit commun des couples*, in *Mél. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 829 et s.

C/ L'attribution préférentielle du logement

2072 – Ouverture de l'attribution préférentielle aux partenaires pacsés. – L'article 515-6 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 2006, a rendu applicable au partenaire pacsé, en cas de dissolution du pacte civil de solidarité, les dispositions des articles 831, 831-2, 832-3 et 832-4 du Code civil. Il lui a donc été reconnu la possibilité de solliciter l'attribution préférentielle.

Toutefois, notons d'ores et déjà qu'en cas de décès de l'un des partenaires, l'attribution préférentielle au survivant de la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement à l'habitation ne sera de droit qu'à la condition que le défunt l'ait prévu par testament. En ce cas, il pourra même obtenir des délais de paiement allant jusqu'à dix ans. L'attribution préférentielle sera facultative, libre au juge de l'accorder ou non.

2073 – Refus de l'attribution préférentielle aux concubins. – Un arrêt de principe de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 9 décembre 2003 a refusé sans ambiguïté l'attribution préférentielle aux concubins (107).

> **Protéger par les conventions d'indivision**
>
> Il est important d'inviter les concubins à établir des conventions d'indivision contenant la faculté d'acquisition prévue à l'article 1873-13 du Code civil en cas de décès. Il apparaît aujourd'hui nécessaire de publier ces conventions. Ainsi, en cas de décès, le notaire liquidateur de la succession ne peut omettre de régler la succession en franchise des droits du concubin.

Selon une jurisprudence constante, l'attribution préférentielle est exclue pour une indivision de nature conventionnelle et suppose que l'on soit en présence d'une indivision de nature « familiale », successorale ou conjugale, et désormais pacsimoniale.

Toutefois, il existe des tempéraments. Ainsi pour des concubins ayant acquis un immeuble en indivision puis s'étant mariés et ayant divorcé, il a été jugé qu'en raison de la nature familiale de l'indivision, l'attribution préférentielle de l'immeuble acquis pouvait être demandée (108).

2074 – *De lege ferenda.* – L'absence de protection légale de l'indivisaire qui occupe à titre de logement principal le bien indivis est source de précarité. En effet, son logement (et son mobilier) et celui de ses enfants est dépendant de la fragilité du statut de l'indivision et des modalités du partage. Une licitation lui imposera de déménager. Aussi le 111e Congrès des notaires de France (109) avait proposé l'instauration d'une attribution préférentielle facultative au profit de tout indivisaire. Le juge, en considération de la situation et des facultés de l'indivisaire occupant à payer la soulte à son coïndivisaire, pourrait octroyer cette protection. Il serait facile pour le législateur de permettre l'attribution préférentielle pour tout indivisaire occupant avec ses enfants le logement de la famille. Cela permettrait de résoudre bien des difficultés à l'occasion des séparations et des décès.

(107) Cass. 1re civ., 9 déc. 2003 : *Defrénois* 2004, I, p. 585, note J. Massip.
(108) Cass. 1re civ., 7 juin 1988 : *JurisData* no 1988-701776.
(109) Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*.

Section II La protection du logement du survivant

2075 Aujourd'hui la majeure partie des successions est composée du logement et de quelques économies (110). Ainsi le logement est au cœur du patrimoine des couples. Le législateur confère désormais une place importante au conjoint survivant (111) dans l'ordre successoral, allant même jusqu'à lui consentir une réserve héréditaire. À la suite des développements du 72e Congrès des notaires de France (112), il est apparu primordial au législateur de préserver le cadre de vie du conjoint survivant et de veiller au maintien de ses conditions d'existence. Il s'agissait également de protéger les proches et particulièrement les enfants lorsque le survivant est en période de grande fragilité émotionnelle et souvent économique. La mise en œuvre de cette protection issue de la loi du 3 décembre 2001 (113) dépend largement des choix juridiques opérés par le couple et du mode de conjugalité retenue. La protection va de pair avec l'engagement. Le statut du mariage demeure celui qui offre la protection la plus accomplie. Toutefois le législateur a fait évoluer, au fil des dernières réformes et notamment aux termes de la loi du 23 juin 2006 (114), la protection accordée aux partenaires pacsés. Les concubins restent exclus de cette protection.

2076 **– Droit de jouissance gratuite. –** La loi du 3 décembre 2001 a instauré au profit du conjoint successible deux nouveaux droits sur le logement constitutif de son habitation principale, lesquels ont vocation à se succéder dans le temps. Le premier est temporaire et prend la forme d'un droit de jouissance gratuite du logement et des meubles meublants le garnissant (C. civ., art. 763). La loi du 23 juin 2006 a permis au partenaire pacsé survivant de se prévaloir des deux premiers alinéas de l'article 763 du Code civil (C. civ., art. 515-6, al. 3) (**§ I**). Le second est un droit réel d'habitation viager assorti d'un droit d'usage sur le mobilier (C. civ., art. 764). Il reste réservé à l'époux survivant (**§ II**). L'article 765-2 du Code civil complète la protection du conjoint successible en lui attribuant un droit d'usage sur le mobilier dépendant de la succession garnissant le logement loué (**§ III**).

§ I La protection temporaire du logement du conjoint successible et du partenaire pacsé

2077 L'article 763 du Code civil reconnaît à l'époux successible un droit temporaire au logement sur l'habitation principale (**A**), dont va également profiter mais de manière atténuée le partenaire survivant (**B**). Les concubins en union libre sont totalement exclus de ce dispositif. Le maintien dans l'indivision temporaire, quant à lui, ne peut être demandé que par le conjoint ou un héritier du conjoint prédécédé (**C**).

A/ Le droit temporaire de jouissance du conjoint successible : article 763 du Code civil

2078 **– Conditions. –** Le droit temporaire de jouissance peut être analysé comme l'émergence d'une nouvelle disposition du régime primaire (115). Mme Watine-Drouin (116) a parfaitement souligné que l'article 763 du Code civil apparaît comme le prolongement, au-delà de la mort, de la protection conférée au logement familial par l'article 215, alinéa 3 du Code

(110) N. Baillon-Wirtz, *La famille et la mort*, *Defrénois*, coll. « Doctorat & Notariat », 2006, t. 17, no 296, p. 218.
(111) M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2017, no 167, p. 132.
(112) Deauville, 1975, *La dévolution successorale*.
(113) L. no 2001-1135, 3 déc. 2001 : *JO* 4 déc. 2001, p. 19279.
(114) L. no 2006-728, 23 juin 2006.
(115) B. Vareille, *Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant*, in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1721.
(116) C. Watine-Drouin, *Le statut du logement familial*, in *Mél. Ph. Simler*, LexisNexis, 2006, p. 261.

civil. Ce droit temporaire permet au conjoint successible d'avoir la jouissance gratuite du logement qu'il occupe à titre d'habitation principale pendant l'année qui suit le décès de son conjoint, ainsi que du mobilier le garnissant. Pour en bénéficier, doivent être remplies des conditions matérielles et juridiques :

- **conditions matérielles :** il doit s'agir de l'habitation principale et effective (elle n'était pas forcément commune avec le défunt). Les meubles doivent être des meubles meublants garnissant ce logement ;
- **conditions juridiques :** le logement doit dépendre de la succession dans son entier, pour partie de la succession l'autre appartenant au survivant voire à un tiers. Ce droit s'ouvre aussi si le local d'habitation était loué par les époux. Le conjoint pouvant en bénéficier est celui qui présente les qualités requises pour succéder au sens de l'article 732 du Code civil : « Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé ».

2079 **– Les caractères du droit annuel au logement. –** Ce droit est considéré comme un effet direct du mariage. Aussi il en découle qu'il est :

- impératif ou d'ordre public en ce que le *de cujus* ne peut en priver son conjoint qui ne peut non plus y renoncer par anticipation ;
- personnel au conjoint. Il est une créance sur la succession. Il n'est pas taxable et il constitue une charge de la succession déductible au titre du passif fiscal (il n'a pas à être publié au fichier immobilier).

2080 **– Les cas où il ne peut y avoir ce droit au logement. –** Le bien qui constitue l'habitation principale effective du conjoint successible doit dépendre intégralement de la succession ou avoir constitué un bien commun aux deux époux ou un bien indivis.

Cette condition de propriété a pour effet d'exclure du champ d'application du droit temporaire :

- le logement dont le défunt était seulement usufruitier. L'usufruit s'éteignant au décès, le bien ne se retrouve pas dans la succession ;
- le logement qui est la propriété exclusive du conjoint survivant, lequel ne peut se prévaloir d'aucun droit de créance à l'encontre de la succession.

La question de l'exclusion du droit temporaire se pose encore dans l'hypothèse où le logement appartenait à une société unipersonnelle dont le défunt était titulaire des parts ou à une société associant les deux époux (société civile immobilière notamment). L'immeuble est alors propriété de la personne morale et non propriété du défunt ou des deux conjoints, ce qui conduit à exclure l'application de ce texte. Dans une telle situation, soit un bail avait été conclu préalablement au décès, et dans ce cas l'article 1751 du Code civil accordera au survivant des époux un droit exclusif sur le logement, tandis que l'article 763 du même code mettra à la charge de la succession le remboursement des loyers pendant un an à compter du décès ; soit la jouissance du bien résultait d'un commodat et dans ce cas l'article 763 du Code civil n'a pas vocation à jouer (117). Certains auteurs expriment toutefois une opinion inverse, considérant que dans l'hypothèse où le défunt seul ou les deux époux détiennent les parts d'une société, le droit temporaire au logement doit s'appliquer (118).

2081 **– Modalités. –** Le droit viager au logement peut prendre trois formes. Soit il est une occupation gratuite du bien dépendant de la succession, soit il est le remboursement ou le

(117) Rép. min. Jeanjean : *JOAN* Q 2 mars 2004, p. 1643, n° 29660. – B. Vareille, *in Memento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, n° 23665.

(118) S. Ferré-André, *Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001* : *Defrénois* 2002, n° 13, p. 863. – C. Vernières, *Droits du conjoint au logement*, in *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2018-2019, n° 233-32.

paiement de l'indemnité d'occupation par la succession (bien dépendant de la succession pour partie et à un tiers pour l'autre partie), soit il est le remboursement des loyers si le logement était loué.

La succession doit-elle également verser au conjoint le montant de la taxe d'habitation, des charges de copropriété et plus généralement l'ensemble des charges locatives ? Une partie de la doctrine y est favorable, considérant que l'esprit de la loi conduit à concéder au conjoint survivant une occupation gratuite « de sorte que les charges seraient l'accessoire naturel des loyers » (119). D'autres auteurs ne partagent pas cette analyse dans la mesure où le texte ne fait référence qu'au remboursement des loyers (120). Ce point n'a pas encore été tranché par la jurisprudence.

Sur le plan fiscal, le montant des loyers ou l'indemnité d'occupation effectivement remboursé par la succession au conjoint successible est déductible de l'actif successoral (CGI, art. 775 *quater*). Aucune autre somme (notamment les charges locatives) n'est admise en déduction (121).

2082 **– Le mobilier. –** La notion de mobilier garnissant le logement désigne les meubles meublants au sens de l'article 534 du Code civil. La doctrine est favorable à une interprétation large de cette notion, de manière à y inclure les objets d'agrément tels que les tableaux (122) ou objets d'art qui font partie du cadre de vie de l'époux survivant. Encore faut-il, pour que le droit temporaire au logement s'exerce, que le mobilier ait été la propriété exclusive du défunt ou la propriété commune ou indivise des époux.

B/ L'extension de la protection du droit temporaire de jouissance au partenaire pacsé survivant : article 515-6, alinéa 3 du Code civil

2083 À sa naissance, le Pacs ne conférait aucun droit temporaire ou viager au logement à ses membres. La loi du 23 juin 2006 a étendu aux partenaires pacsés le bénéfice du droit temporaire au logement institué par l'article 763 du Code civil. Ce droit s'exerce au profit du partenaire dans les mêmes conditions que celles concernant le conjoint (123) sous les réserves ci-dessous exposées.

2084 **– Caractère supplétif des dispositions pacsimoniales. –** L'article 515-6 du Code civil renvoie les partenaires pacsés à l'application de l'article 763 du même code, mais seuls les deux premiers alinéas leur sont applicables. Ces règles sont supplétives et peuvent être écartées par le défunt par voie de testament. Cela se comprend aisément dans la mesure où le contrat de Pacs ne conférant pas de vocation successorale automatique, il ne saurait être question d'instituer là un droit d'ordre public.

C/ Le maintien en indivision

2085 **– Véritable prérogative. –** Organisé par les articles 821-1 et suivants du Code civil, le maintien en indivision n'est jamais de droit et doit être demandé au tribunal. La décision est

(119) C. Vernières, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 6e éd. 2018-2019, no 233.35.
(120) Rép. min. Morange : *JOAN* Q 11 janv. 2005, p. 373, no 42589. – B. Vareille, *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, 2019, no 23695.
(121) BOI-ENR-DMTG-10-40-20-10-10, no 140.
(122) Il a été jugé par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 oct. 1995 qu'un tableau de grande valeur (signé Poliakoff) a été qualifié de meuble meublant dans la mesure où il constituait une œuvre ornementale.
(123) O. Vergara, *L'organisation patrimoniale en couple*, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », 2017, nos 214-217, p. 87.

soumise à l'unique appréciation des juges. Le maintien en indivision ne peut être demandé que par le conjoint ou un héritier du conjoint prédécédé. Cette mesure protectrice permet aux demandeurs de s'organiser sur une sortie de l'indivision qui soit acceptable. Elle permet d'éviter une éviction brutale à laquelle les membres de l'indivision ne sont pas prêts. Le tribunal « statue en fonction des intérêts en présence et des possibilités d'existence que la famille peut tirer des biens indivis » (124). Ce maintien en indivision permet à l'époux occupant de rester dans son environnement jusqu'à la réunion par lui des fonds nécessaires pour désintéresser les indivisaires.

§ II La protection du logement par le droit viager

2086 Le droit viager au logement a vocation à prendre le relais du droit temporaire à la fin de l'année qui suit le décès avec une fonction identique : assurer au conjoint survivant, de façon pérenne, un toit et le maintien de son cadre de vie. Ce droit ne bénéficie qu'à l'époux successible qui, comme pour le droit temporaire au logement, occupe effectivement le bien immobilier à titre de résidence principale au moment de l'ouverture de la succession. Seul ce logement est concerné par la loi ; sa définition est la même que celle retenue par l'article 763 du Code civil.

Contrairement à l'article 763 du Code civil, le droit viager issu de l'article 764 du même code n'est pas alloué au survivant en plus de ses droits. Il s'exerce concurremment avec ceux-ci.

Ce texte s'applique aux successions ouvertes à compter de la publication de la loi du 3 décembre 2001 au *Journal officiel*, soit le 4 décembre 2001, s'agissant des époux.

A/ Le droit viager au logement : mise en œuvre

2087 À la différence du droit temporaire annuel, le droit viager au logement est un droit réel de nature successorale.

2088 **– Droit réel. –** Il doit être publié (125), par le notaire chargé du règlement de la succession, au service de la publicité foncière du lieu de la situation de l'immeuble. Le droit viager au logement s'exerce de façon différente si l'immeuble est détenu en propriété ou loué. Lorsque le logement est détenu en propriété, le conjoint peut prétendre à un droit d'habitation sur celui-ci et à un droit d'usage sur le mobilier le garnissant. Lorsqu'il est loué, le conjoint bénéficie uniquement d'un droit d'usage viager sur le mobilier. Dans cette dernière hypothèse, comme nous l'avons évoqué précédemment, le conjoint survivant bénéficie alors pour se maintenir dans les lieux des dispositions de l'article 1751 du Code civil ou, à défaut, des règles issues du droit commun des baux d'habitation (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 14).

Compte tenu de la particularité du droit viager, il est de l'intérêt de toutes les parties qu'il soit dressé un état du logement et un inventaire des meubles le garnissant.

Le conjoint survivant n'a pas à fournir caution.

2089 **– Conditions d'exercice de ce droit. –** Le logement qu'occupait à l'époque du décès le conjoint survivant à titre d'habitation principale, doit appartenir aux époux ou dépendre

(124) C. civ., art. 815-1.

(125) D. n° 55-22, 4 janv.1955, art. 28, 3°. – B. Vareille : *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, p. 370. Le défaut de publication du droit viager peut être sanctionné par des dommages-intérêts au profit de la personne qui prouve qu'elle a subi un préjudice en raison de son défaut de publication (D. 4 janv. 1955, art. 30, 4).

totalement de la succession. En ce cas, le droit viager ne s'applique pas si des tiers sont indivisaires (126). Le conjoint survivant ne bénéficie alors que du droit temporaire au logement d'un an par le versement d'une somme correspondant à une indemnité d'occupation tel que prévu à l'article 763 du Code civil. À tout le moins, il possède un droit viager d'usage sur le mobilier si celui-ci ne dépend pas d'une indivision.

2090 **– Lorsque le bien est la propriété d'une société civile immobilière**, l'article 764 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer. La protection du conjoint est alors à rechercher dans le contrat qui liait les époux et la société propriétaire. Si un bail a été conclu entre la société civile immobilière et le couple, la protection issue des articles 763 et 1751 du Code civil aura vocation à jouer. Si la jouissance du bien résultait d'un prêt à usage (commodat), la jouissance se poursuivra suivant les clauses et conditions de la convention (127).

2091 **– Droit viager et option successorale. –** Le législateur ne s'étant pas prononcé sur le fait de savoir si le conjoint survivant devait ou non avoir accepté la succession *ab intestat* pour pouvoir se prévaloir du droit viager prévu à l'article 764 du Code civil, la question reste posée et la doctrine divisée. Certains auteurs considèrent que ces droits viagers sont intimement liés à la vocation légale du conjoint survivant. Ainsi pour M. Vernières, « le droit viager s'analysant comme un droit de nature successorale, c'est en sa qualité d'héritier que le conjoint devrait pouvoir y prétendre, qualité qu'il perd s'il est indigne ou renonce à la succession » (128). Toutefois pour cet auteur, l'option pour bénéficier du droit viager s'exercera indépendamment de l'option successorale de droit commun. D'autres auteurs mettent en avant l'autonomie de ce droit viager qui participe d'une volonté affirmée de protection du logement et du cadre de vie de l'époux. Dès lors, le droit viager qui se rapproche d'une succession anomale doit faire l'objet d'une option indépendante (129). Si l'on retient cette seconde analyse, le conjoint survivant (130) (même indigne) (131) peut donc renoncer à la succession et exercer son droit viager au logement. Cette question n'a pas à ce jour été tranchée par la jurisprudence. Si le défunt a exhérédé son conjoint, ce dernier bénéficie tout de même des droits viagers sauf s'il en a été privé par testament authentique (C. civ., art. 764, al. 1).

2092 **– Caractère supplétif du droit viager. –** Le droit viager n'est pas d'ordre public, de sorte que le conjoint se trouve exposé au risque d'une exhérédation à la condition que celle-ci soit formulée dans un testament authentique qui requiert la présence de deux notaires ou d'un notaire assisté de deux témoins. Il convient d'interpréter strictement cette condition dont

(126) Le fait que le logement de la famille soit la propriété d'une indivision avec des personnes extérieures au couple est une situation fréquente dans des territoires où les indivisions se prolongent sur plusieurs générations, plus particulièrement dans les départements et régions d'outre-mer que sont la Guadeloupe et La Réunion, les collectivités uniques que sont la Martinique, La Guyane et Mayotte, les collectivités d'outre-mer que sont Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon ainsi que la Polynésie française. La loi n° 2019-786 du 26 juill. 2019 relative à la Polynésie française a vocation à réduire les cas d'indivision complexe tout en maintenant le caractère familial de la propriété immobilière. Son article 2 aménage l'application de l'article 757-3 du Code civil pour les biens situés en Polynésie française. Il crée par ailleurs un droit d'usufruit viager sur la quote-part indivise dépendant de la succession de l'époux, au profit du conjoint survivant qui occupait effectivement ce bien à l'époque du décès à titre d'habitation principale. L'article 2 est d'application immédiate.

(127) V. ce qui a été dit au sujet de l'article 763 du Code civil et dans le cadre de l'article 215, alinéa 3 du Code civil.

(128) M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, *op. cit.*, n° 233, 44, p. 507.

(129) B. Vareille, *Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant*, in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1728. – F. Vauvillé, *Les droits au logement du conjoint survivant* : *Defrénois* 2002, n° 20, p. 1277 et 1291. – V. Bouchard, *Le logement du conjoint survivant au bon vouloir des époux* : *JCP* N 2019, n° 42, 1318.

(130) F. Vauvillé, *Les droits au logement du conjoint survivant* : *Defrénois* 2002, 1291.

(131) V. Bouchard, *Le logement du conjoint survivant au bon vouloir des époux* : *JCP* N oct. 2018, n° 42, 1318.

l'objet est de s'assurer que le testateur a eu pleine conscience de la portée de sa décision. Ce formalisme est exigé même en présence de dispositions à cause de mort antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001 qui a institué les droits temporaire et viager du conjoint sur son logement (132) Ce formalisme authentique doit certainement s'appliquer à toute disposition testamentaire qui aboutirait à supprimer de façon indirecte ou à restreindre l'application du droit viager. Ainsi un legs à un tiers portant sur le logement ne privera le conjoint survivant de son droit viager que si cette disposition figure de manière explicite dans un testament authentique. Certes, selon certains auteurs, un tel legs établi en la forme authentique vaudrait exhérédation implicite des droits viagers. Toutefois, la solution n'allant pas de soi dans la mesure où le legs du logement n'est pas incompatible avec l'exercice par le conjoint de son droit d'usage et d'habitation, il est prudent de recourir à une disposition explicite qui préviendra toute volonté contraire.

La forme authentique se révélera également indispensable si le testateur entend interdire à son conjoint toute mise en location de son logement alors que celui-ci n'est plus adapté à ses besoins ou encore s'il entend limiter dans le temps le droit d'usage et d'habitation.

Bien entendu, rien n'interdit à l'époux d'aménager de façon plus favorable le droit viager au logement aux termes d'un testament qui pourra être olographe, bien que le conseil d'un praticien soit le bienvenu pour s'assurer de l'efficacité des clauses testamentaires.

2093 – Articulation du droit de retour des collatéraux privilégiés (C. civ., art. 757-3) avec le droit viager au logement. – Selon le ministère de la Justice, le droit de retour légal dont bénéficient les collatéraux privilégiés en présence d'un conjoint survivant, sur le logement reçu par le défunt par donation ou succession, ne ferait pas obstacle à l'exercice par l'époux de ses droits viagers d'habitation et d'usage (133). Si cette position est conforme à l'esprit de la loi qui entend protéger le conjoint survivant, elle conduit à s'interroger sur la nature du droit de retour des collatéraux privilégiés (134). Ce point n'a pas été tranché par la jurisprudence.

2094 – Délai et formalisme de la demande du conjoint survivant. – Selon l'article 765-1 du Code civil, le conjoint successible a une année pour revendiquer le bénéfice à son profit du droit viager (135). Ce droit n'est pas applicable spontanément, il est nécessaire qu'il soit demandé par le conjoint. Cette manifestation de volonté n'est soumise à aucun formalisme. Dans un arrêt du 13 février 2019, la Cour de cassation (136) rappelle que la manifestation de volonté peut être tacite. Elle considère que le conjoint survivant qui s'est maintenu dans les lieux et qui, d'une part, a fait valoir dans une assignation en partage judiciaire délivrée à son cohéritier dans les quatre mois du décès, son intention de conserver le logement et, d'autre part, a demandé au notaire d'établir un projet d'acte de notoriété confirmant cette volonté, a manifesté tacitement sa volonté de bénéficier du droit viager au logement. Ceci étant, il est toutefois recommandé au conjoint survivant de formuler sans ambiguïté sa demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par exploit d'huissier soit auprès des héritiers, soit auprès du notaire chargé du règlement de la succession, dans l'année suivant le décès.

(132) Cass. 1re civ., 15 déc. 2010 : *JCP* N 2011, no 22, 1189, p. 29, note Ch. Lesbats ; *JCP* N 2011, nos 14-15, 1121, note F. Sauvage.
(133) Rép. min. Brunel : *JOAN* Q 14 nov. 2006, no 104803.
(134) O. Perrin, *L'évolution des droits de retour dans le Code civil depuis les lois de 2001 et 2006* : *RTD civ.* 2016, p. 49.
(135) C. civ., art. 765-1.
(136) Cass. 1re civ., 13 févr. 2019 : *JCP* N 2019, no 10, act. 280, note D. Apailly.

B/ La portée du droit viager au logement

2095 **– Modalités d'exercice du droit viager. –** Les droits d'habitation et d'usage du conjoint s'exercent dans les conditions prévues aux articles 627, 631, 634 et 635 du Code civil. Dès lors, celui-ci doit exercer ses droits raisonnablement et devra assumer les réparations d'entretien et le paiement des contributions comme un usufruitier (ou au prorata s'il n'occupe qu'une partie du logement ou ne perçoit qu'une partie des fruits). Il ne lui est pas permis de céder son droit viager (C. civ., art. 631 et 634). Ce droit a vocation à s'éteindre au plus tard au décès de son titulaire. Il peut toutefois prendre fin du vivant de l'époux qui en est le bénéficiaire, notamment par l'effet d'une déchéance en cas d'abus de jouissance, par la perte du bien ou l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le conjoint survivant bénéficie d'une indemnité versée par l'assurance en cas de dépréciation du bien lié à un risque couvert par une police. La même solution vaut en cas d'expropriation publique. Ce droit peut également faire l'objet d'une conversion en une rente ou un capital. Bien que l'article 631 du Code civil interdise à l'usager de louer, cette interdiction comporte une exception pour le conjoint.

2096 **– Conversion du droit viager. –** Le conjoint et ses cohéritiers peuvent par convention convertir les droits d'habitation et d'usage en une rente viagère ou un capital (C. civ., art. 766). Cette conversion est soumise à un accord unanime des parties. La jurisprudence applique le barème de l'usufruit économique (137). En revanche, la doctrine préconise d'utiliser la référence au loyer que peut dégager l'immeuble. En cas de choix pour une rente viagère, le rédacteur sera avisé d'insérer une clause d'indexation, l'indice du coût de la construction étant un choix judicieux. Si le choix des parties se porte sur l'attribution d'un capital, il est prévu de retenir la valeur locative mensuelle du bien, de la traduire en valeur annuelle et d'appliquer le barème des compagnies d'assurance pour le calcul de la capitalisation d'une rente.

2097 **– Autorisation de consentir un bail sous certaines conditions. –** Le droit viager est un droit « d'habitation bonifié » (138). C'est ainsi que l'époux survivant peut donner à bail (139) l'immeuble (à un usage autre que commercial et rural) et en percevoir les loyers lorsque trois conditions précises sont remplies :

- le constat d'une inadaptation du logement à ses besoins ;
- la définition d'un nouvel hébergement plus adapté ;
- l'insuffisance des ressources du conjoint pour y pourvoir.

Le législateur n'a prévu aucun contrôle du respect de ces conditions, ni aucune information à délivrer aux héritiers ou autorisation préalable à solliciter d'eux. Toutefois, il sera préférable qu'ils en aient connaissance pour prévenir tout conflit. N'oublions pas que le conjoint survivant peut se voir frappé d'une interdiction de louer ou d'une restriction de location par un testament authentique établi par le défunt. Dans cette hypothèse, le droit viager dégénère en un droit d'habitation de droit commun.

2098 **– Droit prévalant sur l'attribution préférentielle. –** Les droits résultant de l'attribution préférentielle ne préjudicient pas aux droits viagers d'habitation et d'usage que le conjoint peut exercer en vertu de l'article 764 (C. civ., art. 831-3). Dès lors, l'héritier qui se verrait attribuer le logement à ce titre devrait respecter le droit d'habitation et d'usage du conjoint bénéficiaire des droits viagers.

(137) Cass. 1re civ., 25 févr. 1997 : *JCP* N 1997, no 43, p. 1317, obs. M. Goudet.
(138) M. Grimaldi, *Les nouveaux droits du conjoint survivant* : *AJF* 2002, no 2, p. 51.
(139) V. Bouchard, *Le logement du conjoint survivant au bon vouloir des époux* : *JCP* N oct. 2018, no 42, 1318.

2099 **– Évaluation, fiscalité et publicité foncière. –** Fiscalement, le droit viager est évalué à 60 % (CGI, art. 762 *bis*) de la valeur de l'usufruit et est donc déduit de la part des autres héritiers. Pour la liquidation civile, il est bien évidemment préférable de retenir la valeur civile de l'usufruit civil (140). À l'image de tout droit réel immobilier, le droit viager au logement doit faire l'objet d'une publication au fichier immobilier. Il appartient donc d'établir un acte d'attestation immobilière constatant ce droit et de le publier au service de la publicité foncière.

C/ L'imputation des droits d'habitation et des droits légaux du conjoint

2100 **– Ordre d'imputation. –** L'article 765 du Code civil énonce l'ordre des imputations. Selon son alinéa 1er : « La valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint ». Les droits viagers sont traités comme une attribution prioritaire. Le législateur n'ayant pas été jusqu'à accorder au conjoint la gratuité de l'octroi de ces droits, ils ne s'ajoutent pas aux droits que le conjoint recueille au titre de la dévolution (141). En conséquence, le conjoint recevra sa part successorale amputée de la valeur de ce droit viager.

Le législateur a prévu une alternative :

- si la valeur des droits d'habitation et d'usage est inférieure à la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint, celui-ci pourra percevoir le complément sur les biens existants. Il s'agit pour l'époux d'une simple faculté. Il peut choisir de ne pas solliciter ce complément ;
- si cette valeur est supérieure, le conjoint « n'est pas tenu de récompenser la succession à hauteur de cet excédent », ce qui lui est particulièrement favorable.

En présence d'une libéralité consentie par le défunt de son vivant à son conjoint, se pose un problème lié à l'ordre d'imputation de celle-ci. Aux termes de l'article 758-6 du Code civil, cette libéralité doit s'imputer elle aussi sur les droits légaux du conjoint. Est-ce donc cette libéralité ou le droit viager profitant au conjoint qui doit s'imputer en premier ? Certains auteurs donnent la primauté au droit viager eu égard à la faveur particulière qu'a entendu lui réserver le législateur (142). D'autres auteurs sont d'un avis inverse par application des règles classiques d'imputation.

Notons que les droits viagers se trouvent naturellement compris dans l'usufruit universel dont bénéficie le conjoint survivant par l'effet de la loi ou la volonté du prémourant. Il n'y a pas ici d'utilité à pratiquer une imputation. Il en est de même quand le conjoint recueille la pleine propriété de la succession. L'évaluation des droits légaux aux fins d'imputation n'a dès lors d'intérêt que lorsque l'époux survivant a vocation à recevoir dans la succession une quote-part en pleine propriété ou en usufruit.

§ III La protection par l'attribution définitive du logement

2101 Les notaires sont fréquemment interrogés sur le point suivant : comment assurer la protection du conjoint survivant afin que celui-ci détienne les pleins pouvoirs sur le logement qui constitue sa résidence principale au moment du décès du prémourant ? La volonté de

(140) B. Vareille (ss dir.), *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, no 23885. – C. Vernières, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 6e éd. 2018-2019, no 233.72.

(141) C. Vernières, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, *op. cit.*, no 233.71.

(142) F. Gémignani et G. Bonnet, *Les conséquences de l'imputation des libéralités sur le quart légal en propriété du conjoint survivant* : *JCP* N 2010, no 1147. – B. Vareille, *Réflexions sur l'imputation en droit des successions* : *RTD civ.* 2009, p. 15, no 28.

garantir au conjoint survivant la pleine propriété du logement est souvent motivée, au crépuscule de la vie ou lorsque les époux prennent leur retraite, par le constat de l'allongement de la vie mais aussi par la perspective d'un placement en Ehpad. Le couple exprime donc le désir de maintenir au survivant son indépendance financière et juridique afin de lui éviter d'avoir à faire appel à ses enfants dans le cadre de l'obligation alimentaire et de pouvoir disposer du logement seul comme bon lui semble. Les époux préoccupés par ces considérations successorales vont puiser dans les règles des régimes matrimoniaux des solutions de nature à répondre à leurs attentes. Cela les conduira à procéder à un changement ou à un aménagement de leur régime matrimonial. Cette protection spécifique résultera donc d'un avantage matrimonial (**A**). À défaut, le conjoint pourra invoquer l'attribution préférentielle légale (**B**).

A/ La protection offerte par les conventions de mariage

2102 **– Le sort des biens communs. –** Aux termes de l'article 1497 du Code civil, les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de convention non contraire aux articles 1387, 1388 et 1389 du Code civil. Les règles de la communauté légale restent applicables pour tous les points qui n'ont pas fait l'objet d'une convention entre les parties.

En conséquence, les époux peuvent avoir recours à des clauses qui vont modifier les règles de la liquidation et du partage de la communauté et qui pour l'une d'entre elles va également avoir un impact sur la composition de la masse commune. Le choix qui sera opéré sera l'aboutissement d'une réflexion approfondie menée par les époux avec le concours de leur notaire.

En l'état actuel du droit fiscal, les biens qui sont dévolus par le jeu d'une convention de mariage ne sont pas imposables (143), mais la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 qui exonère le conjoint des droits de mutation par décès a ôté l'attrait fiscal de l'avantage matrimonial, seul demeure donc son intérêt civil.

I/ La clause de prélèvement moyennant indemnité

2103 Par l'effet de cette clause, réglementée par les articles 1511 à 1514 du Code civil, les époux peuvent stipuler que « le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit » jouit d'une faculté d'attribution préférentielle conventionnelle « de certains biens communs », à charge d'en tenir compte à la communauté d'après leur valeur au jour du partage, sauf s'il en a été décidé autrement aux termes du contrat de mariage. Seul l'époux bénéficiaire peut exercer la faculté d'attribution, considérée comme strictement personnelle, et non ses héritiers s'il est décédé sans l'avoir fait, sauf clause contraire du contrat de mariage.

2104 **– Nature juridique et effets. –** Le prélèvement constitue une opération de partage et le bien prélevé sera imputé sur la part du bénéficiaire dans la communauté (144). Si sa valeur excède cette part, il y aura lieu au règlement d'une soulte. Toutefois, le dernier alinéa de l'article 1514 du Code civil prévoit que les époux peuvent convenir que l'indemnité due par l'auteur du prélèvement s'imputera subsidiairement sur ses droits dans la succession de l'époux prédécédé. Les époux peuvent également définir dans la convention matrimoniale les modalités de paiement de la soulte éventuelle. Il peut arriver que le conjoint survivant exerce sa faculté de prélèvement avant le partage global de la communauté et de la succes-

(143) Cass. 1re civ., 6 mai 1997 : *Defrénois* 1997, art. 36640, p. 1086, obs. G. Champenois.
(144) Pour la Cour de cassation, la clause de prélèvement de biens communs s'analyse non pas comme un avantage matrimonial, mais comme une opération de partage.

sion par une notification adressée aux héritiers. Se pose alors la question de savoir si l'exercice du prélèvement vaut partage partiel au jour de la levée de l'option, l'époux devenant seul propriétaire du bien. La majorité de la doctrine y est favorable (145).

Dès lors, certains auteurs conseillent de prévoir dans le contrat de mariage que l'imputation se réalisera en tenant compte de la valeur du bien à la date à laquelle la faculté de prélèvement sera exercée en l'assortissant ou non d'une clause d'indexation (146). Le ou les biens soumis au prélèvement figurent à l'actif de la communauté et demeurent donc le gage des créanciers qui peuvent les saisir à l'image des autres biens qui la composent. La clause de prélèvement moyennant indemnité constitue un gain de survie lorsqu'elle est prévue pour le seul cas de dissolution de la communauté par décès (147). Il y a lieu de ne pas oublier que la faculté de prélèvement est caduque si le conjoint ne l'a pas exercée par une notification faite aux héritiers dans le délai d'un mois à compter du jour où ceux-ci l'auront mis en demeure de prendre parti. Cette mise en demeure ne peut intervenir avant l'expiration du délai de trois mois et quarante jours prévu pour faire inventaire et délibérer. Le contrat de mariage peut également mentionner des délais ou des modalités de notification différents.

2105 **– Intérêt de la clause de prélèvement moyennant indemnité. –** Cette clause permet à l'époux survivant de conserver la propriété du ou des biens qui en font l'objet et notamment du logement de la famille avec le mobilier le garnissant, sans nuire à l'égalité en valeur entre les copartageants. Sa rédaction devra être claire, précise et anticiper les différentes questions qui pourront se poser lors de son application. La clause de prélèvement moyennant indemnité prime l'attribution préférentielle légale ; elle conserve ainsi tout son intérêt pour le conjoint survivant.

II/ La clause de préciput

2106 Régie par les articles 1515 à 1519 du Code civil, la clause de préciput est la faculté consentie par contrat de mariage à un époux de prélever sur la communauté avant tout partage « soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens », en l'absence de toute contrepartie. Il y a donc cette fois-ci atteinte à l'égalité dans le partage (148).

Cette technique assure la possibilité au conjoint de se protéger efficacement en prélevant au décès de son époux, avant toute autre opération, le logement de la famille et les meubles qui le garnissent dépendant de la communauté.

2107 **– Objet de la clause de préciput. –** Son objet est large et permet donc d'opérer le prélèvement de tous biens immobiliers, mais aussi de participations détenues par la communauté dans des sociétés civiles ou dans des entreprises, ou encore sur les comptes bancaires existant au décès sans que cette liste soit limitative. Un préciput peut être constitué sur un contrat d'assurance-vie alimenté par des deniers communs permettant ainsi

(145) Sur cette controverse : Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 8e éd. 2010, no 738 ; de même certaines décisions considèrent que l'exercice de l'option n'est pas de nature à faire sortir le bien de l'indivision tant que le partage de la communauté n'est pas intervenu : Cass. 1re civ., 17 oct. 1956 : *Bull. civ.* 1956, I, no 355. – Cass. 1re civ., 28 avr. 1971, no 70-10.665 : *Bull. civ.* 1971, I, no 135 ; *JCP* G 1971, II, 16935, note P. Malaurie, 2e esp. ; *D.* 1972, 495, note G. Morin.

(146) Pour les difficultés que peut engendrer une modification de la date d'évaluation, se reporter à : G. Bonnet, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2018-2019, no 152.83, p. 324 ; et égal. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2001, no 707, p. 582.

(147) Notons que cette clause peut être prévue quelle que soit la cause de la dissolution de la communauté.

(148) Sur le préciput, F. Terré et P. Simler, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, nos 740 et s.

au conjoint survivant souscripteur d'extraire la valeur de rachat du contrat de la masse commune, d'où son intérêt sur le plan civil et hier encore sur le plan fiscal. Le préciput peut porter sur la pleine propriété ou sur l'usufruit. La protection développée pour le préciput en usufruit mérite que l'on s'y arrête. Elle présente l'intérêt de préserver les intérêts des héritiers réservataires tout en permettant au conjoint survivant de bénéficier de l'usufruit du logement sa vie durant. Il est conseillé aux notaires d'aménager la clause d'exercice de l'usufruit et de la nue-propriété selon les désirs du couple. Ne peut-on pas également envisager une clause de préciput portant sur un droit d'usage et d'habitation ? À notre connaissance, rien ne s'y oppose.

2108 **– Exercice du préciput. –** Le législateur n'a imparti au bénéficiaire de la clause de préciput aucun délai pour faire valoir son droit. On en conclut qu'il peut le revendiquer tant que le partage n'est pas intervenu, sauf à s'être inspiré dans le contrat de mariage des dispositions prévues à l'article 1513 du Code civil pour la clause de prélèvement moyennant indemnité.

2109 **– Nature juridique du préciput. –** Pour la grande majorité de la doctrine, l'article 1515 du Code civil ne prévoit le préciput qu'au profit de l'époux survivant ou de l'un d'eux s'il survit (149). La clause ne serait conçue que comme un gain de survie ; elle apparaîtrait donc comme plus restrictive que la clause de prélèvement moyennant indemnité. Rien ne s'oppose, bien que cela paraisse inopportun, à ce que le contrat de mariage prévoie que le préciput sera maintenu au profit du survivant, malgré la survenance d'un divorce (ou d'une séparation de corps).

Toutefois, par application de l'article 265 du Code civil, l'époux qui a concédé cet avantage matrimonial à son conjoint devra alors confirmer sa volonté de le maintenir. Si tel est le cas, il y a aura lieu de respecter les dispositions de l'article 1518 du Code civil.

Le préciput étant un gain de survie, il est sans effet à la dissolution de la communauté par divorce (ou séparation de corps). Par contre, il a vocation à s'appliquer au décès du conjoint du bénéficiaire.

2110 **– Effets de la clause. –** Le survivant des époux, ou celui nommément désigné s'il survit, va prélever le bien objet du préciput sans avoir à fournir aucune contrepartie, le solde de la communauté devant, en l'absence d'une autre clause particulière, se partager par moitié.

Le préciput ne modifie pas la répartition du passif entre les époux et ne peut donc s'exercer que sur l'actif net de la communauté. Le bénéficiaire du préciput ne peut donc s'opposer à ce que les créanciers exercent leurs poursuites sur le bien objet du préciput et le fassent vendre. Dans cette hypothèse, l'époux pourra alors demander le paiement d'une valeur équivalente sur le reste des biens communs (C. civ., art. 1519). Toutefois, le préciput ne saurait jouer sur une succession déficitaire.

Il y a lieu d'être vigilant lors de la rédaction afin que la clause de préciput ne soit pas « disqualifiée » et interprétée comme étant une clause de partage inégal de la communauté, laquelle n'emporte pas les mêmes effets (150).

Aux termes de l'article 1516 du Code civil : « Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés ». Sur le plan civil, le préciput n'est donc pas considéré comme

(149) *Rép. dr. civ.* Dalloz, V° *Communauté conjugale*, mars 2013, par A. Chamoulaud-Trapiers, act. oct. 2016, n°s 267 à 269. – J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 710. – A. Tisserand-Martin, *Réflexion autour de la notion d'avantage matrimonial*, in *Études Béguin*, LexisNexis, 2005. – *Contra* G. Cornu, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, PUF, coll. « Thémis droit », 7e éd. 1995, n° 111, p. 583.

(150) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, *Contrat de mariage, Prélèvement moyennant indemnité. Préciput. Partage inégal. Attribution intégrale*, n° 92, par M. Mathieu. – Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 753, *in fine*.

une libéralité. Il est toutefois constitutif d'un avantage matrimonial et ouvre droit, pour les enfants du premier lit, à l'action en retranchement (C. civ., art. 1527).

Sur le plan fiscal, le préciput n'est pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit, mais il a y lieu d'acquitter le droit de partage sur la valeur nette déclarée.

La protection du logement par les avantages matrimoniaux

Un régime matrimonial conventionnel peut comporter plusieurs séries de clauses dont certaines peuvent avoir pour effet de modifier la composition des masses de biens (propres et communs), d'autres aménageant la liquidation et le partage de communauté.
Ainsi les époux désireux de voir le bien propre constituant leur logement être prélevé par le conjoint survivant, au décès du prémourant même si le bien est propre à ce dernier, peuvent dans le contrat de mariage ou dans une convention matrimoniale modificative, stipuler :
1) l'apport par l'époux propriétaire du bien propre de ce bien à la communauté. Cet apport constitue un avantage matrimonial sujet à l'action en retranchement en présence d'enfant d'un premier lit. L'entrée de ce bien dans la communauté produit immédiatement ses effets. Rappelons qu'aux termes de l'article 265, alinéa 1 du Code civil, « le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage », cette clause n'est donc pas soumise à la révocation automatique. Toutefois, eu égard aux dispositions de l'article 265, alinéa 3 du Code civil, le contrat de mariage peut prévoir que les époux pourront reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté. Il y aura donc un choix à effectuer ;
2) puis prévoir une clause de préciput portant sur ce bien devenu commun, au bénéfice de l'époux survivant, à l'occasion de la dissolution de la communauté consécutive au décès de l'un des conjoints. Cette clause de préciput peut n'être stipulée qu'au bénéfice de l'un des conjoints. Par ailleurs, il pourrait être prévu une liquidation alternative suivant que tel ou tel événement sera ou non survenu préalablement à la dissolution de la communauté par décès. À titre d'exemple, rien ne s'oppose à ce que le bénéfice de la clause de préciput soit lié au fait que le conjoint ne dispose pas au décès d'un montant de ressources prédéterminé et indexé (151).
La clause de préciput peut donc être modulée ou couplée avec d'autres clauses, de manière à parvenir au résultat souhaité par les époux. De façon générale, elle présente un réel intérêt sur le plan civil pour le conjoint survivant en lui permettant de choisir librement tout ou partie des biens qui composent le préciput, sans que la réserve des enfants nés de l'union constitue un obstacle.
Toutefois, les enfants issus d'une autre union pourront exercer l'action en retranchement. Cet avantage matrimonial peut être complété par un legs d'usufruit au profit du conjoint.

III/ Les autres avantages matrimoniaux

2111 – Les avantages qui dépassent la protection du seul logement. – D'autres avantages matrimoniaux peuvent permettre l'attribution au conjoint survivant du logement du couple, comme une clause de partage inégal ou d'attribution intégrale de la communauté. Néanmoins, ces avantages dépassent largement l'attribution ou le prélèvement du seul bien que constitue le logement puisqu'ils s'appliquent à une masse plus large de biens.

IV/ La limite successorale des avantages matrimoniaux : le retranchement

2112 – Avantage matrimonial et action en retranchement. – L'article 1527, alinéa 2 du Code civil, qui figure dans le chapitre consacré au régime de la communauté, en donne la définition suivante : au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 du même code sera sans effet pour l'excédent. Toute-

(151) G. Bonnet, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2018-2019, n° 151.11, p. 322.

fois, les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique qu'inégaux des deux époux ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit.

Un époux peut renoncer à invoquer l'avantage matrimonial qui lui est consenti. Il a été jugé qu'un époux indigne peut parfaitement conserver l'avantage matrimonial dont il bénéficie. L'avantage matrimonial est soumis à une unité de régime juridique à l'occasion du divorce des époux et à une dualité de traitement lors de l'ouverture de la succession du prémourant des époux.

V/ L'avantage matrimonial au regard du droit des successions

2113 **– En présence d'enfants issus des deux époux. –** L'époux survivant bénéficie d'un régime juridique de faveur. L'avantage matrimonial n'est ni rapportable ni imputable sur la vocation légale du conjoint survivant. Il n'est pas réductible pour atteinte à la réserve. Il ne peut être révoqué en application des articles 953 et suivants du Code civil.

2114 **– En présence d'enfants non issus des deux époux. –** Tous les enfants naturels ou non qui ne seraient pas issus de l'union des deux époux sont titulaires d'une action en retranchement. Les enfants communs ou l'enfant d'un époux adopté par l'autre sont exclus de cette action en retranchement (152).

Son objet est la protection de la réserve de l'enfant né d'une autre union, que le législateur a jugé plus exposé à une spoliation que celui né de l'union des époux. L'avantage matrimonial dégénère en une donation et l'action en retranchement s'apparente à l'action en réduction. Et il est procédé de la même manière pour calculer la quotité disponible et imputer les libéralités et l'avantage matrimonial en question. Reste à déterminer son rang et son secteur d'imputation. Bien que cela soit sujet à des hésitations, on considère qu'il doit être imputé à la date de la convention matrimoniale qui le crée. Quant à son secteur d'imputation, c'est bien évidemment la quotité disponible spéciale entre époux (153).

Une fois la succession liquidée, et si l'avantage matrimonial excède la quotité disponible spéciale entre époux, il y lieu à retranchement. Il s'effectuera par le versement d'une indemnité de réduction en valeur, bien évidemment à l'enfant non commun titulaire de l'action, mais aussi à tous les autres héritiers non remplis de leur réserve (154), suivant le droit commun de la réduction (155).

Par ailleurs, il est toujours possible à un enfant non issu des deux époux de renoncer de façon anticipée (et définitive) à l'exercice de l'action en retranchement qui n'est rien d'autre qu'une action en réduction, dans les formes des articles 929 à 930-1 du Code civil. Toutefois, toute renonciation de la part de l'enfant d'une autre union est pour lui lourde de conséquences, car elle l'empêche de venir à la succession du conjoint survivant.

(152) Cass. 1re civ., 7 juin 2006, nº 03-14.884 : *Bull. civ.* 2006, I, nº 295 ; *Defrénois* 2006, 1578, note B. Vareille, et 1614, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2006, 749, obs. J. Hauser.

(153) B. Vareille (ss dir.), *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, nº 29800.

(154) B. Vareille (ss dir.), *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, nº 29690. – J. Flour et G. Champenois, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, nº 722, nº 152.22, par G. Bonnet.

(155) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, nº 29815. L'auteur rappelle que dans la mesure où les conditions de l'article 924-1 du Code civil sont réunies, l'époux bénéficiaire de l'avantage matrimonial peut privilégier la solution du retranchement en nature, notamment dans l'hypothèse d'une solvabilité insuffisante.

Aussi le dernier alinéa de l'article 1527 du Code civil a-t-il prévu une solution alternative : l'enfant titulaire de l'action en retranchement a la faculté de renoncer par anticipation, du vivant des deux époux et dans les formes des articles 929 à 930-1 du Code civil, à exercer l'action du vivant du conjoint bénéficiaire de l'avantage matrimonial. À ce titre, le renonçant peut requérir qu'il soit dressé inventaire des meubles et état des immeubles et il lui est accordé un privilège sur les meubles (156). La renonciation est ainsi purement provisoire, car l'enfant issu d'une autre union pourra exercer l'action en retranchement contre la succession du conjoint survivant. Cela suppose que la prescription de l'action en retranchement soit suspendue pendant la vie du conjoint survivant (157). Toutefois, ce report n'est satisfaisant ni pour les héritiers du conjoint survivant qui seront confrontés à la demande du bénéficiaire de l'action en retranchement, ni pour l'enfant non issu des deux époux qui, malgré les garanties offertes par le législateur, n'est pas à l'abri de trouver une succession vidée de ses actifs. Cette alternative a donc peu de chance de prospérer.

2115 – Avantage matrimonial et succession *ab intestat*. – Lorsque l'avantage matrimonial est sujet à retranchement, cela signifie que la quotité disponible spéciale entre époux est épuisée. Dès lors, l'époux survivant ne peut plus prétendre à rien au titre de sa vocation *ab intestat* (C. civ., art. 758-6). Lorsque l'avantage n'est pas sujet à retranchement, la question de savoir si l'avantage matrimonial doit être traité comme une donation dans la suite de la liquidation ou s'il y a lieu de ne pas en tenir compte n'est pas tranchée par la jurisprudence. Une certaine doctrine considère toutefois que la qualification de donation n'a de raison d'être que pour assurer la protection de la réserve des enfants non issus de l'union des époux. Dès lors que la réserve est sauve (ou qu'aucun enfant n'entend invoquer l'action en retranchement), il n'y aurait lieu ni à rapport ni à imputation de l'avantage matrimonial (158).

2116 – La clause commerciale, ou comment transmettre à son conjoint un bien propre ou un bien personnel. – Issue de la pratique notariale et de la clause de prélèvement moyennant indemnité, la clause dite « commerciale », consacrée dans le Code civil à l'article 1390 (159), prévoit qu'au décès de l'un des époux et dans ce cas seulement, le survivant aura la faculté d'acquérir ou de se faire attribuer aux termes du partage un ou des biens personnels du prémourant.

Cette clause peut avoir pour objet tout bien personnel de l'un des conjoints, quel que soit leur régime matrimonial, communautaire, séparatiste ou régime de participation aux acquêts (160). La stipulation peut s'appliquer à des biens présents ou futurs ; une détermination par espèce suffit. Devant porter sur « certains biens personnels du défunt », elle ne

(156) L'article 1527, alinéa 3 renvoie s'agissant au privilège octroyé sur les meubles au 3° de l'article 2374 du Code civil. L'article 2374, 3° traite du privilège sur les immeubles successoraux dont bénéficie l'héritier réservataire, dans le cadre d'un partage successoral, en garantie du règlement de l'indemnité de réduction d'une libéralité excessive. L'avantage matrimonial qui est traité en présence d'un enfant non issu de l'union des époux comme une libéralité pouvant donner lieu à une indemnité de réduction doit entrer dans cette classification.

(157) L'action en retranchement étant une action en réduction appliquée à l'avantage matrimonial, elle obéit aux mêmes règles de prescription qui résultent de l'article 921, alinéa 2 du Code civil.

(158) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, n° 29830. – G. Bonnet, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 6e éd. 2017, p. 327, n° 152.22.

(159) C'est la loi n° 65-570 du 23 juill. 1965 qui a validé la clause commerciale ; elle a étendu cette validation à la clause figurant dans un contrat de mariage signé antérieurement à son entrée en vigueur sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée.

(160) Lorsque cette clause a pour objet un fonds de commerce exploité dans l'immeuble personnel de l'époux prédécédé, l'article 1390, alinéa 2 du Code civil stipule que le contrat de mariage peut prévoir que l'époux survivant pourra exiger des héritiers du défunt qu'ils lui consentent un bail portant sur ledit immeuble.

pourrait avoir pour objet l'universalité des biens du défunt ou une quote-part de cette universalité. Bien que cette clause n'ait pas vocation à porter sur la totalité du patrimoine du prémourant, le bien concerné pourrait constituer le seul actif du défunt, et plus particulièrement le logement.

Le conjoint survivant, bénéficiaire d'une simple faculté, doit faire part aux héritiers de l'époux prédécédé de sa volonté de l'exercer de façon expresse et non équivoque bien qu'aucune forme particulière ne soit requise par la loi. À défaut, les héritiers peuvent le mettre en demeure de prendre parti (161). Le conjoint dispose alors d'un mois pour notifier aux héritiers son intention de mettre en œuvre la clause. S'il demeure taisant, la faculté qui lui était ouverte devient caduque. L'évaluation du bien doit être faite au jour où cette faculté est exercée (162). Des délais de paiement raisonnables peuvent être fixés dans le contrat de mariage (cinq ans par exemple).

La « clause commerciale » ne constitue pas un avantage matrimonial en ce qu'elle porte sur les biens propres ou personnels d'un époux. Cette clause constitue une autre facette de la protection dédiée à l'époux survivant permettant de lui conférer des droits portant sur les biens propres ou personnels du prémourant, mais ce à titre onéreux. Par sa nature, elle n'est pas ouverte aux autres formes de couples.

B/ Protection par attribution préférentielle du logement au survivant

2117 **– Notion d'attribution préférentielle. –** L'article 831 du Code civil dispose que le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander qu'un bien lui soit attribué par préférence à un autre indivisaire, à charge de soulte s'il y a lieu. Il s'agit d'une opération de partage emportant tous les effets du partage, notamment son effet déclaratif (163).

2118 **– Domaine et conditions de l'attribution préférentielle. –** Sont concernés les indivisions successorales mais également le partage des biens dépendant de la communauté et les indivisions postcommunautaires (C. civ., art. 1475 et s.), les indivisions entre époux séparés de biens après la dissolution du mariage par le décès (C. civ., art. 1542) et, depuis la loi du 23 juin 2006, les indivisions entre partenaires pacsés (C. civ., art. 515-6). Si les concubins se sont vu refuser le bénéfice de l'attribution préférentielle en cas de séparation (164), en cas de décès le survivant peut en bénéficier si des droits successoraux lui ont été conférés (par testament) (165). Celui qui l'invoque doit :

- occuper le bien à titre de résidence principale ;
- être titulaire de droits en pleine propriété ou en nue-propriété sur le bien (166), la qualité de simple usufruitier ne suffit pas ;
- présenter sa demande d'attribution préférentielle aux copartageants. Cette demande peut être faite dès l'ouverture de la succession et jusqu'à la clôture des opérations de partage ;
- ne pas avoir été privé expressément ou tacitement de ce droit par le *de cujus* (legs ou attribution du logement à une autre personne).

(161) Cette notification ne peut intervenir avant l'expiration du délai prévu à l'article 792 du Code civil. Il est conseillé de prévoir dans le contrat de mariage les modalités de cette mise en demeure comme de la notification que doit faire l'époux survivant, rien n'étant prévu par les textes.
(162) Cass. 1re civ., 24 juin 1969 : *D.* 1969, 705, note Breton.
(163) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 1007 et s.
(164) Cass. 1re civ., 9 déc. 2003 : *Defrénois* 2004, I, p. 585, note J. Massip.
(165) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 1000.
(166) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 1001.

2119 – Attribution préférentielle du partenaire et du conjoint. – L'article 515-6 du Code civil renvoie pour le partenaire à l'attribution préférentielle du conjoint survivant (167). Il s'agit d'une attribution préférentielle de droit, c'est-à-dire que si ses conditions sont remplies le juge est lié et doit la prononcer. Pour autant, l'époux bénéficie de cette protection en ce que sa seule qualité de conjoint la lui confère, alors que le partenaire ne peut l'invoquer que si le partenaire décédé la lui a conférée.

Le conjoint survivant ou le partenaire pacsé ainsi attributaire du logement peut exiger de ses copartageants, pour le paiement d'une fraction de la soulte égale au plus à la moitié, des délais de paiement ne pouvant excéder dix ans (168). La somme restant à devoir portera intérêt au taux légal sauf convention contraire. En cas de vente de la totalité des biens attribués, la fraction de la soulte y afférente devient immédiatement exigible. En cas de ventes partielles, le produit de ces ventes est versé aux copartageants et imputé sur la fraction de la soulte encore due (C. civ., art. 832-4, al. 2 et 3).

2120 – L'attribution préférentielle du concubin. – Le concubin est traité comme n'importe quel héritier. Aussi il peut en bénéficier s'il a des droits successoraux sur le bien. Par ailleurs, cette attribution préférentielle est facultative en ce sens que le juge apprécie son opportunité. Elle viendra en concurrence avec d'autres héritiers qui pourraient la revendiquer. La protection du concubin est donc bien moindre. La soulte en ce cas est payable comptant.

2121 – Conclusion sur la protection du logement du couple. – Le régime de l'attribution préférentielle reflète bien la gradation statutaire de la protection du couple selon la nature du lien qui l'unit. Le mariage procure une protection renforcée automatique, le pacte civil de solidarité n'en procure une que si, par convention, le couple y adhère ; enfin, les concubins sont relégués à une protection qui nie leur lien affectif, en ce sens qu'ils sont traités comme des personnes étrangères entre elles. Le notaire, intervenant notamment lors des acquisitions de logement par les couples, se doit d'attirer leur attention sur cette gradation et s'enquérir du modèle de protection que souhaitent ses clients.

TITRE II

Le changement du régime conjugal

2122 – L'évolution du couple dans le temps. – Nous l'avons déjà dit, l'histoire patrimoniale du couple n'est plus linéaire ni pérenne. Désormais le lien unissant le couple évolue ; il peut débuter par un concubinage, lequel au fil des temps se stabilise et se concrétise par une

(167) Notons que l'attribution préférentielle n'est pas de droit lorsque le mariage est dissous du vivant des époux : C. civ., art. 1476, al. 2 et art. 1542, al. 2.

(168) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2014, no 1122. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 1000.

acquisition en indivision (en dehors de la famille que le couple peut fonder en donnant la vie à des enfants), puis se transforme en Pacs pour enfin aboutir à un mariage. Et même marié, le couple va adapter son régime matrimonial à sa situation présente ou à celle qu'il prédit pour son avenir. Ces changements, sous l'œil de la protection, ont un impact certain car leurs conséquences ne sont pas anodines pour les membres du couple lui-même mais aussi pour la famille du couple et pour ses proches. Le notaire, souvent présent à l'occasion de ces étapes, a un rôle de gardien de cette protection, notamment par les nouvelles règles applicables au changement de régime matrimonial : il s'agit là d'un rôle que lui a expressément confié le législateur (169) (**Chapitre I**). Le notaire a également, par sa proximité avec les couples, un véritable devoir d'information et de conseil pour les autres unions à l'occasion du passage d'une forme de conjugalité à une autre ou d'un régime pacsimonial à un autre (**Chapitre II**).

CHAPITRE I Le changement de régime matrimonial : une protection contrôlée

Section I Introduction

2123 **– Suppression de la condition de durée du mariage. –** La loi nº 2019-222, du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, modifie, en son article 8, les conditions du changement de régime matrimonial.

Le point le plus important est, paradoxalement, celui qui ne suscite ni ne suscitera, ici, de commentaire : la suppression du délai de deux ans pendant lequel les époux devaient avoir pratiqué leur régime matrimonial avant de pouvoir le modifier ou le changer. Cette suppression est présentée comme une mesure de « simplification » et d'efficacité (170) mais sa réelle portée est beaucoup plus profonde : le peu qui restait de l'immutabilité des régimes matrimoniaux disparaît. Comme des partenaires les époux peuvent, désormais, changer à l'envi les termes de « l'association conjugale quant aux biens » (C. civ., art. 1387), sans avoir eu à éprouver la pertinence de celle déjà convenue. À l'extrême, et n'était le coût des actes, ils pourraient abandonner le lendemain le régime convenu la veille.

Contrairement à celui des partenaires, pourtant, leur choix reste soumis à un contrôle, si léger soit-il devenu. Suivant la voie qu'il avait tracée en 2006, le législateur offre à certains membres de la famille (les enfants et ceux qui avaient été parties au contrat d'origine) la possibilité de s'« opposer », c'est-à-dire de contester la conformité du changement à l'intérêt de la famille et provoquer, ainsi, l'intervention d'un juge. Les créanciers des époux

(169) L. nº 2019-222, 23 mars 2019.

(170) Sénat, Étude d'impact, 19 avr. 2018, p. 65 : « Le premier objectif poursuivi est l'assouplissement du délai de deux ans. En effet, ce délai ne correspond plus à l'heure actuelle à la nécessité pour des époux de pouvoir adapter leur régime à leur situation professionnelle. Il sera rappelé que pour le partenariat civil une modification de la convention initiale ou même d'une précédente convention modificative est possible à tout moment, et que souvent, le changement de convention matrimoniale intervient soit pour préparer une succession, notamment lorsque les époux choisissent la communauté universelle avec attribution au dernier vivant, soit pour adapter le régime à une nouvelle situation professionnelle pour protéger la famille, par exemple dans le cas d'une séparation de biens ». – A. Karm, *Changement de régime matrimonial : suppression du délai d'attente de 2 ans et suppression d'une exonération devenue injustifiée en matière d'enregistrement* : *JCP* N 2019, 1177.

pouvant, aussi, s'opposer, mais pour la protection de leurs propres intérêts, le statut matrimonial se distingue encore (presque *in extremis*) d'un simple partenariat : ni le mariage ni le régime matrimonial ne sont tout à fait réduits à la somme de rapports contractuels ordinaires. Le couple marié est, encore, perçu comme instituant une famille dont l'article 1397 proclame, encore, que son intérêt, distinct de celui des époux, est l'objet d'une protection spécifique.

2124 **– De l'intérêt de la famille vers l'intérêt des enfants. –** Peut-être la vraie réforme reste-t-elle à venir : elle aurait pu consister à rompre avec le principe même d'un contrôle *a priori* de la conformité du changement de régime à l'intérêt de la famille. Au lieu de cela, la loi du 23 mars 2019, entrée en vigueur le 25, suit la logique amorcée en 2006 : le contrôle *a priori* par un juge n'est plus systématique mais il peut être provoqué par l'opposition des enfants, de ceux qui avaient été parties au contrat d'origine ou des créanciers des époux. La plus modeste de ses ambitions était de résoudre une difficulté née de la précédente réforme en organisant mieux le droit d'opposition de l'enfant majeur placé sous un régime de protection (171). L'exposé des motifs ne le dit pas mais les solutions mises en place devraient également s'appliquer à l'enfant mineur sous tutelle (**Section II**). Le plus audacieux consistait, toutefois, à supprimer le dernier cas où l'homologation était encore systématiquement requise. La réforme de 2006 s'était arrêtée à cette difficulté que, lorsque l'un au moins des époux a un enfant mineur placé sous son administration légale, cet enfant ne peut exercer de droit de critique, ni par lui-même, ni par la voie de son représentant, partie au changement de régime auquel il devrait s'opposer. Le cas était apparu suffisamment insoluble pour que, dans cette seule hypothèse, fut maintenue ce qui était, jadis, la règle générale : le changement de régime ne prenait effet que par l'homologation judiciaire. Depuis le 25 mars 2019 l'homologation n'est plus requise, même dans ce cas ! Le dispositif inventé pour protéger l'enfant mineur placé sous l'administration légale de ses parents qui changent de régime matrimonial (ou de l'un d'eux) soulève bien des perplexités (**Section I**).

Section II En présence d'enfant mineur sous administration légale

2125 **– Que reste-t-il de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? –** La loi du 13 juillet 1965 rompait avec le principe d'immutabilité absolue du régime matrimonial (172) mais, le changement n'étant autorisé que dans « l'intérêt de la famille », imposait que ce point fût contrôlé par le juge. C'est ainsi que l'homologation judiciaire, alors systématique, attestait de cette conformité. L'article 1397 du Code civil impose, encore aujourd'hui, que le changement soit conforme à l'intérêt de la famille dont la jurisprudence a défini le contenu, par ses décisions d'homologation mais, plus encore, de refus d'homologation (V. *infra*, Sous-section I, § II, n^os^ 2134 et s.). Ce système de contrôle *a priori* de la

(171) Étude d'impact, *op. cit.*, p. 66 : « Le dernier objectif est celui de la clarification des dispositions applicables en présence d'enfants majeurs protégés. En effet, l'art. 1397 du Code civil, dans sa rédaction actuelle, ne prend pas expressément en compte le cas d'enfants qui, bien que majeurs, ne sont pas en état de manifester clairement leur volonté vis-à-vis du changement de régime souhaité par leurs parents. Dans ces situations l'application du droit commun est source d'interrogations notamment sur le point de savoir si l'opposition est un droit patrimonial nécessitant une autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles ».

(172) Tel, pour exemple, que le définissait l'arrêt *Zelcer* : « du statut matrimonial relève la défense de modifier le régime par une convention postérieure à la célébration du mariage ». – Cass. req., 4 juin 1935 : *Rev. crit. DIP* 1936, 755, rapp. Pilon et note Basdevant ; *S.* 1936, 1, 377, note Niboyet ; *D.* 1936, 1, 7, note Savatier ; *Grands arrêts de droit international privé*, 2^e^ éd., n^o^ 15.

conformité du changement de régime à l'intérêt de la famille, né d'un compromis législatif entre les tenants de l'immutabilité et ceux qui prônaient l'abandon de ce principe a, très rapidement (173), suscité la critique (174).

La réforme opérée par la loi du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, peut-être lue comme une demi-mesure, car le principe du contrôle *a priori* par l'homologation judiciaire n'y est nullement supprimé. Simplement, il n'est plus toujours systématique :

Dans la majorité des cas, le seul accord des époux suffit à réaliser le changement sauf lorsque des tiers souhaitent en subordonner l'efficacité au contrôle du juge. Dûment informés, par une notification pour les enfants majeurs et ceux qui avaient été parties au contrat d'origine, par une publicité pour les créanciers, ils peuvent « s'opposer à la modification dans le délai de trois mois ». S'ils restent taisants, le changement de régime prendra effet par le seul accord, solennel, des époux, à la date où il a été fait. S'ils exercent le droit de critique qui leur est offert, les époux qui persisteraient devront se soumettre à la procédure d'homologation, comme par le passé. Le changement ne prendra effet, dans ce cas, que par cette homologation et à sa date. Le critère du contrôle, lorsqu'il est sollicité, reste celui de l'intérêt de la famille.

Il était alors apparu difficile, voire impossible d'offrir aux enfants mineurs placés sous l'administration légale de l'un ou des époux ce même droit de critique. Qui pour juger de l'opportunité de s'opposer ou exercer ce droit en leur nom, alors qu'au moins l'un de leurs représentants légaux (et, le plus souvent, les deux) est partie au contrat objet de cette éventuelle critique ? La difficulté à surmonter l'opposition d'intérêt avait conduit à laisser ce point en suspens. En présence d'un enfant mineur, le changement de régime matrimonial de ses parents (ou de l'un d'eux) restait systématiquement soumis à la procédure d'homologation telle qu'elle avait été conçue en 1965.

La loi du 23 mars 2019 se donne pour ambition de résoudre cette difficulté en supprimant ce dernier cas d'homologation systématique (175) : l'homologation judiciaire disparaît même en présence d'enfant mineur sous administration légale (176). Pour que les intérêts de cet enfant soient, malgré tout, défendus, est substituée à la demande d'homologation systématique une procédure inédite : le notaire devra alerter le juge des tutelles s'il estime les intérêts de l'enfant menacés... par les conséquences de l'acte dont il est, lui-même, le rédacteur !

Ainsi, les changements de régime matrimonial établis après l'entrée en vigueur de la loi (le 25 mars 2019) ne seront plus soumis à homologation en présence d'enfants mineurs sous administration légale. Contrairement aux enfants majeurs, ni l'enfant mineur ni personne pour lui n'exercera de droit de critique. Le notaire, rédacteur de l'acte, se voit confier un nouveau rôle (**Sous-section I**). La réforme ne répond cependant pas à toutes les difficultés que soulevait la loi de 2006 et, comme lors de celle de 2006, le sort des changements de

(173) Notamment, pour la seule critique issue de la pratique notariale, dès le 75e Congrès des notaires de France de La Baule, en 1978 (dont le thème était *Le statut matrimonial des Français*).

(174) Pour un exposé complet de ces critiques, V. E. Rousseau, *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, thèse, ss dir. G. Champenois, Paris, LGDJ, 2014, nos 12 et s., p. 11.

(175) C. Blanchard, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : point intéressant le notariat* : *JCP* N 2019, act. 332. – I. Corpart, *Entre améliorations et complications, de récentes innovations pour les époux désireux de changer leur régime matrimonial* : *LPA* 9 août 2019, no 159, p. 9.

(176) A. Tani, *La nouvelle procédure de mutation du régime matrimonial* : *JCP* N 2019, 1159. – N. Petroni-Maudière, *Changement de régime matrimonial : nouvelles règles, nouvelles attributions du notaire* : *Rev. Lamy dr. civ.* 1er juill. 2019, no 172.

régime qui, établis avant son entrée en vigueur, auraient dû être homologués, mais ne l'étaient pas encore le 25 mars 2019, est objet de débat (**Sous-section II**).

Sous-section I La suppression de la procédure d'homologation et le nouveau rôle d'alerte du notaire

2126

Focus sur les nouveaux textes

C. civ., art. 1397, al. 5 : « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 387-3 du Code civil. »

C. civ., art. 387-3 : « À l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1, le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable.

Le juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci.

Les tiers qui ont informé le juge de la situation ne sont pas garants de la gestion des biens du mineur faite par l'administrateur légal. »

2127 **– Mineur sous tutelle et mineur sous administration légale. –** Le droit de critique du mineur sous tutelle étant exercé par son tuteur, l'éventuelle « procédure d'alerte » ne concerne que le seul enfant mineur sous administration légale, qu'il s'agisse :

- de l'enfant mineur des deux époux qui, en principe, est placé sous l'administration légale de ses deux parents ;
- de l'enfant mineur de l'un deux, que l'administration légale soit exercée par un ou deux parents.

On a bien compris la difficulté que le législateur se proposait de résoudre (V. *supra*, n° 2125), mais on s'étonne de la manière choisie pour le faire :

Depuis la précédente réforme, celle du 23 juin 2006, le juge n'est plus systématiquement sollicité pour apprécier la conformité du changement de régime matrimonial à « l'intérêt de la famille » dont l'article 1397 du Code civil maintient qu'il doit être le but poursuivi dans tout changement de régime matrimonial (177). La définition de l'intérêt de la famille est désormais, par principe, laissée à l'appréciation des membres de la famille concernée : les époux eux-mêmes et leurs enfants qui, recevant notification de la nouvelle convention matrimoniale de leurs parents, peuvent en contester la conformité à l'intérêt de la famille. S'ils le font, le juge reprend son rôle d'arbitre et définira ce qu'est, au cas particulier, l'« intérêt de la famille » (178).

(177) E. Rousseau, *La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019* : *D.* 2019, p. 2259.

(178) S. Gaudemet, *« L'intérêt de la famille », élément d'un ordre public familial*, in *Mél. G. Champenois, Defrénois*, 2012, p. 287, spéc. p. 296.

L'enfant mineur des époux ou de l'un d'eux n'a pas la capacité d'exercer, par lui-même, ce droit de critique, qui ne peut, non plus, l'être par ses représentants légaux dont l'un au moins (souvent les deux) est partie au contrat dont est interrogée la conformité ou, à tout le moins, la non-contrariété à l'intérêt de la famille. C'est pourquoi, dans ce cas, cette appréciation restait confiée au juge et l'homologation était toujours requise (179).

2128 **– Quelle représentation spéciale pour le mineur sous administration légale ? –** Pour faire l'économie (car c'est bien, hélas, de cela qu'il s'agit...) de l'intervention d'un juge dans une telle situation, on pouvait envisager deux solutions :

- éliminer la difficulté en supprimant purement et simplement tout droit de critique des enfants, mineurs comme majeurs (180) : solliciter systématiquement l'avis des enfants était la pratique contestable et contestée retenue par certaines juridictions avant la réforme de 2006, mais, plus encore après (181) ;
- ou, si le droit de critique des enfants devait être maintenu, organiser un mode de représentation idoine du mineur sous administration légale comme cela est désormais le cas pour le mineur sous tutelle (V. *infra*, n° 2165 et s.).

L'originalité (à tous les sens du terme...) de la solution ici mise en place est de ne pas organiser la représentation *ad hoc* du mineur concerné pour l'exercice d'un droit de critique. Alors que ce droit peut être exercé par tous les autres enfants du couple ou en leur nom, qu'ils soient majeurs, capables ou protégés, ou mineurs sous tutelle, le mineur sous administration légale (la majorité d'entre eux...) n'a pas la possibilité de s'opposer au changement de régime matrimonial de son ou ses parents, ni directement ni par la voix d'un représentant, ni susciter, ainsi, une demande d'homologation judiciaire. Aucune notification du changement de régime matrimonial ne lui sera faite, ni à lui, ni à son ou ses représentants. Lorsqu'il est l'enfant mineur d'une précédente union, il n'y a donc pas à notifier le changement de régime matrimonial de son parent remarié à l'autre parent, coadministrateur légal (182).

2129 **– Les raisons de la solution adoptée par le législateur. –** La justification est noble qui considère que la réforme procède du « postulat d'une présomption de bonne gestion des biens du mineur par ses représentants légaux » (183), et... doublement incohérente :

Il n'est effectivement aucune raison de soupçonner, *a priori*, que les parents conspirent à nuire à leurs enfants. Pas plus à leur enfant mineur sous administration légale qu'à leur

(179) *Ibid.*

(180) M. Beaubrun, *Le nouvel article 1397 du Code civil, un texte transitoire ?* : *Defrénois* 2007, p. 95.

(181) Le mérite revient ici à E. Rousseau d'avoir montré que les enfants ne sont pas démunis de recours, *a posteriori*, contre le changement de régime matrimonial qui ne serait ourdi que dans l'intention de leur nuire. Ce constat fait douter de la nécessité d'un contrôle de la conformité à l'intérêt de la famille organisé *ab initio*, lors du changement de régime lui-même, alors que nul ne doute, *a priori*, de la droite intention des époux à le défendre et préserver (E. Rousseau, *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, thèse préc., n^os^ 25 et s., p. 21).

(182) En ce sens, N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, *La simplification des conditions du changement de régime matrimonial* : *Sol. Not. Hebdo* 18 avr. 2019, n° 14, pt 11.

(183) Étude d'impact, *op. cit.*, p. 65 : « la question doit cependant être revue à la lumière des réformes intervenues depuis, notamment la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 portant déjudiciarisation du divorce par consentement, la compétence du juge n'ayant été maintenue qu'en cas de demande d'audition par l'enfant mineur ainsi que l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 en matière d'administration légale ayant reposée sur le postulat d'une présomption de bonne gestion des biens du mineur par ses représentants légaux ». V. égal. le même argument repris en page 67. Comprenons que le la loi de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel ayant déjà fait le sacrifice des droits de l'enfant mineur on pouvait, désormais, s'autoriser de ce précédent pour les ignorer systématiquement....

enfant mineur sous tutelle, qu'à leur enfant majeur, capable ou protégé. S'il faut présumer que les parents défendent naturellement l'intérêt de leurs enfants, alors il fallait supprimer le droit d'opposition pour tous les enfants, majeurs comme mineurs, quitte à leur ménager une forme de recours *a posteriori*, pour le cas où la présomption serait démentie par les faits.

On ne voit pas, surtout, en quoi le changement du régime matrimonial de ses parents aurait trait, même de loin, à la « bonne gestion des biens du mineur ». L'« intérêt de la famille » que l'article 1397 du Code civil commande de respecter, ne se résume pas, loin s'en faut, à l'intérêt patrimonial des enfants. Il est même courant que le changement de régime matrimonial contrarie, plus ou moins immédiatement, l'intérêt (au sens large) des enfants tout en restant conforme à l'intérêt de la famille, conçu et défini comme l'intérêt de la cellule familiale, distinct de celui, individuel, de chacun de ses membres. On sait, depuis l'arrêt *Alessandri* (184), que l'intérêt de la famille peut être contraire à celui de l'enfant. Ainsi les époux peuvent-ils, en se conformant rigoureusement aux canons de l'article 1397, ignorer, voire contrarier les intérêts de leur enfant mineur. On ne comprend pas qu'un tel changement, qui aurait toute chance d'être homologué en cas d'opposition d'un enfant majeur, puisse ne pas aboutir si, le juge des tutelles, ayant été alerté, le refusait parce que, fidèle à sa mission, il ne statue que dans le seul intérêt du mineur.

Pour une seule catégorie de mineur (celui sous administration légale), le dispositif nouveau n'ouvre pas le droit de critique dont disposent tous les autres enfants des époux mais permet (et peut-être même enjoint) au juge de refuser, en la seule présence de cet enfant, des changements qui auraient été possibles en son absence.

Cette double incohérence ou, à tout le moins, cette double ambiguïté, nimbe d'incertitudes l'entière procédure. On cherche à comprendre :

Comment sera déclenchée, puis se déroulera et, finalement comment aboutira la procédure d'alerte (**§ I**) mais, plus encore, dans quels cas elle doit être déclenchée (**§ II**) ?

§ I La procédure d'alerte de l'article 387-3, alinéa 2

2130 **– L'alerte par le notaire : un système nouveau et original. –** Le moins que l'on puisse écrire est que la finalité de ce texte est bien étrangère à la protection des intérêts du mineur lors du changement de régime matrimonial. À l'origine, il devait permettre au juge en charge de l'administration légale des biens des mineurs de renforcer son contrôle des actes de l'administrateur. On suppose une situation complexe ou particulièrement dégradée où les intérêts patrimoniaux du mineur sont mal défendus par son administrateur ou pourraient être difficiles à défendre. Si le juge l'estime « indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale » (al. 1er) il peut, ainsi, soumettre à son autorisation préalable des actes qu'en d'autres circonstances l'administrateur légal ou les administrateurs légaux auraient faits sans son autorisation.

Le juge apprécie la nécessité d'accentuer sa surveillance « à l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1 », c'est-à-dire dans l'exercice ordinaire de sa tutelle, mais égale-

(184) Cass. 1re civ., 6 janv. 1976, *Alessandri* : *Bull. civ.* 1976, I, no 4 ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 1994, no 217, p. 882 : « Les époux peuvent, dans l'intérêt de la famille, convenir de modifier leur régime matrimonial ou même d'en changer. L'existence et la légitimité d'un tel intérêt **doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble**, le seul fait que l'un des membres de la famille risquerait de se trouver lésé n'interdisant pas nécessairement la modification ou le changement envisagé ».

ment s'il est alerté par des tiers d'un risque d'atteinte grave aux intérêts du mineur. C'est là toute l'originalité de la procédure qu'instaure l'alinéa 2 : « Le juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci ». Comprenons que quiconque, confronté à l'impéritie du ou des administrateurs légaux, peut en alerter le juge qui appréciera, dans ce cas, s'il doit renforcer son contrôle en exigeant que soient soumis à son autorisation des actes qui, normalement, ne le seraient pas.

Ainsi le notaire rédacteur devrait, s'il l'estime nécessaire, alerter le juge afin que celui-ci décide s'il doit soumettre l'acte de changement de régime matrimonial à son autorisation... C'est, du moins, ce qu'il est permis de comprendre et c'est ainsi que l'envisage la circulaire du 25 mars 2019 :

« Tout tiers, et notamment le notaire, officier public et ministériel, peut alerter et saisir le juge des tutelles des mineurs sur le fondement de l'article 387-3 du Code civil s'il constate un risque d'atteinte aux intérêts patrimoniaux d'un enfant mineur, afin qu'un contrôle renforcé de la situation soit ordonné par le juge des tutelles. En ce cas, c'est ici le juge des tutelles des mineurs qui exercera un contrôle et pourra soumettre l'acte à son autorisation » (185).

2131 **– Juge compétent. –** Le notaire devra adresser l'alerte au juge compétent pour l'administration des biens du mineur (186) concerné. Selon l'article 1070 du Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

« – le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;

– si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité... ».

Si les époux ont plusieurs enfants mineurs sous administration légale... plusieurs juges pourraient ainsi devoir être saisis...

2132 **– Formes de l'alerte. –** Le juge « des tutelles » (plus précisément le juge aux affaires familiales statuant en matière d'administration légale) est saisi par requête : c'est ce que prévoit l'article 1180-7 du Code de procédure civile, qui ajoute, en son second alinéa :

« Lorsque la requête est fondée sur les dispositions du deuxième alinéa de l'article 387-3 du Code civil, elle comporte à peine d'irrecevabilité, les mentions prévues à l'alinéa précédent et l'énoncé précis des faits de nature à porter gravement préjudice aux intérêts patrimoniaux du mineur ou qui compromettent manifestement et substantiellement ceux-ci ainsi que, le cas échéant, les pièces propres à justifier ces faits ».

Le notaire devrait donc former lui-même, et en son propre nom, une requête exposant avec le plus de précisions possibles ses craintes pour l'intérêt du mineur, à l'encontre de son propre projet d'acte qu'il joindra en copie... On se prend à soupçonner que l'auteur d'une

(185) Circulaire de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, CIV/04/2019, NOR : JUST 1806695L, 25 mars 2019, ann. 6.

(186) Il s'agit, en réalité du juge aux affaires familiales statuant en matière d'administration légale (COJ, art. L. 213-3-1, 2°), c'est-à-dire du même juge que celui qui aurait dû connaître de la demande d'homologation du changement de régime matrimonial (COJ, art. L. 213-3, 1°). Il n'est cependant pas saisi dans la même fonction : comme juge compétent en matière d'administration légale, il statue dans l'intérêt de l'enfant. Sa décision n'est donc pas la même que celle qu'il aurait prise dans l'intérêt de la famille s'il avait été saisi en son ancienne qualité de « juge aux affaires matrimoniales ».

solution aussi difficile à mettre en œuvre ne s'attende pas à ce qu'elle le soit ! Peut-être faut-il comprendre le dispositif comme dissuasif :

- soit le notaire n'aura aucune crainte de léser les intérêts du mineur et il recevra l'acte ;
- soit il aura un doute et, dans ce cas, il est peu probable que, même en ayant sollicité l'accord de ses clients, il écrive à un juge que l'acte qu'il se propose de recevoir nuit gravement aux intérêts d'un tiers (V. *infra,* § II, Les cas où le notaire doit donner l'alerte, nos 2134 et s.). Plus probablement, il refusera de recevoir l'acte.

Le notaire n'est qu'un tiers parmi d'autres à pouvoir donner l'alerte (187) mais, s'il en prend l'initiative, elle sera nécessairement préalable à la signature de l'acte (188) : on n'imagine pas qu'il éprouve la nécessité de consulter le juge, mais il endosse, néanmoins, la responsabilité d'établir l'acte définitif sans que l'avis sollicité ait été donné.

Par pure mais prudente précaution, il est vivement conseillé au notaire d'adresser au juge des tutelles sa requête d'alerte par pli postal recommandé avec demande d'avis de réception.

2133 **– Les suites de l'alerte. –** Le notaire ayant adressé à un juge une requête à laquelle est annexé le projet de l'acte de changement de régime matrimonial (V. *supra,* no 2132), on aurait pu s'attendre à ce que ce juge n'ait plus qu'à l'agréer ou non. Très simplement, dans des cas (sans doute exceptionnels ; V. *infra,* no 2135) où le notaire aurait douté de la parfaite conformité du projet à l'intérêt de la famille, il aurait pu demander au juge de l'approuver : une sorte d'« homologation facultative » dont la demande aurait été laissée à l'appréciation (et donc, à la responsabilité) du notaire rédacteur.

Telle n'est pas la logique de l'article 387-3, alinéa 2 du Code civil (189), écrit à d'autres fins. Le juge requis sur le fondement de ce texte ne peut ni approuver ni désapprouver les faits ou actes qui lui sont rapportés. Pas plus ne pourrait-il homologuer (190) (ni, d'ailleurs, refuser d'homologuer) le projet qui ne lui est pas soumis mais, simplement, rapporté. Ayant eu connaissance d'un projet susceptible de porter atteinte aux intérêts du mineur, il doit décider :

- soit de ne rien faire s'il estime l'alerte inutile ;
- soit, s'il l'estime fondée : « envisager selon les cas d'ordonner une mesure de contrôle renforcé et de soumettre le changement de régime matrimonial à son autorisation » (191).

La formule est chantournée parce que les pouvoirs que le juge tient de l'article 387-3 n'ont, définitivement, pas été conçus pour résoudre la difficulté ici rencontrée. Ce que le texte permet au juge, quelle que soit la manière dont il est informé d'une situation susceptible de menacer les intérêts du mineur, c'est de renforcer son contrôle. Il peut alors placer le ou les administrateurs légaux sous sa surveillance plus étroite en soumettant à son autorisation « un acte ou une série d'actes » (V. l'alinéa 1er) qui, par hypothèse, ne la nécessitent pas dans le régime commun. Il ne peut, en principe, rien faire d'autre.

Ainsi le juge, dûment alerté par le notaire du changement projeté, devrait-il, s'il estime l'alerte fondée, inviter les époux à lui présenter une requête aux fins qu'il autorise :

- un acte qui n'est pas fait pour le compte du mineur ;
- dont il connaît, déjà, tous les détails puisque le projet de cet acte était joint à la requête du notaire ayant donné l'alerte (V. *supra,* no 2132)...

(187) Circ. préc., p. 4. – S. Torricelli-Chrifi, *Réforme de la procédure de changement de régime matrimonial* : *Dr. famille* avr. 2019, dossier 13, no 12.
(188) C. Rieubernet, *De la nouvelle mutabilité des régimes matrimoniaux* : *LPA* 23 avr. 2019, p. 10, art. 142x3. – S. Torricelli-Chrifi, *op. et loc. cit.*
(189) A. Tani, art. préc., no 15.
(190) S. Torricelli-Chrifi, *op. et loc. cit.*
(191) Circ. préc., p. 4.

On en viendrait presque à espérer que la pratique finisse par ignorer le processus légal : peut-être l'habitude se prendra-t-elle que, saisi par la requête initiale du notaire, le juge prenne immédiatement une décision d'autoriser ou de ne pas autoriser l'acte dont il est alerté. Un tel raccourci, pour pragmatique qu'il apparaisse, n'est pas ce que prévoit le texte de l'article 387-3.

La question principale demeure toutefois de savoir dans quels cas le notaire pourrait être amené à saisir le juge des tutelles.

§ II Les cas où le notaire doit donner l'alerte

2134 **– Le notaire : gardien de l'intérêt du mineur. –** Garde-fou à la déjudiciarisation du changement de régime en présence d'enfant mineur, le notaire devient le « chef d'orchestre de la procédure » (192). Ainsi, « il ne se contente plus d'être rédacteur d'acte mais se trouve désormais en charge du bon déroulement et de la conformité de l'ensemble du changement, dont il devient la véritable tour de contrôle » (193). La réforme se borne ici à étendre à une hypothèse inédite une procédure qui existait déjà (194). Quiconque (notaire compris) « a connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » (C. civ., art. 387-3, al. 2) peut en avertir le juge depuis l'entrée en vigueur du texte le 1er janvier 2016. L'essentiel de la question consiste donc à se demander quand le notaire devra exercer cette faculté d'alerte. La circulaire n'éclaire guère sur le rôle qu'il est censé jouer, qui se contente d'indiquer qu'il saisira le juge « en cas de difficulté » (195) ! Deux conceptions s'affrontent (196) :

L'alerte du juge serait rare, car réservée aux cas les plus graves. Elle pourrait même ne jamais être donnée, si le notaire parvient à décourager les parties de passer l'acte ou refuse d'y prêter son concours.

La saisine du juge pourrait s'avérer plus systématique en cas de doute.

Chacune de ces thèses a ses partisans. Il est particulièrement délicat pour le notaire de trancher pour une attitude ou l'autre car, en filigrane, surgit la question de son éventuelle responsabilité.

2135 **– Thèses en présence. –** Dans la mesure où l'esprit de la réforme est de « déjudiciariser » la procédure de changement de régime matrimonial, il semblerait contraire au texte que le notaire saisisse le juge des tutelles de manière quasi systématique, « par prudence », dès qu'il existe un enfant mineur. Seules « les situations exceptionnelles ou marginales » (197), ou encore les « hypothèses de menace graves sur l'intérêt patrimonial de l'enfant, ce qui serait sans doute conforme aux vœux législatifs » (198) devraient justifier la saisine du juge. À s'en tenir à cette « thèse minimaliste » (qui prône la plus grande retenue et n'imagine

(192) A. Tani, *op. et loc. cit.*.
(193) C. Blanchard, art. préc.
(194) A. Tani, *op. et loc. cit.*, spéc. nº 14. – P.-A. Soreau, *Déjudiciarisation du changement de régime matrimonial : suite et fin !* : *JCP* N 2019, 1238.
(195) Circ. préc., p. 4.
(196) V. Égéa, *Loi Belloubet, la matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice* : *Procédures* juin 2019, nº 6, étude 14, pt 9.
(197) S. Torricelli-Chrifi, art. cité, nº 15.
(198) V. Égéa, *Loi Belloubet, la matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice* : *Procédures* juin 2019, nº 6, étude 14, pt 9.

d'alerte qu'exceptionnelle), les possibilités d'intervention de l'officier ministériel devraient être réduites. Les termes mêmes de l'article 387-3, alinéa 2 du Code civil ne semblent prévoir la saisine du juge qu'en des cas tout à fait exceptionnels : « actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou (...) situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » (199).

Plus encore, peut-on concevoir qu'il existe de réels cas d'alerte alors que le projet de convention poursuivi par ses parents n'affecte pas le patrimoine du mineur ? Puisque le régime matrimonial concerne le patrimoine du couple, on peut se demander comment sa modification pourrait compromettre manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur, sauf à « considérer que la protection du patrimoine de l'enfant vise en réalité la protection de ses intérêts éventuels, virtuels. La réserve héréditaire, qui constitue manifestement l'intérêt patrimonial évoqué, n'ouvre aucun droit acquis à l'enfant tant que le décès de son parent n'est pas intervenu. L'enfant n'a alors qu'une simple expectative de droit. Cette expectative justifie-t-elle que l'autorisation du juge des tutelles soit requise ? Une réponse négative doit s'imposer » (200). Sans aller jusqu'à nier l'existence de cas justifiant une alerte, plusieurs auteurs considèrent que cette procédure ne sera mise en œuvre que très rarement : le notaire qui redouterait que le changement envisagé ne la justifie déconseillera à ses clients d'y procéder (201). Il refusera d'instrumenter dans les situations flagrantes d'atteinte aux intérêts du mineur (202) ou de fraude, ce qui mettra un terme à la difficulté et... supprime la question.

2136 – Intérêt de la famille *versus* intérêts du mineur. – On peut, néanmoins, s'essayer à donner un sens à la réforme (et au renvoi exprès par l'article 1397, alinéa 5 à l'article 387-3), et s'interroger sur l'existence de situations qui, sans justifier un refus d'instrumenter, pourraient entrer dans les prévisions de ces deux textes et susciter une procédure d'alerte. Pour C. Blanchard, le rôle du notaire est considérablement accru car il se trouve investi de la vérification de la conformité du changement aux intérêts des enfants mineurs, qui ne coïncide pas forcément avec l'intérêt de la famille : « S'il nourrit la moindre crainte à ce sujet, il devra en avertir le juge des tutelles » (203).

L'alerte devrait être donnée lorsque l'atteinte aux intérêts du mineur est manifeste et substantielle : ce qui est manifeste doit s'imposer comme une évidence. Le terme « substantiel » attire l'attention sur l'importance du préjudice encouru (204). Ces notions demeurent pourtant relativement vagues et sont susceptibles d'interprétation. C'est pourquoi il a été proposé de s'inspirer, par analogie, de la jurisprudence antérieure rendue en matière d'homologation (ou de refus d'homologation) par le juge (205).

(199) P. Hilt, *Un pas de plus vers la libre mutabilité des conventions matrimoniales* : *AJF* 2019, p. 256.
(200) E. Rousseau, *La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars*, art. préc.
(201) S. Torricelli-Chrifi, art. préc., n° 14. – P. Hilt, art. préc.
(202) A. Tani, art. préc., n° 18.
(203) C. Blanchard, art. préc.
(204) N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., n° 13 ; V. égal. en ce sens : M. Saulier, *Le notaire et l'enfant dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice* : *AJF* 2019, p. 259. – G. Bonnet, *On achève bien... le principe d'immutabilité du régime matrimonial* : *Defrénois* 2019, n°s 18-20, p. 1, art. 148q3.
(205) H. Catou, *Procédure de changement de régime matrimonial : intervention résiduelle du juge et pouvoir d'alerte du notaire* : *JCP* N 2019, 1176 ; à ce sujet, V. pour une étude complète : A. Tani, *État des lieux jurisprudentiel du changement de régime matrimonial, ou la grande rareté des refus d'homologation...* : *JCP* N 2017, 1292.

Se référer aux cas où les juges homologuaient le changement (206) pour ne pas donner l'alerte ou, surtout, la donner dans les cas où ils la refusaient (207), ne correspond pas exactement à ce qu'ordonnent désormais les textes : le juge saisi d'une demande d'homologation vérifiait la conformité de l'acte à l'intérêt de la famille. Ce qui doit aujourd'hui guider le notaire dans sa décision de saisir ou non le juge des tutelles est l'atteinte éventuelle aux intérêts patrimoniaux de l'enfant mineur : « Le notaire ayant un doute sur l'incidence de l'opération quant aux intérêts patrimoniaux du mineur pourra saisir le juge des tutelles afin d'obtenir son autorisation, indépendamment, donc, d'une conformité de l'opération à l'intérêt de la famille. En ce sens, un changement de régime matrimonial conforme à l'intérêt de la famille pourrait-il être discutable au regard de l'intérêt de l'enfant ? Oui, certainement » (208).

2137 **– Les hypothèses d'alerte. –** Il semblerait que les changements de régime matrimonial susceptibles de justifier une alerte soient ceux qui contiennent un avantage matrimonial au profit de l'époux survivant ou de l'un d'eux s'il survit : singulièrement, c'est l'adoption de la communauté universelle avec attribution intégrale au profit du survivant des époux (209), qui est prise pour hypothèse de référence de toutes les réflexions. Deux situations pourraient alors être distinguées :

- en se fondant sur la jurisprudence du 22 juin 2004, il n'y aurait pas lieu de saisir le juge s'il existe un enfant mineur non commun car l'action en retranchement préserve suffisamment ses intérêts (210) ;
- la question reste entière si tous les enfants mineurs sont communs. Il est ici manifeste qu'une telle stipulation est défavorable à leurs intérêts car ils n'ont pas d'action en retranchement (211). En pareille hypothèse, les juges homologuaient le changement, jugeant que l'intérêt de protéger le survivant des époux pouvait l'emporter sur celui de l'enfant. La nouvelle procédure d'alerte vise la protection de l'intérêt de l'enfant (et non plus celui de la famille). Elle pourrait donc être envisagée. L'atteinte aux intérêts patrimoniaux de l'enfant commun, même « manifeste », est-elle, pour autant, « substantielle » au sens des textes ?

(206) Cass. 1re civ., 6 janv. 1976, nº 74-12.212 : le souci d'assurer la situation pécuniaire du conjoint survivant répond à un intérêt familial de nature à justifier le changement de régime matrimonial. – Cass. 1re civ., 22 juin 2004, nº 02-10.528 : l'adoption du régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au profit du survivant n'est pas contraire à l'intérêt de la famille dans la mesure où les enfants non communs bénéficient de l'action en retranchement. Dans le même sens, Metz, 27 sept. 2016, nº 15-03357 : *JurisData* nº 2016-019529. – Aix, 4 nov. 2015, nº 14/15466. – Besançon, 3 juill. 2015, nº 15/00532. Le besoin de protection du conjoint survivant, peut, dans l'appréciation de l'intérêt de la famille, l'emporter sur l'intérêt des enfants communs : Nîmes, 9 nov. 2016, nº 15/02845 : *JurisData* nº 2016-027226. – Aix, 1er juin 2016, nº 15/000082. – Caen, 31 mars 2016, nº 15/03734 : *JurisData* nº 2016-006104. La pacification des relations familiales et la prévention de conflit au premier décès justifient également le changement dans l'intérêt de la famille : Nîmes, 9 nov. 2016, nº 15/02845 : *JurisData* nº 2016-027226. Le risque pour l'enfant de devoir supporter une fiscalité successorale accrue ne justifie pas le refus d'homologation : Caen, 31 mars 2016, nº 15/03734 : *JurisData* nº 2016-006104. – Rouen, 13 mars 2015, nº 14/04075 : *JurisData* nº 2015-011994.

(207) Les décisions sont anciennes car elles concernaient essentiellement l'enfant de l'un des époux né hors mariage lorsqu'il ne disposait pas encore de l'action en retranchement de l'article 1527, alinéa 2 (qui ne lui est ouverte que depuis le 4 décembre 2001) : Cass. 1re civ., 8 juin 1982 : *Bull. civ.* 1982, I, nº 214. – Cass. 1re civ., 9 mars 1983 : *D.* 1984, 273. – Cass. 1re civ., 5 juill. 1989 : *JCP* N 1991, II, 59, note Simler ; *Defrénois* 1989, 1143, obs. Champenois.

(208) E. Rousseau, *La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille...*, art. préc.

(209) P.-A. Soreau, art. préc.

(210) N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., nº 14.

(211) N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., nº 15.

La recherche de critères pouvant justifier une alerte aboutit à une conclusion paradoxale : le contrôle du juge serait provoqué uniquement dans les familles dans lesquelles les enfants mineurs sont communs et non dans les familles recomposées, qui sont pourtant celles où les enfants mériteraient peut-être davantage de protection. On peut rester perplexe...

2138 – L'importance de la liquidation. – On sait que, depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 2006, le changement de régime matrimonial doit comprendre la liquidation du régime modifié « si elle est nécessaire », et ce à peine de nullité (C. civ., art. 1397, al. 1er *in fine*). On sait que liquidation n'est pas partage et qu'elle consiste à chiffrer les droits de chacun des époux dans le régime initial que l'acte modifie. Il permet de fixer les droits de chacun des époux et tout à la fois, à titre informatif, de dresser un état des lieux et d'observer les conséquences futures du nouveau régime pour chacun des époux (212). Cette liquidation est d'autant plus nécessaire si le changement de régime matrimonial a pour but d'instaurer un avantage matrimonial sujet à retranchement (213). C'est pourquoi, et notamment en présence d'enfants issus d'une précédente union, on ne peut s'empêcher de constater quel service leur rendra une liquidation correctement effectuée d'une communauté légale, préalable à l'adoption par les conjoints d'une communauté universelle avec attribution intégrale au profit du survivant. La matérialisation des chefs de récompenses, au moins sur le plan de la preuve, permettra ainsi à l'action en retranchement de prospérer. Bien évidemment ne s'agit-il pas, sauf accord exprès des époux, de leur révéler par avance la liquidation du régime de leur parent, mais bien plutôt, au moment de l'ouverture de la succession de celui-ci, de disposer d'un document auquel, en tant que réservataires, ils auront accès et qui assurera leur protection en évitant la déperdition, faute de preuve, des enrichissements que leur auteur aura procurés à la communauté.

2139 – Quelle responsabilité pour le notaire ? – L'absence de réponse certaine concernant le rôle du notaire rejaillit nécessairement sur la question de son éventuelle responsabilité qui « peut être lourdement engagée tant les situations familiales peuvent évoluer » (214) :

La proposition qui consisterait, pour prévenir une éventuelle responsabilité, à insérer dans l'acte une clause par laquelle les époux expliqueraient les raisons qui les conduisent à modifier ou changer leur régime matrimonial et déclareraient que leur nouvelle convention ne porte pas atteinte aux droits des enfants mineurs peut être évoquée (215). Une telle clause ne permettrait pas de limiter la responsabilité du notaire en cas de difficulté, puisqu'il lui appartient (et non aux époux) d'apprécier si le changement de régime est susceptible de porter atteinte manifestement et substantiellement aux intérêts patrimoniaux du mineur, pour décider, le cas échéant ; de saisir le juge des tutelles. Pour autant, il peut être utile et bienvenu dans un exposé préalable fait par les époux dans l'acte d'indiquer les raisons et les motivations de leur changement de régime matrimonial.

La question de la responsabilité du notaire se posait également avant la réforme, dans la mesure où il lui appartenait déjà d'évaluer l'opportunité de l'opération de changement de régime et les risques encourus (216) mais, très classiquement, c'était alors la qualité de son conseil qui était en cause. Le nouvel article 1397, alinéa 5 du Code civil dispose qu'il

(212) F. Terré et P. Simler, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, 8e éd. 2019, no 235. – C. Vernières, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2018-2019, no 123-72.

(213) Versailles, 28 janv. 2010 : *JCP* N 2011, 1001, no 7, obs. G. Wiederckehr et en ce sens B. Vareille, *La loi du 27 juin 2006 et les régimes matrimoniaux* : *JCP* N 2007, 1200.

(214) N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., no 13. V. égal. en ce sens : M. Saulier, art. cité. – G. Bonnet, art. préc.

(215) A. Tani, *La nouvelle procédure...* art. préc., no 18.

(216) E. Rousseau, *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, thèse préc., no 108.

« peut » saisir le juge des tutelles. Plusieurs en déduisent qu'il ne s'agit que d'une simple faculté (217), alors que pour d'autres (218) le notaire « doit » saisir le juge lorsqu'il se trouve dans un cas d'alerte. Là encore, l'affrontement confine à l'aporie.

Le risque pour le notaire d'engager sa responsabilité est évidemment tenu pour faible par ceux qui considèrent que l'alerte devrait être exceptionnelle. Même s'ils ne définissent pas précisément les cas dans lesquels le juge devrait être saisi, ils doutent qu'en pratique les notaires se laissent tenter par une attitude de prudence excessive qui consisterait à le solliciter systématiquement. Ils considèrent même que le notaire pourrait engager sa responsabilité « pour ne pas avoir saisi à bon escient le juge des tutelles ou avoir indûment prolongé le changement en exigeant un passage en juridiction » (219). Un auteur imagine même qu'à solliciter inutilement et excessivement l'autorisation judiciaire, le notaire s'en voit fait le grief par ses clients, qui, bien conseillés, pourraient tenter d'engager sa responsabilité sur le fondement de la perte d'une chance (220). Le même, pourtant, précise qu'à l'inverse, il est concevable que le notaire qui n'aurait pas sollicité le juge, alors que la situation l'exigeait, voit sa responsabilité engagée...

Les auteurs ayant tenté de dégager des critères et des cas d'alerte reconnaissent que la position du notaire est ici « très délicate ». Lorsque les critères d'une alerte semblent réunis, ils conseillent au notaire – par prudence – de ne pas saisir le juge des tutelles de sa seule autorité (*proprio motu*), mais d'associer les parents à cette démarche en leur expliquant que cette précaution vise à éviter que l'acte ne soit ultérieurement contesté (221).

Sous-section II Les questions non résolues ou mal résolues

2140 La loi nouvelle laisse sans réponse l'une des questions nées de la précédente réforme de l'article 1397 du Code civil (celle du 23 juin 2006) : lorsqu'un enfant du couple est décédé laissant lui-même des enfants, faut-il reconnaître un droit d'opposition aux petits-enfants ? Dans l'affirmative, comment faire s'ils sont mineurs ? (**§ I**).

L'autre difficulté s'apaisera avec le temps : que faire d'une convention établie avant le 25 mars 2019, soumise à l'homologation lorsqu'elle a été faite, mais non encore homologuée lors de l'entrée en vigueur de la réforme ? La réponse de la Chancellerie est celle qu'elle avait donnée lors de l'entrée en vigueur de la loi de 2006 ; elle suscite, en conséquence, les mêmes perplexités (**§ II**).

(217) N. Peterka, *La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ?* : *JCP* N 2019, 1157, n° 10 ; *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 - progrès ou recul de la protection ?* : *JCP* G 2019, doctr. 437, n° 13. – V. Mikalef-Toudic (*Réforme de la justice : mesure concernant le couple* : *D.* 2019, p. 639) précise que cette faculté serait dépourvue de sanction.

(218) N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., n° 13.

(219) I. Copart, art. préc. Le retard de l'effectivité du changement, s'il cause préjudice aux époux, avait déjà été envisagé avant la réforme comme une cause possible de la responsabilité du notaire, même si l'établissement du lien de causalité entre ce préjudice et une faute imputable au notaire peut paraître malaisé. – E. Rousseau, *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, thèse préc., n° 113.

(220) A. Tani, art. préc., n° 15 ; V. égal. I. Corpart, art. préc.

(221) N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., n° 15.

§ I Le prédécès d'un enfant du couple : droit d'opposition de ses enfants ?

2141 Que faire si, l'un des enfants du couple étant décédé, il a lui-même laissé des enfants ? Même si elle se présente, le plus souvent comme étant celle de la protection des intérêts du petit-enfant mineur placé sous l'administration légale de son parent survivant (ex-gendre ou ex-bru des époux), la question consiste, d'abord, à se demander si, de manière plus générale, il existe un droit d'opposition ouvert aux enfants de l'enfant décédé.

2142 **– L'enfant de l'enfant décédé a-t-il un droit d'opposition ? –** La réforme du 23 mars 2019 manque ici l'occasion de résoudre une question qui se pose depuis l'entrée en vigueur de la précédente réforme, en 2007. Dans la rédaction issue de la loi du 23 juin 2006, les deuxième et cinquième alinéas de l'article 1397 du Code civil se lisaient ainsi :

« ... les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois. (...)

Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux ».

Droit de critique pour les enfants majeurs, homologation si les enfants sont mineurs : le cas du petit-enfant, présomptif héritier de ses grands-parents par suite du décès de son auteur n'était pas plus évoqué alors qu'il ne l'est désormais. Fallait-il l'informer du projet s'il était majeur, informer son représentant ou solliciter homologation s'il était mineur ?

Privilégiant une lecture littérale, une partie de la doctrine considérait qu'il ne pouvait être concerné par l'arrangement matrimonial de ses grands-parents : « à s'en tenir à la lettre du texte, il n'y a pas lieu de procéder à l'information des petits-enfants » (222). Ni information ni homologation car, pouvait-on estimer : « Lorsque le législateur vise « l'intérêt de la famille », il vise, manifestement la famille fondée par le couple, c'est-à-dire la famille « nucléaire » des sociologues » (223). En sa seule présence, le changement aurait été totalement libre : « il résulte de la réforme du 23 juin 2006 que le principe de l'immutabilité du régime matrimonial est désormais révolu. La règle selon laquelle le changement est soumis à homologation en présence d'un enfant mineur est bien une exception à ce principe, exception qui doit être strictement interprétée » (224).

L'hésitation restait cependant permise. Selon la Chancellerie : « Bien que le texte ne le précise pas forcément et sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, le recours à l'homologation paraît s'imposer en présence d'un petit-enfant mineur venant de son chef ou par représentation de son parent prédécédé » (225). La seule jurisprudence connue est contradictoire :

Le 16 avril 2009, la cour de Dijon décide que l'homologation est requise en présence de petits-enfants mineurs : « ... par enfants au sens de l'article susvisé, il faut entendre tous les descendants mineurs des époux venant de leur propre chef ou par représentation d'un enfant majeur des époux prédécédé » (226).

(222) M. Storck : *JCl. Civil Code*, Art. 1396 à 1397-1 (2016), fasc. 20, n° 49.
(223) B. Beignier, *Le changement de régime matrimonial depuis le 1er janv. 2007* : *Dr. famille* avr. 2007, n° 4, étude 11.
(224) J. Massip, note ss Dijon, 2 déc. 2010 : *Defrénois* 2011, art. 39230-5.
(225) Circ. min. Justice, 29 mai 2007, n° 73-07/C1/5-2/GS, p. 63 et, dans le même sens : Rép. min. n° 39265 (Huyghe) et Rép. min. n° 42794 (Remiller) : *JOAN* 2 juin 2009, p. 5390.
(226) Dijon, 16 avr. 2009, n° 08/02200.

Le 2 décembre 2010... l'homologation n'était plus requise ! La même cour approuve les premiers juges (227) de ne pas soumettre le changement de régime à l'homologation judiciaire mais d'exiger que le représentant légal du mineur soit informé dans les mêmes conditions que les enfants majeurs (228).

Enfin, on pourrait comprendre un arrêt de la cour de Lyon comme excluant, très implicitement il est vrai, que les petits-enfants puissent s'opposer (229).

On comprend l'embarras des auteurs qui, même lorsqu'ils seraient enclins à tenir les petits-enfants pour étrangers à l'arrangement matrimonial de leurs grands-parents, se résignent à tenir compte de leur présence : « Si les petits-enfants d'un enfant prédécédé sont mineurs, il ne semble pas requis de soumettre le changement à l'homologation judiciaire. Toutefois, la Chancellerie paraît opiner, par prudence, en sens contraire et requérir, dans un tel cas, l'homologation. On conviendra que c'est, probablement, la voie la plus sage » (230). Cette même prudence est celle des Cridon qui tous recommandent, avec plus ou moins de conviction, de ne pas ignorer l'existence du petit-enfant lorsqu'il est le présomptif héritier de ses grands-parents qui changent de régime matrimonial. La solution retenue consiste à faire prévaloir l'esprit du texte : protéger non seulement les enfants du couple mais, plus largement, leurs présomptifs héritiers en ligne directe. Elle conduit, si un petit-enfant mineur se trouve parmi les présomptifs héritiers, à requérir l'homologation de l'acte.

– Incidences de la réforme. – Ce n'est, évidemment, qu'à la condition de reconnaître un droit d'opposition à l'enfant de l'enfant décédé qu'il faut se demander comment, désormais, devrait être protégé l'intérêt de ce petit-enfant s'il est mineur, placé sous l'administration légale de son parent survivant. Avant la réforme, la solution de prudence finalement retenue était de soumettre l'acte à homologation. Cette même prudence devrait désormais conduire : soit à permettre au représentant du petit-enfant mineur d'exercer en son nom le droit de critique, soit à le placer sous la protection du notaire rédacteur, qui pourrait exercer son devoir d'alerte également pour lui. **2143**

La première solution consisterait à reconduire celle retenue par la cour de Dijon en son arrêt du 2 décembre 2010. Elle présente l'inconvénient de confronter le projet des époux à la critique de leur ex-bru ou de leur ex-gendre (231)... Peut-être est-ce pourquoi le consensus s'était plutôt dégagé, avant la réforme, pour le recours à l'homologation. Ce contrôle judiciaire est aujourd'hui supprimé, mais la protection des intérêts de l'enfant mineur est confiée à la vigilance du notaire rédacteur. La protection des petits-enfants mineurs pourrait être la même que celle que la loi nouvelle prévoit pour les enfants mineurs : le notaire pourrait alerter le juge d'un projet d'acte dont il estimerait qu'il menace gravement ses intérêts.

(227) TGI Chaumont, 23 nov. 2009 : *Defrénois* 2010, art. 39066.
(228) Dijon, 2 déc. 2010, n° 10/00071 : *Defrénois* 2011, art. 39230-5, p. 821, note approbative Massip (préc.).
(229) Lyon, 4 avr. 2011, n° 10/02303 (cité par D. Azincourt, *La procédure de changement de régime matrimonial en présence d'un petit-enfant mineur* : *JCP* N 2012, p. 43, note 14) : Un enfant majeur s'était opposé au changement de régime de ses parents mais était décédé au cours de l'instance en homologation. L'arrêt décide que le droit d'opposition de l'enfant majeur est personnel et intransmissible à cause de mort.
(230) B. Beignier, J. Combret et E. Frémont, *Le changement de régime matrimonial depuis le 1er janv. 2007. Questions diverses. Éléments de réponses* : *Dr. famille* 2007, étude 11.
(231) Alors même qu'une telle confrontation paraît exclue avec le parent de l'enfant mineur dont l'un des époux est désormais séparé.

§ II Le changement de régime en présence d'enfant mineur signé avant le 25 mars 2019 et non encore homologué à cette date

2144 À défaut de disposition transitoire et en application du droit commun (C. civ., art. 1er), les règles relatives au changement de régime matrimonial sont entrées en vigueur le lendemain de sa publication au *Journal officiel* : soit le 25 mars 2019 (232). Tous les actes de changement de régime matrimonial régularisés après cette date sont soumis aux dispositions nouvelles. Que décider si la perfection d'un acte de changement de régime établi avant le 23 mars 2019 était subordonnée à son homologation parce qu'un enfant des époux (ou de l'un d'eux) était alors mineur, et s'il n'est pas encore homologué lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ?

2145 **– Position de la Chancellerie. –** La question s'était posée dans les mêmes termes lorsque la réforme du 23 juin 2006 avait supprimé, à compter du 1er janvier 2007, l'exigence d'homologation systématique de la plupart des conventions portant changement de régime matrimonial. La Chancellerie reprend la réponse qu'elle avait alors donnée dans la circulaire de présentation de la réforme de 2019 :

« Ces dispositions sont d'application immédiate dès le lendemain de la publication de la loi. Aussi, à défaut de disposition transitoire spécifique, l'article 1397 dans sa nouvelle rédaction a vocation à s'appliquer aux changements de régime matrimonial en cours. Dès lors, le juge aux affaires familiales devra rendre une décision de non-lieu à homologation pour les demandes dont il est saisi au jour de l'entrée en vigueur de la loi » (233).

Peu d'auteurs ont commenté cette circulaire (234). Si l'un d'entre eux a constaté que la loi n'a pas réglé la question des demandes pendantes, il précise que la circulaire « apporte un éclairage bienvenu » (235).

2146 **– Critiques de la position de la Chancellerie. –** On comprend l'urgence pratique d'une telle solution, on s'étonne, tout de même, des termes employés (236), et, comme en 2007, on doute de sa pertinence juridique. On ne peut l'admettre sans réserve qu'à condition de faire de l'exigence d'une homologation, ou de sa suppression, une simple règle de procédure (237). Il serait alors juste de considérer qu'elle s'applique immédiatement aux instances en cours sauf disposition contraire (238). La question est cependant loin d'être univoque : si de très éminents auteurs rangent expressément l'exigence d'homologation dans les règles de forme ou de procédure (239), d'autres en font une solennité. On peut y voir une véritable condition de fond (240).

En réalité, l'obligation d'homologation tient tout à la fois de la loi de fond et de la loi de procédure. La règle de fond devrait, cependant, l'emporter sur l'aspect purement procé-

(232) La publication au *Journal officiel* ayant eu lieu le 24 mars 2019.
(233) Circ. CIV/04/2019, NOR : JUST 1806695L, 25 mars 2019, ann. 6.
(234) S. Torricelli-Chrifi reprend le texte de la circulaire sans la commenter, art. préc.
(235) A. Tani, *La nouvelle procédure...*, rt. préc., no 10.
(236) Le « non-lieu » ou la « décision de non-lieu » sont inconnus de la procédure civile... Le juge qui estimerait ne pas devoir donner suite à la demande d'homologation prendrait une ordonnance « disant n'y avoir lieu à homologation ».
(237) C'est ce que fait, en toute rigueur, Ch. Sarto-Le Martret, *La suppression de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial en présence d'enfants mineurs et les procédures en cours au 25 mars 2019* : *Bull. Cridon Paris* 15 mai 2019, no 10, p. 6.
(238) Cass., avis, 22 mars 1999, nos 09-90.001 et 09-90.005 (2 avis) : *Bull. civ.* 1999, *avis*, no 2. – Cass. 2e civ., 30 avr. 2003, no 00-14.333 : *Bull. civ.* 2003, II, no 123.
(239) J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 198.
(240) I. Balensi, *L'homologation judiciaire des actes juridiques* : *RTD civ.* 1978, p. 42 et 233, no 35, p. 62.

dural : la loi nouvelle ne se limite pas, ici, à la modification de modalités de saisine du juge ou de déroulement de l'instance aux fins d'homologation. Elle supprime une condition à laquelle l'efficacité de l'acte conventionnel de changement de régime était jusqu'alors subordonnée.

Les actes de changement de régime matrimonial faits avant le 25 mars 2019 devaient être soumis à l'homologation s'il existe des enfants mineurs des époux. Après cette date, ils restent soumis aux règles substantielles qui les régissaient lorsqu'ils ont été établis car les conditions d'un acte juridique s'apprécient au moment où il est fait. Ils restent soumis à la loi ancienne, quelle que soit la date à laquelle la requête en homologation est présentée, car la loi nouvelle s'applique immédiatement aux actes faits à compter de son entrée en vigueur, mais non rétroactivement aux actes faits avant.

Si la règle nouvelle intéresse le fond du droit autant que la procédure, le raisonnement proposé dans la circulaire confond application immédiate et application rétroactive de la loi. Il avait déjà fait l'objet d'une telle critique lors de l'entrée en vigueur de la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006. À l'époque, une circulaire avait – déjà... – considéré que les tribunaux n'étaient pas compétents pour statuer après le 1er janvier 2007 sur des demandes d'homologation de changements de régime conclus avant le 1er janvier 2007 (241). La bonne doctrine s'en était émue : « La jurisprudence décide, de manière constante, que la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, aux conditions de l'acte juridique conclu antérieurement. Affirmer le contraire reviendrait à faire une application rétroactive de la loi nouvelle, alors même que l'article 2 du Code civil pose comme principe que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » (242). D'autres commentateurs étaient du même avis (243) et plusieurs décisions de justice avaient statué en ce sens (244).

Ces positions doctrinales et prétoriennes peuvent être transposées aux actes de changement régularisés avant le 25 mars 2019 mais dont l'homologation n'a pas encore eu lieu à cette date.

En résumé

Contrairement à ce qu'indique la circulaire, les changements de régime matrimonial régularisés avant le 25 mars 2019 demeurent soumis à homologation et ne peuvent en aucun cas devenir définitifs par la seule adoption de la loi nouvelle, qui n'a aucun effet rétroactif.

(241) Circ. 73-07/C1/5-2/GS, 29 mai 2007, de présentation de la réforme des successions et des libéralités (NOR : JUSC0754177C).

(242) N. Bollon, *Retour sur l'application dans le temps du nouvel article 1397 du Code civil* : *Cah. Cridon Lyon* 2008, nº 51, p. 13.

(243) Pour exemple : J.-L. Puygauthier, selon lequel « le droit applicable est celui en vigueur au jour de la signature de l'acte notarié de changement de régime matrimonial » : *Nota-Bene Cridon Sud-Ouest* mars 2007, nº 122, fiche 489.

(244) Toulouse, 16 oct. 2007, nº 07/02505 : *Dr. famille* 2008, comm. 10, obs. B. Beignier. – Toulouse, 20 nov. 2007, nº 07/02727 : *JCP* G 22007, IV, 1587. – Paris, 10 avr. 2008, nº 07/17430 : *JCP* G 2008, I, 202, nº 5, obs. G. Wiederkehr. – Lyon, 23 oct. 2008, nº 08/02017 : *JurisData* nº 2008-005810. – Nîmes, 25 févr. 2009, nº 08/01144 : *JurisData* nº 2009-002270. V. égal. deux décisions rendues le même jour par la même juridiction en deux sens contraires : Besançon, 1re ch. civ., sect. A, 16 janv. 2008 (maintien de l'exigence d'homologation) et CA Besançon, 1re ch. civ., sect. A, 16 janv. 2008 (refus d'homologation) : *Dr. famille* 2008, comm. 158, obs. B. Beignier.

2147 – Que faire lorsque le juge suit les préconisations de la circulaire ? – Une difficulté subsiste si le juge saisi d'une requête en homologation adopte la position de la circulaire et rend une décision de « non-lieu à homologation » (245) ou si l'on craint qu'il rende une telle décision (246). En ce cas, le changement de régime matrimonial – régularisé avant l'entrée en vigueur de la réforme – ne pourra jamais devenir définitif. Il en serait de même si le juge n'était jamais saisi d'une demande en homologation.

L'argument selon lequel l'homologation n'est plus nécessaire compte tenu de ce que les enfants sont depuis devenus majeurs n'est pas non plus pertinent. Les conditions de validité et d'efficacité du changement (conditions de fond) s'apprécient à la date à laquelle l'acte est signé (247).

2148 – Impossibilité d'établir un acte rectificatif ou complémentaire. – Il serait également impossible de procéder par acte rectificatif ou complémentaire permettant de « constater que le changement est devenu définitif ». L'acte rectificatif est « celui qui est nécessaire pour assurer la concordance du fichier immobilier et du cadastre avec les énonciations du document déposé (...). Il doit dès lors être établi quand il s'agit seulement de préciser l'identité des parties ou l'identification d'un immeuble » (248). Il a pour seul objet de rectifier une pure erreur matérielle, c'est-à-dire une erreur qui se révèle à la seule lecture de l'acte. Il n'y aurait d'ailleurs aucune erreur à rectifier ou complément à ajouter à l'acte : au moment où il a été fait, l'homologation était requise. C'est donc à raison qu'elle a été prévue. On peine donc à voir quels éléments pourraient figurer dans un tel acte rectificatif (249). Enfin, l'acte rectificatif ne peut rien changer à la date de l'acte rectifié.

2149 – Réitération ou épuisement des voies judiciaires ? – Que penser, enfin, de la solution « rapide » préconisée par le Cridon de Paris (250) qui consisterait en un « acte complémentaire » au changement de régime initial, contenant la réitération de la volonté des époux de changer de régime ? Il s'agit davantage d'un acte réitératif. Ne faut-il pas y voir, tout simplement, un nouvel acte de changement de régime, passé après la réforme et donc soumis au droit nouveau ? La difficulté reste entière si l'un des époux refuse de renouveler son consentement au changement de régime matrimonial.

La solution « longue » serait de requérir l'homologation. Si, se conformant à la circulaire, le juge la refusait (ce qui est probable), il resterait à former un recours (251) pour obtenir de la juridiction d'appel des décisions conformes à ce qui avait déjà été jugé entre 2007 et 2008. Les délais et le coût de la procédure peuvent décourager... d'autant que la cour d'appel saisie pourrait confirmer la décision du premier juge : il faudrait alors se pourvoir en cassation...

(245) Ce qui est très courant en pratique : les juges se conforment à la circulaire.

(246) Fréquent est le cas où les avocats indiquent aux époux que l'homologation de l'acte signé avant la réforme n'est plus nécessaire et les renvoient devant leur notaire pour « finaliser la procédure » – dans de telles hypothèses, la requête en homologation n'est donc pas déposée.

(247) Si un tel raisonnement était adopté, il aurait alors suffi aux époux avec enfant mineur de changer de régime matrimonial avant la réforme, puis d'attendre que leurs enfants deviennent majeurs pour échapper à l'homologation... ce qui est difficilement concevable.

(248) P. Masounade-Puyanne, *La rectification des erreurs et omissions en matière de publicité foncière* : *JCP* N 1959, I, 1496, n^{os} 16 et s.

(249) Peu importerait d'ailleurs que cet élément (homologation) n'ait pas été rappelé dans l'acte de changement puisqu'il s'agit d'une condition légale de validité du changement qu'exigeait la loi ancienne.

(250) C. Sartro-Le Martret, art. préc., p. 6.

(251) *Si les époux décidaient de poursuivre l'homologation de l'acte déjà régularisé (ou d'interjeter appel de la décision de* « non-lieu » à *homologation), les publicités afférentes de cet acte (*journal d'annonces légales et notifications aux éventuels enfants majeurs) *ayant déjà été réalisées, il n'y aurait aucune raison de les effectuer de nouveau.*

La solution plus expédiente serait d'établir un nouvel acte de changement de régime (dont le contenu serait identique au premier) (252). Cet acte, qui, par hypothèse serait régularisé après le 25 mars 2019, n'aurait pas à être homologué (253).

Section III Le changement de régime matrimonial en présence d'un enfant mineur sous tutelle ou d'un enfant majeur vulnérable

Deux situations doivent être abordées : celle de l'enfant majeur vulnérable mais non protégé par une mesure (**Sous-section I**) et celle du majeur protégé et du mineur sous tutelle (**Sous-section II**). **2150**

Sous-section I L'enfant majeur vulnérable non protégé

– L'homologation provoquée. – L'hypothèse n'est pas rare : les parents désireux de changer de régime matrimonial ont un enfant majeur incapable d'émettre un consentement réel et éclairé mais cet enfant n'a jamais été placé sous un régime de protection. L'on sait qu'il convient, en principe, de notifier le changement de régime envisagé à cet enfant afin de faire courir le délai d'opposition. La difficulté réside alors dans le fait que cet enfant n'est pas en mesure de comprendre les enjeux de la notification qui lui est adressée. **2151**

La difficulté n'est pas envisagée par les textes. Dans un tel contexte, la notification qui serait adressée à l'enfant ne serait pas efficace en ce sens qu'elle ne serait pas en mesure de faire courir le délai d'opposition (254). Dans l'hypothèse où l'enfant vulnérable a des frères et/ou sœurs majeurs, l'on pourrait conseiller à l'un d'eux de formuler une opposition de manière à rendre l'homologation du changement de régime matrimonial nécessaire, ce qui aurait pour mérite de résoudre la difficulté (255).

Si ce conseil ne peut pas être suivi (hypothèse de l'enfant unique), il n'y a d'autre solution que de placer l'enfant sous un régime de protection. Dans ce cas, le notaire devra attendre que le régime soit mis en place afin d'adresser la notification à la ou aux personnes idoines. Rappelons que, dès le placement sous sauvegarde, pourrait être nommé un mandataire spécial de l'article 437 du Code civil, aux fins de recevoir la notification et d'exercer, le cas échéant, le droit d'opposition.

(252) *Si les époux, craignant de se heurter à la résistance des juges, décidaient de «* refaire *» un nouvel acte de changement de régime, il y aurait lieu de procéder à de nouvelles formalités d'information des enfants majeurs (s'il en existe) et des créanciers.* En effet, même si le contenu du nouvel acte est identique au premier, il s'agit d'un acte différent dont les enfants majeurs (s'il en existe) et les créanciers doivent être informés. Les mesures d'information des créanciers et des enfants majeurs capables n'ont pas été modifiées par la réforme. De plus, les annexes I et II de l'arrêté du 23 décembre 2006 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants majeurs et aux créanciers indiquent que l'information doit contenir la date de l'acte de changement de régime : ainsi, l'information déjà réalisée concerne nécessairement le premier acte, qui, suivant notre hypothèse, ne produira jamais effet.

(253) La faculté d'alerte du notaire auprès du juge des tutelles serait substituée à l'homologation (C. civ., art. 1397, al. 5) dans l'hypothèse où les enfants seraient toujours mineurs au jour de ce nouvel acte.

(254) En ce sens : N. Peterka, *Le changement de régime matrimonial à l'heure du jubilé de la réforme du 13 juill. 1965* : *JCP* N 10 juill. 2015, n° 28, 1126. – J. Hauser et J.-M. Plazy, *Changement de régime matrimonial et enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté* : *Defrénois* 10/2007, p. 733.

(255) En ce sens : P. Holl et C. Le Martret, *La nouvelle procédure de changement de régime matrimonial après deux années d'application* : *Bull. Cridon Paris* 1er-15 nov. 2009, n° spécial, n° 21-22.

Sous-section II L'enfant majeur protégé et le mineur sous tutelle

2152 – Position du problème. – La loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 modifiant la procédure applicable au changement de régime matrimonial n'avait nullement pris en compte la possible présence d'enfants majeurs protégés. C'est ainsi notamment que dans l'hypothèse d'une tutelle, une controverse s'était fait jour pour savoir si le fait pour le tuteur de ne pas faire opposition devait être analysé comme une renonciation à un droit et nécessitait de ce fait une autorisation préalable du juge des tutelles (256).

L'hypothèse de l'enfant mineur sous tutelle ne posait quant à elle pas de difficulté puisque du fait de la minorité de l'enfant, une homologation était nécessaire.

Afin, semble-t-il, de résoudre ces difficultés, l'alinéa 2 de l'article 1397 du Code civil a été modifié par la loi du 23 mars 2019. Il dispose : « En cas d'enfant mineur sous tutelle ou d'enfant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, l'information est délivrée à son représentant, qui agit sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles ».

La référence à un représentant implique un mécanisme de représentation de la personne protégée ; or, il est plusieurs régimes de protection où il n'existe pas de représentation. La rédaction est donc défaillante et ne manquera pas de soulever concrètement des difficultés à l'occasion de son application (257). Distinguons les différents régimes de protection envisageables et proposons des solutions pratiques.

2153 – Tutelle. – La notification sera adressée par le notaire au tuteur. Ce dernier décidera s'il estime nécessaire de former une opposition pour préserver les intérêts du tutélaire. Le tuteur agira seul sans avoir à solliciter préalablement une autorisation du juge des tutelles. S'agissant de la tutelle des mineurs, à défaut de précisions du texte, la procédure est applicable quelle que soit la nature de la tutelle mise en place : familiale (C. civ., art. 390 et s.), départementale (C. civ., art. 411 civil) ou étatique (C. action soc. et fam., art. L. 224-4, 4º et L. 380, al. 1er).

2154 – Curatelle. – La difficulté est prégnante dans la mesure où la curatelle se caractérise par une assistance et non pas une représentation. Il n'existe ainsi pas de « représentant ». Sans doute faut-il écarter la possibilité de notifier au curateur seul, ce dernier n'étant nullement investi d'un pouvoir de représentation. Suscite la même réserve la proposition qui consisterait à notifier au curatélaire uniquement, le laissant seul face à la décision à prendre. Il serait certainement préférable de procéder à une double notification, tant au curateur qu'au curatélaire afin de permettre à ces deux protagonistes de réfléchir ensemble quant à la pertinence de former une opposition (258). En revanche, l'éventuelle opposition devrait être formée par le curatélaire seul, s'agissant d'un simple acte d'administration (C. civ., art. 467, al. 1) (259).

2155 – Sauvegarde de justice. – Le majeur placé sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits (C. civ., art. 435, al. 1 *in limine*). La notification lui sera alors logiquement adressée et il décidera seul de former ou non une opposition (260). Il n'en irait autrement

(256) Sur la question : J. Hauser et J.-M. Plazy, *op. cit.*
(257) Posant le même constat : P. Hilt, art. préc.
(258) Solution s'inspirant par analogie de l'exigence d'une double signification en matière de procédure (C. civ., art. 467, al. 3).
(259) Dans le même sens : N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, art. préc., nº 14, 18. *Contra* considérant que l'opposition nécessitera l'assistance du curateur : P. Hilt, *op. cit.*
(260) En ce sens : N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, *op. cit.*

que dans l'hypothèse où un mandataire spécial aurait été désigné aux fins de recevoir la notification et d'exercer éventuelle opposition (C. civ., art. 435, al. 1 *in fine*), ce qui peut sembler assez théorique.

– Habilitations familiales. – On sait qu'il existe plusieurs sortes d'habilitation familiale : générale ou spéciale et, quand elle est générale, sous le régime de la représentation ou de l'assistance. Reprenons ces différentes hypothèses : **2156**

- Habilitation familiale générale avec représentation
  Sous ce régime, la personne habilitée a le pouvoir de réaliser, dans le domaine patrimonial, l'ensemble des actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir, seul ou avec une autorisation, sur les biens de la personne protégée (C. civ., art. 494-6, al. 3 et 1 combinés). Il s'agit d'un régime de représentation. La notification devra alors être adressée à la personne habilitée qui décidera, seule, de former ou non une opposition (261).
- Habilitation familiale générale avec mécanisme de l'assistance
  La situation est similaire à celle rencontrée sous le régime de la curatelle (C. civ., art. 494-1, al. 1). Ainsi, par analogie avec ce qui a été exposé ci-avant sous le régime de la curatelle, une double notification devrait être faite, tant au majeur protégé qu'à la personne habilitée. Les deux décideront ensemble de l'opportunité de former opposition. Corrélativement, en cas d'opposition, la personne protégée l'exercera seule.
- Habilitation familiale spéciale
  Sous ce régime, la personne habilitée peut accomplir uniquement un ou plusieurs actes déterminés que le tuteur a le pouvoir de réaliser, seul ou avec une autorisation du juge des tutelles. Pour les actes non visés dans le jugement d'habilitation, la personne protégée conserve l'exercice de ses droits (C. civ., art. 494, al. 1 et 494-8, al. 1 combinés).

C'est ainsi qu'aussi longtemps que le jugement d'habilitation n'a pas conféré à la personne habilitée le pouvoir de recevoir la notification et de s'opposer, le cas échéant, au changement de régime matrimonial, la notification doit être envoyée à la personne protégée qui décide seule de l'opportunité de former une opposition (V. *supra*, A 2128).

– Mandat de protection future. – L'application du texte au mandat de protection future est difficile. Deux éléments contradictoires s'opposent : **2157**

Dans le cadre d'une telle protection, un régime de représentation est mis en place (C. civ., art. 477, al. 1). Pour autant, la mesure n'est pas incapacitante et le mandant conserve le pouvoir d'accomplir les actes entrant dans la sphère de compétence du mandataire (C. civ., art. 488).

Il n'apparaît pas nécessaire de distinguer selon que le mandat est notarié ou sous seing privé. En toute hypothèse, le fait de former une opposition ou de ne pas le faire est un simple acte d'administration. En d'autres termes, c'est un acte pour lequel une autorisation préalable du juge est inutile. Deux hypothèses doivent alors être distinguées :

- soit le mandant est apte à comprendre la portée de la notification qui lui est adressée. Dans cette hypothèse, il lui appartient d'exercer seul une éventuelle opposition ;
- soit, au contraire, le mandant est inapte. C'est alors au mandataire que la notification doit être adressée, ce dernier décidant seul de former ou non opposition (262).

– Opposition d'intérêts. – Il est possible que le protecteur de l'enfant vulnérable soit l'époux désireux de changer de régime matrimonial. En ce cas, il existe une opposition **2158**

(261) Plus nuancé : N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, *op. cit.*, estimant que le droit d'opposition n'est délégué à la personne habilitée que dans l'hypothèse d'une inaptitude de la personne protégée.
(262) En ce sens dans l'hypothèse d'une inaptitude du mandant : N. Couzigou-Suhas et F. Sauvage, *op. cit.*

d'intérêts. Les solutions jusque-là exposées devront alors être adaptées pour tenir compte de ces circonstances particulières. Exposons les différentes hypothèses envisageables (263) :

- tutelle et curatelle : l'opposition d'intérêts rend nécessaire l'intervention du subrogé tuteur ou du subrogé curateur (C. civ., art. 454, al. 5). En l'absence d'un tel organe, il sera nécessaire de solliciter du juge la désignation d'un protecteur *ad hoc* (C. civ., art. 455) ;
- habilitation familiale : le protecteur doit adresser au juge des tutelles une requête à l'effet d'être autorisé à passer l'acte nonobstant l'opposition d'intérêts (C. civ., art. 494-6, al. 4) ;
- mandat de protection future : il faut déplorer que le législateur n'ait pris aucune disposition particulière pour régler la difficulté d'une opposition d'intérêts dans ce régime de protection. Cela étant, l'article 484 du Code civil dispose : « Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution ». Sur le fondement de ce texte, il semble possible de saisir le juge des tutelles afin de lui faire part de l'opposition d'intérêts et solliciter la désignation d'un protecteur *ad hoc* (264).

CHAPITRE II Le changement de régime pacsimonial : une absence de protection

2159 – Les changements de régimes patrimoniaux des couples. – Nous venons de voir que le changement de régime matrimonial est soumis à certaines règles dont le but est d'assurer la protection de certaines personnes auxquelles l'acte pourrait porter préjudice. Ce système est propre aux couples mariés qui procèdent à un changement ou à un aménagement de leur régime matrimonial. Ces règles ne s'appliquent donc qu'aux époux.

Pourtant les autres formes de conjugalité ne sont pas exemptes de changements qui peuvent impacter les droits, bien évidemment de chacun des « conjoints », mais aussi des proches du couple.

S'agissant des concubins, il n'existe aucun texte. C'est donc le droit commun des biens, de l'indivision, des obligations et éventuellement des sociétés qui va définir les règles applicables à ces changements de situation au sein du couple. Le plus souvent le changement s'opérera au coup par coup à l'occasion de la vente d'un bien, du partage de son prix ou de l'acquisition d'un nouveau bien. Il sera utile de procéder à une éventuelle liquidation des droits de chacun sur l'indivision afin que nul glissement ne s'opère d'un patrimoine à un autre, notamment par l'évaluation des créances sur l'indivision calculée selon l'article 815-13 du Code civil. Un transfert du patrimoine d'un concubin vers celui de l'autre peut, à l'évidence, préjudicier aux héritiers du premier et constituer une libéralité indirecte dont il pourra être tenu compte dans la liquidation de sa succession. Néanmoins, la tâche sera difficile faute d'éléments de preuve. La situation pourra également être complexe en cas de séparation.

2160 – Le changement de régime pacsimonial : annonce de plan. – S'il n'existe aucune règle spécifique aux concubins, quels que soient les cas de figure du changement de leur régime patrimonial (**Section I**), les partenaires sont soumis à certaines règles de forme (**Section II**), lesquelles n'apportent aucune protection ni à eux-mêmes ni à leurs proches (**Section III**).

(263) Nous passerons sous silence l'hypothèse de la sauvegarde de justice dans la mesure où une opposition d'intérêts n'est pas concevable sous un tel régime de protection.

(264) En ce sens : M. Hauser, *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Paris, Dalloz, 2012, p. 21.

Section I Les différents changements de régimes pacsimoniaux

2161 **– De nombreuses hypothèses. –** Le Code civil prévoit la possibilité pour les partenaires de procéder à des modifications de leur convention initiale de Pacs (C. civ., art. 515-3, al. 6 et art. 515-5-1). Le changement de régime patrimonial des partenaires peut avoir lieu selon plusieurs combinaisons : ce peut être pour passer d'un régime de séparation des biens à celui de l'indivision (265) des acquêts (C. civ., art. 515-5), ou ce peut être un changement inverse (266). Ces changements peuvent être motivés soit par un esprit communautaire au sein du couple, soit au contraire par un esprit séparatiste. Enfin, il est deux cas dans lesquels le Pacs initial, dans un but de sécurité juridique et de protection des partenaires et de leurs ayants cause, devrait faire l'objet d'une convention modificative :

- pour substituer l'ancien régime pacsimonial issu de la loi du 15 novembre 1999 de l'indivision systématique et occulte des acquêts à l'un des deux régimes actuels (267) ;
- lorsque les partenaires ont perdu leur convention initiale de Pacs et n'en connaissent pas la teneur. On sait que la convention de Pacs, une fois enregistrée, est restituée aux partenaires, les services de l'état civil tout comme les greffes d'instance n'en conservant pas d'exemplaire. Nous ne reviendrons pas sur les atouts du Pacs notarié, mais cette situation est embarrassante pour les partenaires qui ignorent leur régime patrimonial. En ce cas, il est vivement conseillé de régulariser et de faire enregistrer une convention modificative pour préciser le régime des partenaires.

Section II Les règles simplissimes du changement de régime pacsimonial (268)

2162 **– Nécessité d'une convention modificative. –** Pour modifier la convention initiale de Pacs, il est obligatoire de procéder par une convention modificative écrite. Cette convention obéit aux mêmes règles de fond que la convention primaire (capacité, contenu, *etc.*). Elle peut prendre la forme d'un acte sous signature privée ou d'un acte authentique, sachant qu'il n'y a aucune obligation de respecter un parallélisme des formes. Un Pacs sous signatures privées peut être modifié par acte notarié et inversement.

2163 **– Formalités d'enregistrement et de publicité. –** Pour l'enregistrement initial d'un Pacs, les partenaires doivent se présenter physiquement devant l'officier de l'état civil. Bien naturellement, ils peuvent également se présenter devant lui pour qu'il enregistre la convention modificative. Toutefois, l'article 515-3, alinéa 6 du Code civil permet aux époux d'adresser cette convention par simple lettre recommandée à l'officier d'état civil ou au notaire qui a enregistré le Pacs initial afin qu'il procède à son enregistrement et aux formalités de publicité en marge des actes de naissance des partenaires.

(265) W. Baby, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, thèse, Toulouse, préf. M. Nicod et postface B. Beignier, *Defrénois*, 2013, n° 74.
(266) W. Baby, thèse préc., n° 75.
(267) W. Baby, thèse préc., n° 76.
(268) Sur les règles applicables au changement de régime pacsimonial, M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 511-37. – F. Terré et P. Simler, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, 8e éd. 2019, n° 891. – 106e Congrès des notaires de France, Bordeaux, 2010, *Couples, patrimoine. Les défis de la vie à deux*, nos 2290 et s.

La simplicité de forme et de fond du changement de régime pacsimonial peut surprendre et, dans certaines hypothèses, ne pas assurer un minimum de protection tant aux partenaires qu'à leur famille.

Section III L'absence de protection à l'occasion d'un changement de régime pacsimonial

2164 **– L'absence de liquidation. –** L'absence de liquidation du régime initial peut surprendre, car nous avons vu que pour les époux, cette liquidation, qui fixe les droits de chacun d'eux lors du changement de régime, permet d'apprécier les droits de chacun dans l'ancien régime en liquidant les éventuelles créances entre eux ou leurs droits sur certains biens, le risque étant que les règles du nouveau régime se substituent rétroactivement à celles de l'ancien qui, pourtant, étaient applicables. Un des partenaires retire-t-il un avantage de ce changement ? Très probablement la notion d'avantage pacsimonial n'existe pas faute de régime de référence. En effet, si pour les époux nous avons des régimes de référence avec la communauté légale, la séparation de biens pure et simple ou la participation aux acquêts tels qu'ils sont régis par le Code civil, il n'est rien de semblable pour les partenaires. Tout comme l'indivision des acquêts, le régime de séparation des biens n'est pas le régime de référence. Cette liquidation préserve malgré tout les droits des partenaires et de leur ayants cause. Elle s'avère également utile lorsque les partenaires, se mariant, se trouvent soumis à un régime matrimonial (269). Et ce d'autant plus que les règles, notamment celles relatives aux créances et aux récompenses, ne sont pas les mêmes et risquent de provoquer des difficultés liquidatives à la fin de vie de couple.

(269) B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *Du Pacs au mariage : transition ou mutation ?*, in *Études offertes à J. Combret, Defrénois*, 2017, p. 53 et s. – X. Guédé et F. Letellier, *Conventions modificatives de Pacs et « changement » de régime pacsimonial. Quelle sécurité juridique ?* : *Defrénois* 1er mai 2015, no hors-série, p. 22.

DEUXIÈME PARTIE

Protéger ses proches par la transmission

– Donner des moyens à ceux que l'on doit ou que l'on veut protéger. – Protéger, **2165**
nous avons déjà eu l'occasion de l'écrire, c'est donner des moyens pour mettre à l'abri du besoin, des risques ou des dangers de la vie. Ces dangers peuvent être la perte d'un emploi, les mauvaises affaires, la maladie, les ruptures familiales et conjugales, le décès de celui qui procurait les revenus permettant de subvenir au train de vie quotidien. Donner des moyens, c'est donc transmettre du patrimoine, des biens. Protéger signifie alors abandonner un droit de propriété sur ses propres richesses pour les transmettre aux personnes à protéger. Deux questions se posent alors : quels sont les biens que l'on peut transmettre pour protéger, mais surtout quelles sont les personnes que l'on veut ou que l'on doit ainsi protéger ? Le Droit, et c'est bien là « l'art du juste et du bon », se doit d'organiser un juste équilibre entre le devoir de protection plus ou moins fort qui existe entre certains proches (**Titre I**) et la volonté de protéger prioritairement d'autres proches (**Titre II**).

TITRE I

Protéger ses proches selon la loi

INTRODUCTION

– La protection des héritiers. – Les développements qui suivent sont consacrés à la détermination par la loi des proches à protéger. Cette protection légale part de l'idée qu'il relève de la loi de classer les personnes qui doivent recueillir le patrimoine au décès de son titulaire. Ces personnes font donc l'objet d'un classement, d'une hiérarchie. C'est la dévolution légale. Elle va s'appliquer bien évidemment en l'absence de désignation volontaire d'un ou plusieurs successeurs (**Sous-titre I**). Mais, considérant le devoir supérieur de transmettre un minimum de biens à certains proches, cette dévolution légale va s'imposer en limitant plus ou moins fortement la volonté individuelle. Protéger certains proches, sur le plan successoral, devient alors un devoir. C'est l'existence de la réserve héréditaire (**Sous-titre II**). **2166**

SOUS-TITRE I

La protection légale et supplétive des proches

La dévolution légale est le classement des héritiers susceptibles de recueillir l'héritage. Elle est fondée, d'une part, sur le lien de proximité entre le défunt et ses héritiers et, d'autre part, sur l'égalité (**Chapitre I**). Toutefois, cette dévolution n'a de sens que si elle est renforcée par certaines règles fondamentales (**Chapitre II**). **2167**

CHAPITRE I La protection des proches par la dévolution légale

– Dévolution légale : mode de désignation des proches à protéger. – La dévolution légale est la détermination par la loi de ceux qui recueillent la succession (270). Elle s'oppose à la dévolution volontaire qui est la désignation par le *de cujus* de ses propres successeurs. La dévolution légale assure une fonction supplétive de désignation des héritiers d'une personne qui, de son vivant, n'aurait pas institué un ou plusieurs successeurs. Envisageons successivement ce qu'est véritablement la dévolution légale (**Section I**) et ses fondements (**Section II**). **2168**

(270) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2013, no 41.

Section I La dévolution légale : la détermination des proches à protéger

2169 – Nécessité d'un lien légalement reconnu. – La dévolution légale, en ce qu'elle désigne des héritiers appelés à une succession, est nécessairement fondée sur un lien de famille juridiquement établi (271). Ce lien sera soit un lien de parenté que l'on peut qualifier de « lien du sang » (272), soit un lien d'alliance résultant d'un mariage avec le *de cujus*. La parenté peut être en ligne directe (entre parents et enfants) ou en ligne indirecte ou collatérale lorsqu'il s'agit du lien entre frères et sœurs. La ligne directe peut être ascendante si elle va vers les parents ou grands-parents ou descendante si elle s'oriente vers les enfants et les petits-enfants. Pour conférer une vocation légale, le lien de sang doit être légalement établi en ce sens qu'il doit être basé sur une filiation juridiquement reconnue. Le mode d'établissement de cette filiation est indifférent pour conférer une vocation légale (reconnaissance, présomption légale, possession d'état, adoption, *etc.*). De la même manière, peu importe la nature de la filiation : légitime, naturelle, adoptive ou adultérine (C. civ., art. 733). La dévolution légale apporte donc une protection patrimoniale à tous sans considération du passé individuel et sans discrimination (273). Ce lien du sang, qui à lui seul peut conférer un droit héréditaire, est en principe immuable à la différence du lien conjugal qu'est le mariage. Aussi le conjoint survivant perd-il sa vocation légale si, au jour du décès, le mariage a été dissous par un jugement de divorce (C. civ., art. 732) (274). Le conjoint séparé de corps conserve sa vocation successorale s'il n'y a pas renoncé dans la convention de séparation de corps par consentement mutuel (C. civ., art. 301) (275).

2170 – Indissociabilité entre dévolution légale et justification familiale de l'héritage. – Traditionnellement on justifie le principe d'une succession privée (qui s'oppose à la succession publique, qui veut que tous les biens d'un mort reviennent à l'État) par l'idée que le patrimoine reste un outil de l'unité familiale. Certains biens d'ailleurs, comme les résidences principale ou secondaire de la famille, sont un élément fondamental de cette unité en ce qu'ils sont soit le lieu où toute la famille vit, soit celui où elle se retrouve. Ils sont un cadre de vie où l'affection familiale s'entretient, se développe et parfois se détériore. La dévolution légale des successions est la manifestation patrimoniale et économique des liens entre les générations. Elle est à la fois entraide et solidarité au sein de la famille. Elle est aussi le moyen de pérenniser la propriété et la bonne utilisation économique des biens familiaux. Par le droit à l'héritage et la dévolution légale, c'est la protection des familles et de leurs proches qui est garantie. Encore faut-il que la loi définisse les proches qui bénéficient de cette transmission protectrice (276).

2171 – Nécessité d'un classement : une hiérarchie entre les proches. – La détermination des proches du défunt amenés à recueillir, après son décès, son patrimoine nécessite un classement légal. La loi, dès lors qu'elle admet le principe de succession privée, se doit de

(271) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités, op. cit.*, n° 87.
(272) M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2017, n° 117.
(273) Ce qui n'a pas toujours été le cas. L'enfant adultérin, jadis, voyait ses droits successoraux réduits de moitié dans la succession de son auteur adultère.
(274) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 178 et s.
(275) *Ibid.*, n° 179.
(276) Sur la justification familiale de l'héritage, cf. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 30 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 6. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, nos 26 et s.

déterminer ceux qui, dans la famille du défunt, vont hériter. Des choix sont à opérer. Le Code civil, issu à la fois du droit coutumier dans lequel la succession était exclusivement légale et du droit testamentaire, va donc définir les proches habiles à hériter en privilégiant les parents les plus proches du défunt. Cette hiérarchie entre les parents part de l'idée que les biens doivent être dirigés en premier lieu vers les générations les plus jeunes et en ligne directe. Les héritiers sont donc classés par ordre. Ce classement par ordre résulte de l'article 734 du Code civil. Les parents sont donc appelés à la succession selon le classement suivant :

- premier ordre : l'ordre des descendants (les enfants et leurs propres enfants) ;
- deuxième ordre : l'ordre des père et mère ainsi que des frères et sœurs et des enfants de ces derniers (collatéraux privilégiés) ;
- troisième ordre : les ascendants autres que les père et mère (ascendants ordinaires) ;
- quatrième ordre : les collatéraux autres que les frères et sœurs et les descendants de ces derniers (collatéraux ordinaires).

La présence d'un seul représentant dans un ordre exclut tous les membres des ordres suivants. Au sein de chacun des ordres, en cas de pluralité c'est la proximité qui l'emporte : celui qui a le degré le plus proche avec le défunt prime les autres (C. civ., art. 744, al. 1), et à égalité de degré il est procédé à un partage par tête (C. civ., art. 744, al. 2).

À ces ordres, tous basés sur un lien de sang avec le *de cujus*, il y a lieu d'ajouter un ordre contenant une personne unique : l'époux ou l'épouse survivant qui vient s'intercaler entre ces ordres ou entre membres d'un même ordre. Plus les liens entre le *de cujus* et ses héritiers définis sont éloignés, plus les droits légaux du conjoint seront importants, voire même les évinceront totalement.

Ces règles dévolutives contiennent quelques correcteurs permettant de maintenir une certaine justice dans l'héritage. Ce sera le cas de la représentation successorale (C. civ., art. 751 et s.) (277) qui maintiendra l'égalité entre les souches en cas de décès des descendants ou des collatéraux privilégiés, et également de la fente qui permet, dans les lignes ascendantes, de répartir la succession par moitié entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

Section II Les fondements de la dévolution légale

Cette hiérarchie entre les proches créée par la dévolution légale est fondée sur plusieurs idées, chacune primordiale lorsqu'il s'agit d'aborder la protection des proches. **2172**

– Une solidarité entre générations. – Devoir de famille : selon ce fondement, la transmission de l'héritage est le reflet d'une obligation de solidarité familiale, une sorte de devoir alimentaire *post mortem* existant au sein de la cellule familiale. À ce fondement, on peut adjoindre l'idée que la dévolution légale permet de conserver les biens au sein d'une même famille. Ces fondements, essentiels dans la transmission successorale des coutumes barbares qui a fortement influencé nos règles civiles, sont en très net repli depuis les dernières grandes réformes des successions. En effet, la limitation au sixième degré et l'entrée en force du conjoint survivant dans le cercle des héritiers légaux ont fait perdre de sa puissance à ce fondement. À cela on peut ajouter que les biens, et plus particulièrement les biens **2173**

(277) Sur la représentation : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 150 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.*, nos 76 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités, op. cit.*, nos 102 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, nos 184 et s.

immobiliers, sont de moins en moins attachés à une famille qui elle aussi n'est pas aussi stable que par le passé. La famille évolue dans ses contours et dans les liens de fait qui l'unissent, la famille-foyer a remplacé la famille-souche.

2174 **– Volonté présumée du *de cujus*. –** « La dévolution légale n'est qu'un reflet, expression des intentions probables du défunt » (278). L'idée de ce fondement se rattache aux successions volontaires en considérant que la dévolution légale ne serait que la volonté supplétive du défunt. Le fait que le *de cujus* n'ait pas pris de dispositions testamentaires pour écarter cette dévolution légale lui conférerait une forme d'adhésion. Cette théorie, relativement ancienne, nous semble quelque peu fictive et nous préférons celle exposée ci-dessous.

2175 **– Affection présumée du *de cujus*. –** Ce dernier fondement de la dévolution légale semble davantage en phase avec notre société actuelle. En effet, la loi définit des proches qui sont censés prendre la place la plus importante dans le cœur du *de cujus*. La Loi, la Société et sans doute la Morale considèrent que l'on aime davantage ses enfants et son conjoint que ses frères et sœurs, ses parents, ses cousins. Elle part sans doute également de l'idée que c'est avec les enfants et le conjoint que le *de cujus* a le plus partagé sa vie, nouant ainsi de nombreux liens d'affection.

2176 **– Brève conclusion sur la dévolution légale. –** En quelque sorte, cette dévolution légale définit les proches que l'on est censé aimer et vouloir protéger. La réserve héréditaire, quant à elle, définit les proches que l'on doit protéger à défaut d'être obligé de les aimer.

CHAPITRE II Les compléments protecteurs de la dévolution légale

2177 À elle seule la dévolution légale ne suffit pas à répondre à l'objectif de protection qui lui est assigné. Elle doit forcément être appuyée par deux institutions. L'une correspond au principe d'égalité, l'autre à celui de liberté. Envisageons donc successivement le rapport des libéralités (**Section I**) et l'option successorale (**Section II**).

Section I Le rapport des libéralités : protection de la vocation légale

2178 Étudions brièvement ce que permet le rapport en lui-même (**Sous-section I**) puis ses limites (**Sous-section II**).

Sous-section I La mise en œuvre du rapport

2179 Commençons par définir le rapport (**§ I**) avant d'en préciser le domaine (**§ II**) et les modalités (**§ III**)

(278) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, LGDJ, 1928, par J. Maury et H. Vialleton, n° 3. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 65.

§ I La définition du rapport

2180 **– La reconstitution de la masse successorale. –** Le rapport est un mécanisme général qui consiste à reconstituer en nature ou en valeur un ensemble de biens à liquider et à partager ou à réaliser (279). Appliqué aux successions, car c'est la matière qui nous intéresse ici, le rapport est « l'institution en vertu de laquelle un héritier doit rendre compte à la succession des libéralités qu'il a reçues du *de cujus* » (280). Le rapport a pour objet de conforter la dévolution légale et le principe d'égalité entre les héritiers. L'égalité n'est pas ici considérée dans son sens arithmétique, c'est-à-dire par part virile, mais dans l'idée que chacun reçoit une part égale à sa vocation, à ses droits. Le rapport consiste donc à reconstituer en nature ou en valeur la masse successorale afin de la répartir entre les héritiers conformément à leurs droits tels que définis par la dévolution légale. Le rapport se distingue profondément et par essence de la réduction dont le seul objet est de garantir à l'héritier de percevoir ses droits réservataires. Le rapport est donc inséparable de la dévolution légale dans le sens où sans rapport elle ne serait ni juste ni égalitaire et se détacherait ainsi de ses fondements et du principe d'égalité qui la domine (281).

§ II – Le domaine du rapport

2181 **– Les parties au rapport. –** Pour être débiteur d'un rapport à une succession, il faut être héritier *ab intestat* et avoir été personnellement bénéficiaire d'une libéralité de la part du *de cujus*. Pour être créancier du rapport, il faut être héritier *ab intestat* et venir en rang utile à la succession. Le rapport a pour vocation de protéger les héritiers qui n'ont pas été gratifiés par le *de cujus* et qui, pour autant, viennent à la succession alors que d'autres ont déjà reçu des libéralités de sa part.

Les représentants sont-ils débiteurs du rapport ? Une question importante, mais sans réponse…

Cas de figure. L'hypothèse est la suivante : le *de cujus* a consenti à ses enfants des donations en avancement de part successorale. L'un renonce et est représenté. Qu'en est-il du rapport ?
Avant 2007, la question ne se posait pas car on ne représentait pas un vivant (le renonçant) et, en cas de représentation d'un mort, ses représentants étaient eux-mêmes débiteurs du rapport (C. civ., art. 848). L'hypothèse de ce rapport en cas de représentation d'un enfant prédécédé est prévue à l'article 848 du Code civil. La solution est logique, car ils sont censés avoir hérité des biens de leur auteur mais aussi de cette dette de rapport (282). Aujourd'hui la donne a profondément changé car, par hypothèse, le représenté est en vie. Il n'y a pas de multiples possibilités, elles sont au nombre de deux :

- soit les représentants deviennent débiteurs de ce rapport ;
- soit ils n'en sont pas débiteurs et la créance de rapport disparaît dans la nature.

La discussion est dense, la doctrine divisée, la jurisprudence muette et la pratique désemparée (283).

(279) G. Cornu (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2018, V. ce mot.
(280) M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2018, no 724.
(281) Cette égalité est la même que celle qui préside aux opérations de partage (C. civ., art. 826). Sur l'égalité dans le partage : C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, nos 782 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2013, nos 1101 et s. et 1136 et s. (sanction de l'égalité). – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 974 et s.
(282) L'art. précise qu'il est débiteur du rapport même s'il a renoncé à la succession du représenté.
(283) Sur un exposé précis de cette discussion théorique aux enjeux pratiques importants : Ph. Potentier, *in Renonciations et successions, quelles pratiques !*, ss dir. C. Pérès, *Defrénois*, 2017, nos 371 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, préc., spéc. no 673.

I) Arguments en faveur de la première thèse (284) **:**

- elle est fondée sur une répartition de la succession par souche. Le représenté ayant reçu le bien donné qui, très probablement adviendra aux représentants, il est donc normal qu'ils soient débiteurs de ce rapport ;
- elle permet de préserver les droits des autres héritiers et de maintenir l'égalité entre les souches, ce qui est le fondement de la représentation ;
- l'article 954, alinéa 2 du Code civil, en prévoyant que cette donation s'impute sur la part de réserve de la souche, ne revient-il pas à dire que la donation est rapportable par la souche ?

2) Ceux en sa défaveur peuvent être résumés ainsi :

- les représentants vont être débiteurs d'un rapport correspondant à un bien qu'ils ne détiennent pas. Ils sont donc privés du droit d'en effectuer le rapport en nature. Comment rapporter un bien que l'on n'a pas ?
- ils peuvent être débiteurs de la valeur d'un bien qu'ils ne recueilleront peut-être jamais si le représenté l'a aliéné ou l'a consommé. Cet argument ne semble pas pertinent, car en cas de représentation d'un mort le rapport est dû et la situation peut être identique.

Les défenseurs de cette thèse avancent les arguments suivants (285) **:**

- l'article 848 du Code civil est issu d'un texte datant de l804 n'envisageant que la représentation d'une personne décédée. Il ne peut être applicable à la succession d'un vivant ;
- on ne peut faire rapporter un bien que l'on n'aura peut-être jamais.

Arguments en défaveur de cette thèse :

- ne rien faire rapporter à la souche du renonçant est extrêmement favorable à cette souche, elle gagne quelque part sur les deux tableaux ;
- avant la réforme de 2006, les représentants n'avaient aucun droit. Ici, c'est leur donner encore davantage…

2182 – Les libéralités rapportables. – Seules sont rapportables les donations faites par le *de cujus* (C. civ., art. 850). Celles faites par l'ascendant du *de cujus* (sauf cas de la donation-partage transgénérationnelle) ne sont pas rapportables. La donation portant sur un bien commun ne sera donc rapportable que pour moitié, sauf si dans la donation il a été stipulé une clause de rapport intégral au décès de l'un des donateurs (clause dite « d'imputation sur la succession du prémourant » ou « d'imputation sur la succession du survivant »). Les incidences de ces clauses sont liquidatives et peuvent permettre d'aménager les droits du conjoint survivant (286). Les donations sont présumées rapportables et donc consenties en avancement de part successorale (quelles que soient les formes de la donation) sauf dispense de rapport consentie par le *de cujus* (donation hors part successorale). Les legs sont, quant à eux, présumés hors part successorale, c'est-à-dire non rapportables, mais libre au *de cujus* de prévoir dans son testament que le legs fait s'imputera sur la part légale du légataire. Enfin la question du rapport de la donation-partage ne se pose pas, car un tel acte n'est jamais sujet à rapport puisqu'il constitue en lui-même une opération de partage (287). Toutes les donations sont rapportables, qu'elles soient ostensibles sous forme de dons manuels, indirectes ou déguisées (288).

(284) Favorables à cette thèse : S. Gaudemet, *La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006* : *Defrénois* 2006, art. 38447. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, préc., spéc. n° 1053. – Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018.

(285) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 732. – D. Vigneau, *Les rapports des articles 845 et 848 du Code civil en cas de représentation d'un donataire renonçant. Un rapport peut-il en cacher un autre ?* : *JCP* N 2008, n° 18, 1193.

(286) Sur ces clauses : M. Grimaldi, *Droit des successions*, préc., spéc. n° 736.

(287) Pour un rappel du principe, V. Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 11-21.368 : *JurisData* n° 2013-005025.

(288) Pour un exemple, Cass. 1re civ., 11 juill. 2019, n° 18-19.415 : *RTD civ.* 2019, p. 634, obs. M. Grimaldi.

§ III Les modalités du rapport

2183 **– En moins prenant, en nature ou en valeur. –** L'héritier qui est débiteur d'un rapport se verra déduire de son lot dans le partage de la succession la valeur du bien qu'il a déjà reçu. C'est le rapport en moins prenant (C. civ., art. 858). Le rapport peut se faire en nature, c'est-à-dire que l'héritier va restituer le bien à la masse successorale pour être partagé, il pourra être attribué à un autre. Le rapport en nature est une possibilité toujours offerte à l'héritier qui en est débiteur, à la condition que le bien rapporté ne soit pas grevé de charge ou d'occupation autres que celles qui existaient au jour de la donation (C. civ., art. 859). Cette règle est protectrice du débiteur du rapport en lui permettant de ne pas se voir infliger le paiement d'une indemnité de rapport qu'il ne pourrait supporter. Le rapport en valeur est devenu le principe, et cette indemnité de rapport est calculée selon la règle de la dette de valeur rappelée à l'article 860 du Code civil.

2184 **– Le calcul de l'indemnité de rapport : le bien appartient encore à l'héritier débiteur. –** En application de l'article 860 du Code civil, l'indemnité de rapport est égale à la valeur du bien au jour du partage, mais dans son état au jour de la donation. Il s'agit de reconstituer en valeur l'actif successoral comme si la donation n'avait pas eu lieu. Il est donc nécessaire d'apprécier l'état du bien au jour de la donation et au jour du partage. Les plus-values fortuites doivent profiter à tous les héritiers, tout comme ils doivent subir les moins-values également fortuites. Par contre, celles qui sont le fait du donataire ne doivent pas influencer leurs droits (289).

2185 **– Le bien a été aliéné par le débiteur du rapport : la subrogation dans la dette de valeur. –** Si le bien a été aliéné (vendu, échangé, donné, *etc.*) par le donataire, alors l'indemnité de rapport dont il est débiteur est égale à la valeur du bien au jour de cette aliénation dans son état au jour de la donation. Si aucun bien ne lui a été subrogé (remploi du prix ou échange), alors l'indemnité de rapport est définitivement fixée et ne sera pas réévaluée jusqu'au partage. Par contre s'il y a subrogation, l'indemnité de rapport sera égale à la valeur du bien ou de la quote-part de ce nouveau bien subrogé. Si le bien acquis est un bien de consommation, alors la subrogation en valeur ne joue pas et c'est la valeur du bien donné au jour de son aliénation qu'il faut prendre en compte. Cette subrogation peut se répéter et donc jouer à l'infini.

Le rapport, la cigale mieux traitée que la fourmi

Un homme a quatre enfants et, sur une même période, il fait à chacun d'eux une donation de biens de valeur égale en dehors de toute donation-partage (c'est son tort) :

- À Anne : il donne 100 000 qu'elle consomme dans de somptueux voyages, et au décès de son père il ne reste plus rien. Elle doit donc rapporter le nominal reçu, car aucun bien n'est venu remplacer cette somme. Le rapport sera donc de 100 000. La succession a fait la banque mais sans intérêt !
- À Cyrille : il donne un appartement à Nantes qui vaut 100 000 au jour de la donation. Cyrille le conserve, et au décès l'appartement vaut, dans le même état, 150 000. Le rapport de Cyrille est donc de 150 000. La solution ne choque pas, le bien est toujours là et s'il n'avait pas été donné il figurerait à l'actif.
- Jean-Pierre reçoit une somme de 100 000 avec laquelle, flairant la bonne affaire, il achète un appartement à Toulouse dans un quartier promis à une belle évolution urbaine. Au décès, ce bien ainsi acquis vaut le double, soit 200 000. Son rapport s'applique au bien subrogé. Il est donc de 200 000 et son bon placement profite à ses frère et sœurs.

(289) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1073 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 682 et s. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 760.

- Quant à Élisabeth, elle a reçu par donation une petite villa qui valait 100 000 au jour de la donation. Elle l'a revendue 150 000, puis a réinvesti la totalité du prix de manière un peu risquée dans des parts de société qui, au décès, ne valent plus que 70 000 qui devient le montant à rapporter.

Si la succession ne comprend pas d'autres biens que ces indemnités de rapport, alors l'actif total à partager est de 520 000, dont un quart revient à chacun, soit 130 000.
Au final : Cyrille doit verser 20 000 à ses frère et sœurs et Jean-Pierre 70 000 !
La solution est-elle satisfaisante ? Anne qui a tout consommé va bénéficier des placements des autres et Jean-Pierre va non seulement partager sa plus-value, mais également subir la moins-value d'Élisabeth. La morale de cette fable est donc qu'il vaut mieux être cigale que fourmi ! Voire débiteur qu'héritier, car le rapport de la dette se fait au nominal même si l'héritier débiteur a acquis un bien avec la somme prêtée par son auteur (290).

2186 – Fondement et appréciation de la règle. – On justifie cette subrogation de la même manière que la dette de valeur elle-même : éviter une déperdition économique de la dette. L'idée est d'indexer cette dette sur la valeur des biens qui sont entrés dans le patrimoine du débiteur grâce à cette donation.

Cette subrogation dans la dette de valeur peut se révéler injuste, car les bons placements d'un héritier profitent aux autres alors qu'il peut lui-même subir leurs mauvais investissements.

Qu'en penser ? La subrogation n'est-elle pas allée un peu trop loin dans la dette de valeur ? Ne pousse-t-elle pas la fictivité des opérations de liquidation à l'extrême ? Car tant le rapport que la réduction procèdent de l'idée de reconstituer le patrimoine du défunt comme s'il n'avait rien donné. Or ici, avec la subrogation, on va beaucoup plus loin en intégrant aux masses (soit de calcul de la quotité disponible, soit à partager) la valeur de biens totalement étrangers au *de cujus*. Comment justifier que celui qui a fait un bon investissement parce qu'il s'est montré prudent ou particulièrement avisé fasse profiter ses cohéritiers de ses bons placements, et corrélativement soit handicapé par les mauvaises affaires des autres ? La règle n'encourage pas vraiment au bon investissement.

Sous-section II La paralysie du rapport par la renonciation

2187 – Le donataire n'est plus héritier. – Le rapport de la donation faite à un héritier a pour seul but de tenir compte, dans ses droits successoraux, de ce qu'il a reçu. L'élément perturbateur de ce dessein en est la renonciation. En effet, il y a eu donation rapportable, il s'agissait donc d'un acompte sur la succession, mais le donataire par sa renonciation n'est plus héritier ; il n'est donc en principe plus tenu au rapport et la donation devient forcément préciputaire (C. civ., art. 845, al. 1). C'était la solution générale antérieure à la réforme de 2006 qui, si elle pouvait paraître injuste, avait l'avantage de la simplicité. La loi du 23 juin 2006 (entrée en vigueur le 1er janvier 2007) a augmenté le nombre de solutions, car le renonçant peut désormais être représenté ou s'être vu imposé dans la donation une clause de rapport en cas de renonciation. En l'absence de représentation et de clause de rapport, alors la donation reçue, initialement rapportable, va s'imputer en totalité sur le disponible qu'elle épuisera à concurrence de sa valeur. Cela a pour conséquence que les libéralités

(290) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 988.

suivantes, qui devaient s'imputer sur ce disponible, ne s'exécuteront que partiellement, voire pas du tout... Les prévisions du *de cujus* et l'égalité initialement voulue par lui ne seront pas respectées (291).

2188 **– La parade imparfaite de la clause de rapport en cas de renonciation. –** L'article 845 du Code civil autorise le disposant à imposer le rapport en cas de renonciation. En réalité il ne s'agit pas d'un véritable rapport, mais plutôt d'une forme de compensation des héritiers lésés par la renonciation. Les modalités d'application de cette clause sont complexes et n'apportent qu'une satisfaction relative sur le plan de la protection. Nous l'aborderons dans la partie consacrée à l'aménagement des donations.

Section II L'option successorale : protection de la liberté individuelle de l'héritier

2189 L'option successorale engage l'héritier. Elle l'engage dans l'ampleur de ses droits, soit par rapport aux biens recueillis, soit par rapport au passif qui lui est transmis (**Sous-section I**). L'acceptation pure est simple est irrévocable, c'est donc une certaine gravité qui la caractérise. Par contre, la renonciation est quant à elle révocable. Ces traits de l'option successorale souffrent quelques tempéraments qui la rendent plus douce et protègent ainsi l'héritier pour qui elle peut s'avérer trop rude (**Sous-section II**).

Sous-section I Brefs rappels sur l'option successorale

2190 **– L'option successorale : une liberté protectrice des héritiers. –** Une véritable protection de l'individu pris en sa qualité d'héritier ne se conçoit que s'il lui est conféré la liberté fondamentale d'accepter ou de renoncer à un héritage, principe traduit dans l'ancien adage : « Nul n'est héritier qui ne veut » (292). On ne doit pas être contraint d'acquérir un bien par le seul fait du décès de son auteur. Par ailleurs, l'héritage reçu, par le passif qu'il transmet, ne doit pas non plus faire courir trop de risques à celui qui hérite, plus spécialement sur le reste de son patrimoine. La volonté individuelle permet donc à celui qui vient à la succession d'exercer une option quant à la succession qui lui échoit (293).

2191 **– Les branches de l'option : un éventail dans la protection. –** Il existe trois branches dans l'option successorale (294) : l'acceptation pure et simple, la renonciation et l'acceptation à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 768). L'acceptation pure et simple transmet à l'héritier, sans réserve, tout l'actif mais aussi tout le passif. La renonciation, quant à elle, écarte complètement de la succession à laquelle son auteur devient totalement étranger. L'acceptation à concurrence de l'actif net permet à l'héritier de ne pas être tenu du passif de succession dépassant l'actif. Nous ne reviendrons pas sur les formes de l'option successorale, bien qu'elles se soient quelque peu assouplies lors de l'entrée en vigueur de la loi du

(291) F. Letellier, *Le rapport à l'épreuve de la renonciation* : *JCP* N 2019, n° 1314.
(292) Coutume de Paris, art. 316 ; Coutume d'Auvergne, art. 59 ; Coutume d'Auvergne, par C. Du Moulin, éd. P. Viallanes, 1770.
(293) Sur l'option héréditaire : C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 478 et s.
(294) Sur les branches de l'option successorale : C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 515 et s.

16 novembre 2016 (295). Nous souhaitons simplement rappeler deux types de règles qui, en elles-mêmes, sont source de protection, car elles atténuent les effets radicaux de l'option successorale. Ces deux règles sont des exceptions au caractère définitif et indivisible de l'option.

Sous-section II L'assouplissement protecteur de la rigueur de l'option successorale

§ I Les atténuations protectrices de la rigueur de l'option

2192 **– Le droit de repentir du renonçant. –** Si l'acceptation pure et simple est en principe irrévocable, la renonciation à succession peut être révoquée par son auteur si certaines conditions sont remplies (C. civ., art. 807). Ainsi l'héritier, après avoir renoncé, pourra accepter la succession si :

- la prescription du droit d'option n'a pas été accomplie. Cette révocation ne peut donc avoir lieu plus de dix ans après la date d'ouverture de la succession (C. civ., art. 780) ;
- la succession ne doit pas avoir été acceptée par un autre successeur et l'État ne doit pas avoir été envoyé en possession. C'est une question de sécurité juridique et de respect des droits acquis par d'autres sur la succession. Ce repentir ne doit pas préjudicier aux autres.

Aucune forme particulière n'est prescrite pour l'acceptation pure et simple (296). Par contre, en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net, l'héritier devra se conformer aux règles de formes et de publicité (C. civ., art. 788 et s.). Il devra également dresser l'inventaire obligatoire (297).

2193 **– La décharge de l'héritier acceptant pur et simple d'une partie du passif. –** On sait que l'acceptation pure et simple engage l'héritier à supporter tout le passif de la succession sans aucune distinction. Toutefois, l'article 786 du Code civil apporte une dérogation. En effet, l'héritier qui a accepté purement et simplement peut être déchargé de tout ou partie de son obligation à une dette successorale. Cette exception à l'obligation au passif est soumise à des conditions cumulatives strictes (298) :

- l'héritier doit ignorer l'existence de la dette en question (299) (le fait que le montant soit inconnu ne semble pas suffire) (300). C'est la condition d'ignorance ;
- la dette doit non seulement être ignorée, mais rien ne doit permettre, au décès, de penser qu'elle pouvait exister. C'est la condition de légitimité ;

(295) Depuis la loi n° 2016-1547 entrée en vigueur le 1er novembre 2017, les renonciations à succession ou les acceptations à concurrence de l'actif peuvent être faites devant notaire. Sur la déjudiciarisation de l'option : F. Letellier, *Successions : 1er novembre 2017, le nouveau rôle du notaire est arrivé !* : *JCP* N 2017, 1301. Sur les formes de l'option : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 488 et s.

(296) Elle pourrait même avoir lieu sous forme tacite ou être la conséquence d'un recel de succession. Sur ce point, F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 778 *in fine*.

(297) On peut s'interroger sur la fiabilité d'un inventaire dressé plusieurs années après le décès.

(298) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 614. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 918.

(299) Cette faveur protectrice est d'interprétation stricte. Elle ne s'applique pas aux charges de la succession (nées postérieurement au décès) puisque les héritiers ne peuvent les ignorer (en ce sens au sujet d'une récupération de créance d'aide sociale, Cass. 1re civ., 7 févr. 2018, n° 17-10.818 : *Defrénois* 26 juill. 2018, n° 135, note F. Sauvage ; *Dr. famille* 2018, n° 135, note M. Nicod).

(300) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 615.

- celui qui demande à être déchargé en toute ou partie de la dette doit démontrer que son paiement obérerait gravement son patrimoine personnel. Cette appréciation est faite *in concreto*. Le juge doit non seulement prendre en considération les éléments de patrimoine de l'héritier, les biens qu'il a reçus de la succession, mais aussi sa situation personnelle et familiale (301) actuelle et prévisible. C'est la condition de gravité ;
- enfin la dernière condition tient au délai, l'héritier devant introduire l'instance dans les cinq mois du jour où il a connu cette dette (302). C'est la condition de sécurité juridique.

Le juge peut alors décharger l'héritier de cette dette soit en totalité, soit en partie. Le créancier ne pourra le poursuivre pour le montant de la dette dont il a été déchargé. C'est une mesure protectrice de l'héritier et de ses proches, manifestation du pouvoir protecteur du juge (clause de sauvegarde ou de dureté).

§ II L'aménagement protecteur de l'acceptation : le cantonnement

– Une exception à l'indivisibilité de l'option. – On enseigne que l'option successorale est indivisible en ce sens que le successeur, en vertu de la même qualité, ne peut prendre des partis différents sur tel ou tel bien. À cette règle ancienne, le législateur a apporté une véritable exception (303) : le cantonnement (304). En effet, le gratifié à cause de mort pourra limiter son émolument (les droits à lui légués) à tel ou tel bien. Cette faculté peut être véritablement protectrice pour le successeur. Avant d'aborder ses effets (**B**), précisons ses conditions (**A**) (305). **2194**

A/ Les conditions du cantonnement

Les quatre conditions du cantonnement sont les suivantes : **2195**

- la faculté de cantonnement n'est ouverte qu'au légataire (C. civ., art. 1002-2) ou au conjoint bénéficiaire d'une donation de bien à venir (C. civ., art. 1094-1) (306). Le cantonnement n'a donc pas vocation à s'appliquer dans la dévolution légale ;

(301) Sur la nécessité de ce constat : Cass. 1re civ., 4 janv. 2017, n° 16-12.293 : *Defrénois* 2017, 383, obs. Brémond ; *JCP* N 2017, n° 1187, note F. Sauvage.

(302) Le juge compétent est le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la succession a été ouverte et non pas celui saisi par le créancier : Cass. 1re civ., 4 juill. 2018, n° 17-20.570 : *Dr. famille* 2018, n° 246, obs. A. Tani ; *D.* 2018, 2384, obs. S. Godechot-Patris.

(303) L. n° 2006-728, 23 juin 2006.

(304) Sur la faculté de cantonnement : C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse, Paris 2, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », 2014, t. 557, n° 739. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 472 et s. – 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, nos 3445 et s. – M. Giray, *Le cantonnement de l'émolument du conjoint survivant par le nouvel article 1094 al. 2 C. civ.* : *JCP* N 2007, 1067. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 617. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 498 et s. et n° 511. – B. Vareille, *Renonciation et cantonnement : abandonner sans donner* : *JCP* N 2016, 1201. – R. Dupuy-Bernard, *Organiser le cantonnement* : *JCP* N 2016, 1061. – P. Murat, *Les choix des héritiers quant à l'objet reçu : l'exemple du cantonnement* : *Defrénois* 2017, 17 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, nos 35800 et s. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 527.

(305) Cette faculté relativement récente a rencontré un certain succès en pratique, surtout lorsqu'il s'agit de libéralités faites au conjoint survivant (qui peut ne pas être intéressé par les propres du prédécédé ou par la résidence secondaire par exemple). Sur la pratique du cantonnement : C. Vernières, in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss dir. C. Pérès, *Defrénois*, 2017, nos 208 et s.

(306) Peu importe que la libéralité soit antérieure au 1er janv. 2007, date d'entrée en vigueur de la réforme. La seule date qui compte est celle de l'ouverture de la succession, donc celle du décès. Cette faculté est aussi ouverte aux institués contractuels par contrat de mariage (donation aux futurs époux), mais ces derniers sont rares en pratique (M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 527, spéc. note 112).

- la succession doit avoir été acceptée par au moins un successeur *ab intestat* autre que l'État. En effet, l'État n'a pas à récupérer les biens dont personne ne veut (friches industrielles, biens sans valeur ou de valeur négative, *etc.*) (307) ;
- le disposant ne doit pas avoir privé le gratifié de la faculté de cantonner son émolument. Ainsi le *de cujus*, dans son testament, peut imposer à son légataire soit de tout prendre, soit de ne rien prendre (par ex., dans l'hypothèse où il lègue des liquidités en vue de payer les droits de succession sur la vieille bâtisse également léguée, le légataire ne peut prendre l'argent et laisser l'immeuble qui ne l'intéresse pas) ;
- la faculté de cantonnement doit être exercée en même temps que l'acceptation de la succession avec laquelle elle forme un tout, dans la mesure où elle est une modalité de celle-ci.

B/ Les effets et les utilités du cantonnement

2196 Le bénéficiaire de la libéralité va donc pouvoir limiter son émolument à certains biens. Il va pouvoir choisir dans l'actif successoral ceux qui l'intéressent ou qui lui sont utiles.

2197 **– Les limites au cantonnement. –** Toutefois, le cantonnement subit plusieurs restrictions. Il ne saurait permettre de modifier un droit. Ainsi un gratifié en pleine propriété d'un bien ne saurait cantonner son legs à l'usufruit du même bien (308). De la même manière, un légataire universel, par l'effet du cantonnement, ne pourrait transformer son legs en legs à titre universel ou particulier en se soustrayant aux règles du partage et des attributions.

2198 **– Les conséquences du cantonnement sur le passif de succession. –** Sur le plan du passif de succession, la question est complexe et non tranchée. S'agissant de la contribution à la dette, le cantonnement devrait pouvoir produire ses effets en ce sens que le gratifié supportera le passif proportionnellement à son émolument. Par contre, s'agissant de l'obligation à la dette, celle-ci doit être définie par la nature initiale de la libéralité (309).

2199 **– L'atout protecteur du cantonnement. –** La faculté de cantonnement a un réel intérêt, même pour un héritier *ab intestat*, car il ajoute cette faculté à la dévolution légale. Pour conférer la faculté de cantonnement à un héritier légal, il suffit de l'instituer légataire universel. C'est un avantage important conféré au conjoint survivant bénéficiaire d'une donation de biens à venir, puisqu'il dispose de droits successoraux « à la carte » et pourra ainsi choisir les biens dont il aura besoin. Par contre, la faculté de cantonnement est une forme de non-respect des dernières volontés du *de cujus*, et là aussi son usage peut changer ses prévisions. En ce cas, il lui sera conseillé d'exclure cette faculté de cantonner l'émolument.

(307) Sur cette condition : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 527, spéc. 2).
(308) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 527, 3). V., à ce sujet, la proposition du 112e Congrès des notaires de France (Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contraintes*) visant à permettre de cantonner à l'usufruit une libéralité en pleine propriété.
(309) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 527, préc.

SOUS-TITRE II

La protection légale et renforcée des proches : la réserve héréditaire

La réserve héréditaire est très ancienne dans notre système juridique puisque héritée des systèmes antérieurs. Elle constitue une base importante de notre droit des successions et reste une valeur fondamentale de notre société (**Chapitre I**). La réserve héréditaire implique des mécanismes permettant ainsi d'atteindre le but qui lui est assigné (**Chapitre II**). **2200**

CHAPITRE I La protection essentielle des proches : la raison d'être de la réserve héréditaire

La réserve héréditaire est une pièce maîtresse de notre droit des successions et des libéralités. Elle exerce une fonction centrale dans la société et dans la vie économique. La réserve héréditaire accorde une protection accrue à certains héritiers légaux en les hiérarchisant. Envisageons donc dans un premier temps la notion de réserve héréditaire (**Section I**) puis dans un second temps ses fondements (**Section II**). Enfin, nous achèverons ce chapitre sur la théorie générale de la réserve héréditaire par une section conclusive consacrée à sa remise en cause (**Section III**). **2201**

Section I La notion de réserve héréditaire

Envisageons successivement la notion même de réserve héréditaire (**Sous-section I**) puis brièvement son histoire (**Sous-section II**) et sa présence ou non dans d'autres pays (**Sous-section III**), pour finir avec ses principaux caractères (**Sous-section IV**). **2202**

Sous-section I Définition

– Définition. – En langage courant, une réserve est une quantité de choses mises de côté dans un but bien précis et en général pour faire face à un besoin, à un danger ou à une situation nuisible. Il y a la réserve de carburant, la réserve alimentaire, la réserve obligatoire des entreprises, la réserve animale... Toutes ces réserves sont orientées vers une idée de protection, de se prémunir contre un risque. Ces réserves qui sont courantes peuvent aussi être affectées à certaines situations ou au bénéfice de certaines personnes (310). **2203**

(310) Sur la réserve héréditaire parmi une littérature abondante : M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2018, nos 290 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2013, nos 700 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, nos 427 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, nos 709 et s. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, nos 28700 et s. – M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, nos 264.00 et s. – E. Fongaro et M. Nicod, *Réserve héréditaire - Quotité disponible* : *Rép. dr. civ.* Dalloz. – 72e Congrès des notaires de France, Deauville, 1975, *La dévolution successorale*, p. 319 et s. – 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, nos 2022 et s. – I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, thèse, Paris 2, LGDJ, 1997, préf. P. Catala.

En droit privé la notion de réserve n'est pas « réservée » au droit des successions, et le *Vocabulaire juridique* Capitant définit ce terme comme : « action de réserver (de mettre à part, de côté) et résultat de cette action. Le sens utile varie selon l'objet, l'auteur et le bénéficiaire de la réserve (ces derniers coïncident lorsque quelqu'un se réserve quelque chose) ». On pense naturellement à la réserve de propriété ou à la réserve d'un droit comme un droit de retour, un usufruit, *etc.*, puis le célèbre dictionnaire si cher aux étudiants enchaîne avec la définition de la réserve héréditaire qui est sans doute la réserve la plus importante dans notre Droit.

L'article 912 du Code civil définit ainsi la réserve héréditaire : « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

2204 **– Conséquences directes de cette définition. –** Le *Traité* de Planiol et Ripert, avec la clarté et la simplicité qui le caractérisent, énonce que : « La part des biens qui doit advenir nécessairement aux héritiers *ab intestat* est la réserve. La part dont on peut disposer à titre gratuit est la quotité disponible » (311). Il résulte plusieurs choses de ces définitions :

- la réserve héréditaire est inséparable de la dévolution légale, elle s'y ajoute, elle la renforce ;
- vue du côté des héritiers, la réserve est un avantage important, une véritable protection, une garantie qu'ils hériteront ;
- vue du côté du *de cujus*, elle est une forte limitation à sa liberté de disposer de ses biens comme il l'entend. Elle est une affection patrimoniale obligatoire pour certains proches. Elle oblige à transmettre des biens à des personnes envers qui l'on n'a pas forcément d'affection.

On voit bien par ces deux derniers points le côté polémique de la réserve héréditaire. Atteinte à la liberté d'un côté, forte protection d'un autre. C'est pour cela que depuis toujours la réserve héréditaire a été discutée tant dans son principe que dans ses modalités.

Sous-section II La protection par la réserve : une question ancienne (bref historique de la réserve héréditaire)

2205 **– Un contexte historique important. –** On sait que le droit français est aux confins de plusieurs systèmes juridiques très différents, voire opposés dans leur conception. Les deux principaux systèmes juridiques sont, d'une part, le droit romain, dont la dévolution successorale était basée sur la transmission testamentaire, ainsi que le choix par le *de cujus* de ses successeurs (**§ I**) et, d'autre part, le droit coutumier qui ne connaissait que la dévolution légale (**§ II**). On sait également que le droit canon n'est pas totalement étranger au droit successoral qu'il a très certainement influencé (**§ III**). Ces trois systèmes juridiques ont cohabité pendant de nombreux siècles sur le sol français, et ils se sont nécessairement influencés les uns les autres. Le droit révolutionnaire fut un droit réactionnaire et sa conception de la réserve héréditaire en a été une illustration (**§ IV**). Quant au Code civil, par la sagesse et l'intelligence de ses rédacteurs, il a réalisé un compromis entre toutes ces

(311) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot, LGDJ, 1933, n° 20.

conceptions de l'héritage (**§ V**). Enfin, les dernières réformes sont revenues sur ce compromis qui avait été opéré en 1804 (**§ VI**) (312).

§ I Le droit romain

2206 **– Le droit romain initial : la suprématie de la volonté du *de cujus*. –** Jusqu'à la fin de la République romaine, la liberté testamentaire du *pater familias* est absolue. Le testament revêt un caractère à la fois solennel et sacré. Il a un caractère public dans sa proclamation devant les comices curiates et les pontifes. Par cette autorité testamentaire, le *de cujus* exerce une forme de justice familiale. Par l'institution de ses héritiers, il sanctionne ou récompense telle ou telle attitude de ses proches. Ce pouvoir discrétionnaire de l'autorité paternelle n'a pas été sans provoquer des injustices ou des excès ; elle a donc subi quelques amoindrissements par la suite.

2207 **– De la fin de la République à l'empereur Constantin. –** Très probablement en contemplation des excès de la suprématie paternelle et en raison de l'influence chrétienne, est apparue l'idée d'un devoir naturel de transmettre à certains proches une partie de ses biens dans le but de protéger ses héritiers légitimes. Ainsi le testament exhérédant totalement un héritier légitime sans véritable motif pouvait faire l'objet d'une action en justice visant à l'annuler : la *querela inofficiosi testamenti* (313). Les héritiers admis à une telle action devaient remplir des conditions très précises eu égard à sa gravité. En effet, elle portait atteinte à la mémoire du testateur dans la mesure où elle présumait son absence de raison. Si elle était admise, c'est l'entier testament qui était privé d'effet. C'était une première protection donnée aux héritiers légitimes. Vint ensuite une seconde protection : la *Quarte Falcidia*. La loi Falcidie a créé une fraction de patrimoine qui permettait à l'héritier du sang de recueillir le quart des biens qu'il aurait reçus en l'absence de testament. Cette quarte, appelée aussi « légitime », profitait non seulement aux descendants, mais aussi aux ascendants et aux frères et sœurs. Réunies dans un même système juridique, la *querela inofficiosi testamenti* et la *légitime* constituaient les ancêtres de notre réserve héréditaire, mais elles ne protégeaient pas l'héritier légitime contre la dispersion, de son vivant, par le *de cujus* de ses biens. C'est alors qu'est apparue la *querela inofficiose donationis*. Cette action en justice permettait aux héritiers légitimes de réduire les donations trop importantes portant atteinte à leur *légitime*.

2208 **– De Constantin à Justinien. –** Les *Novelles* 18 et 115 de Justinien portent la légitime à un tiers des biens du testateur s'il laisse quatre enfants au moins et à la moitié s'il laisse plus de quatre enfants. C'est ainsi que la légitime devient collective et non individuelle. Ce régime de la légitime a reçu une forte application sous l'Ancien droit français dans les régions de droit écrit.

§ II Le droit coutumier

2209 **– Une conception familiale du patrimoine. –** Malgré le nombre important de coutumes et la diversité de leurs règles, on peut avancer l'idée que toutes ces coutumes avaient une

(312) Sur l'histoire de la réserve héréditaire, nous pouvons nous reporter aux ouvrages cités, mais surtout : G. Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Guillaumin et Cie, 1873. – H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV par F. Chabas, L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Montchrestien, 5e éd. 1999, no 863.

(313) G. Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, *op. cit.*, nos 76 et s. – I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, thèse préc., nos 34 et s.

conception familiale du patrimoine. Les biens étaient conçus comme appartenant à une famille, à une lignée plus qu'à des individus. Ils étaient essentiels à la survie familiale, lui procurant ses ressources et donc sa protection contre les famines ou les conflits avec les peuples ou familles voisines. Dans ce système, on conçoit donc que la place de la volonté du *de cujus* devait être sinon inexistante, tout au moins très étroite. Toutefois, cette réserve héréditaire allait des deux tiers (Ouest) aux quatre cinquièmes (Coutume de Paris) (314). Cette réserve héréditaire ne s'appliquait que sur les biens eux-mêmes reçus par le *de cujus* de sa famille et ne protégeait le lignage que contre les legs, les donations étant libres. Aussi, face à cette protection insuffisante des héritiers du sang, bon nombre de coutumes ont intégré dans leurs règles une légitime héritée du droit romain (*pars bonorum*) lorsque la réserve se montrait insuffisante pour assurer son avenir.

§ III Le droit canon

2210 – Une influence politique. – L'étude du droit canon, droit de l'Église catholique, est souvent évincée lorsqu'il s'agit de la réserve héréditaire. Pourtant son influence sur le droit successoral est considérable pour deux raisons :

- le droit des successions est accolé à la mort, qui a toujours été directement liée à la religion, et davantage encore pour la religion chrétienne dans la mesure où la mort est la renaissance dans l'Au-delà qui est la quête du chrétien ;
- les institutions d'Église, contre-pouvoir politique important et puissance économique considérable tant au Moyen Âge que sous l'Ancien Régime, avaient comme ressources importantes les libéralités des fidèles. La pratique de ces libéralités pieuses, puis des indulgences, était très répandue. La réserve et la légitime étaient de fortes limitations à ces libéralités religieuses. Ces libéralités pieuses étaient vues d'un mauvais œil par le pouvoir politique en place (315).

§ IV Le droit intermédiaire

2211 – Radical au lendemain de la Révolution. – Par réaction au passé, et refusant l'idée que par testament on puisse rétablir le droit d'aînesse et le privilège de masculinité, les révolutionnaires ont, dans un premier temps, fait une place négligeable à la liberté testamentaire. La réserve pesait sur toute la succession quelle que soit l'origine des biens et le disponible n'était que d'un dixième en présence de descendants et d'un sixième en présence de collatéraux (lois des 5 brumaire an II et 17 nivôse an II). Les héritiers du sang étaient exclus de cette quotité disponible.

2212 – Moins radical à la veille du Code civil. – La loi du 4 germinal an VIII a assoupli ces règles en adaptant la réserve à la configuration familiale du *de cujus* : un quart en présence d'enfants, la moitié en présence d'ascendants, de frères et sœurs ou de neveux ou nièces, et trois quarts en présence d'autres héritiers plus éloignés. Cette quotité disponible était à nouveau ouverte aux réservataires.

(314) Pour la coutume d'Auvergne : V. *La Coutume d'Auvergne* par C. Du Moulin, éd. Viallanes, 1770, p. 98 et s., et pour la coutume de Normandie : V. *La Coutume de Normandie* par M. Pesnelle, Besongne, 2e éd. 1727, p. 454.

(315) Pour un exemple, G. Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, *op. cit.*, no 297 : les libéralités pieuses n'étaient pas soumises à la légitime et donc avaient un régime de faveur, régime qui a été supprimé puisque les coutumes les y ont soumises.

§ V Le compromis du Code civil de 1804

2213 **– Une synthèse des conceptions en présence. –** Mettant entre parenthèses les excès égalitaristes des révolutionnaires, le Code civil a réalisé une synthèse entre la légitime romaine et la réserve coutumière (316).

Du droit romain il a adopté :
- la conception universelle de la légitime : la réserve porte sur tous les biens du défunt sans distinguer de leur origine ;
- la conception globale de la légitime en ce sens que la réserve héréditaire protège contre toutes les libéralités : testaments et donations.

Il s'est inspiré du droit coutumier :
- en limitant la réserve héréditaire au lignage : descendants et ascendants ;
- en sanctionnant les libéralités excessives par une réduction en nature (*pars hereditatis*).

Le Code civil a donc créé une réserve pour les père et mère, ascendants privilégiés, d'un quart chacun et une réserve pour les descendants, l'une étant exclusive de l'autre. Cette dernière réserve héréditaire est fonction du nombre d'enfants laissés par le défunt : une moitié en présence d'un enfant, deux tiers en présence de deux enfants et trois quarts en présence de trois enfants ou plus. Les atteintes à la réserve étaient sanctionnées par une réduction en valeur.

§ VI Les dernières évolutions législatives

2214 **– Les réformes du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006** (317)**. –** À notre époque moderne, cette conception de la réserve héréditaire est apparue en décalage avec l'évolution de notre société. Aussi cette conception lignagère de la réserve a été fortement atténuée par la suppression de la réserve des ascendants et l'instauration de la réserve du conjoint survivant. La réserve héréditaire s'est donc concentrée autour de la famille restreinte du *de cujus*. Ces réformes ont admis le principe d'une réduction en valeur de principe, écartant ainsi des fondements de la réserve l'idée de patrimoine familial ou de conservation des biens pour être d'ordre alimentaire. La réforme du 23 juin 2006 a également admis plusieurs atteintes à la réserve comme la renonciation anticipée à l'action en réduction. On voit bien que cette réserve héréditaire, pilier du système successoral français, ligne directrice des transmissions du patrimoine au sein des familles, a subi un fléchissement certain.

§ VII Conclusion sur l'histoire de la réserve héréditaire

2215 **– La réserve héréditaire : émanation du Droit naturel. –** Tous les systèmes juridiques, ancêtres du nôtre, ont participé à la construction de notre réserve héréditaire. Le droit romain et les coutumes barbares, sous l'influence du droit canon, avaient à cœur de

(316) Sur cette synthèse opérée par le Code civil, V. G. Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, *op. cit.*, nos 561 et s. : « Nous avons dit précédemment qu'aucun des trois principes proposés comme fondement de la réserve n'était à l'abri des objections et ne pouvait suffire pleinement à l'établir à lui seul, avec sa dénomination propre : que la dette alimentaire devait être comprise avec une extension qui n'est pas dans l'esprit de la loi, que le *fideicommis* tacite ne répond toujours à l'observation des faits positifs, que la copropriété devait être entendue dans un sens restreint et adouci. Mais si l'on réunit les trois idées, elles se fortifient l'une l'autre : ce qui manque à la dette alimentaire est suppléé par la copropriété et la société familiale, et le *fideicommis* tacite, à son tour, fortifie la copropriété » et à l'auteur de relater les propos des rédacteurs du Code civil.

(317) Sur la réserve au XXIe siècle : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 704.

protéger certains proches, de leur donner tantôt des biens tantôt des aliments tout en voulant préserver la liberté de l'individu. La réserve héréditaire est enracinée au plus profond des origines de notre Droit. Elle montre par son histoire et ses contestations récurrentes sa capacité à évoluer et à s'adapter aux évolutions sociales, politiques et économiques du pays. La réserve héréditaire, à l'évidence, trouve son origine, sa source, dans le Droit naturel (318). Ses fondements sont toujours les mêmes, c'est seulement l'importance de l'un par rapport à l'autre qui évolue au gré de l'époque. Mais c'est après tout le destin de toute règle de droit, de toute institution, et le défi du législateur.

Quand la persistance de la réserve, après tant de révolutions politiques et économiques, nous a prouvé qu'elle a sa base dans la loi naturelle, quand son principe a triomphé de toutes les objections accumulées contre elle par la passion, l'erreur ou le préjugé ; quand sa quotité actuelle a été discutée et quelques innovations proposées à son sujet, qu'importe à la morale, à l'union des familles, à la richesse publique, que des questions de droit positif, des conciliations de textes, des *apices juris*, divisent encore les auteurs et les tribunaux.

Sous-section III La protection par des droits réservataires : une préoccupation internationale

2216 – Importance du droit. – Une vision internationale de la réserve héréditaire est, à notre époque, très importante. Le 72e Congrès des notaires (319) avait déjà insisté sur cette importance en établissant un tableau quasi exhaustif des États mondiaux et de l'existence ou non d'une réserve dans leur droit. Elle l'est pour deux raisons principales :

- la première, qu'il faut bien regarder en face, est cette lutte entre deux systèmes juridiques. Celui des pays anglo-saxons (pays de *common law*) qui ne connaissent pas la réserve héréditaire et celui des pays de droit continental. Chacun de ces systèmes voulant influencer l'autre (320) ;
- la seconde est liée à la mobilité importante des personnes sur la planète ainsi que la fréquence des éléments d'extranéité dans les situations personnelles et familiales des sujets de droit. Plusieurs droits seront applicables à des successions. Certains connaissent la réserve, d'autres pas... il faudra bien arbitrer.

2217 – La réserve héréditaire au-delà de nos frontières. – Dans le tableau suivant, nous avons essayé de répertorier un certain nombre de pays pour constater non seulement l'existence ou non d'une réserve, mais aussi ses bénéficiaires et sa mise en œuvre (321).

(318) « Ordre de valeurs éminentes (justice idéale, devoir moral)... », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, Vo *Naturel*.

(319) Deauville, 1975, *La dévolution successorale*.

(320) D'après l'étude faite par le 72e Congrès des notaires de France (Deauville, 1975, *La dévolution successorale*), la majeure partie de la population mondiale était soumise à la réserve héréditaire. Il n'est pas certain que les résultats de cette étude aient changé quarante ans après ; ils se sont sans doute accentués puisque des pays qui ne connaissaient pas la succession privée (États du bloc de l'Est) ont adopté un système avec réserve héréditaire. Il en est ainsi pour la Chine.

(321) Nous tenons à remercier Mme Zoé Ancel-Lioger, responsable du département Droit international privé-Droit comparé qui nous a permis, par les informations et la documentation qu'elle nous a fournies, de réaliser ce tableau. Sur le droit comparé, lire C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 463 et s. Il est également conseillé de se reporter au tableau figurant dans le rapport du 111e Congrès des notaires de France (Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, 2e commission, no 3522 [États membres de l'Union européenne], par G. Bonnet et D. Vincent).

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
ALLEMAGNE	OUI		• Descendants • Conjoint • Père et mère	1/2 de la part légale de l'héritier concerné	Créance	3 ans à compter de la connaissance de l'ouverture de la succession sans pouvoir excéder 30 ans
ANGLETERRE ET PAYS DE GALLES	NON	OUI	• Conjoint • Partenaire civil • Ex-conjoint ou ex-partenaire • Enfants	Sans objet	Sans objet	Dans les 6 mois de l'obtention du *great of representation*
ARGENTINE	OUI	Sans objet	• Descendants • Ascendants • Conjoint	2/3 1/2 1/2	Pleine propriété. En nature par principe et en valeur à titre subsidiaire	5 ans à compter du décès
AUTRICHE	OUI	Sans objet	• Descendants • Conjoint • Partenaire enregistré	1/2 de la part légale de l'héritier concerné	Créance	3 ans à compter de la connaissance de l'ouverture de la succession sans pouvoir excéder 30 ans
BELGIQUE	OUI	Sans objet	• Enfants • Conjoint	1/2 1/2 en usufruit	Exécution en valeur	30 à compter du décès
BRÉSIL	OUI	Sans objet	• Descendants • Ascendants • Conjoint	1/2 de la succession	Exécution en nature et par exception en valeur	?
CHILI	OUI	Sans objet	• Enfants vivants ou représentés (par souche) • Ascendants	1/2 pour les descendants, QDS d'1/4 pour le conjoint. QDO 1/4	?	?

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
CHINE	OUI	Sans objet	Enfants et successibles en incapacité de travail et sans ressources	Part non fixée, fonction des besoins de l'héritier	Action en nullité de l'héritier	?
COLOMBIE	OUI	OUI au bénéfice du conjoint en cas de faibles ressources	• Enfants • Ascendants	1/2 de la succession	?	?
CROATIE	OUI	Sans objet	• Descendants • Conjoint/ partenaire • Ascendant en incapacité de travail sans ressource	1/2 de la vocation légale 1/2 de la vocation légale 1/3 de la vocation légale	?	?
ESPAGNE	OUI	Sans objet	• Enfants ou descendants • Père ou mère ou ascendants • Conjoint	2/3 1/2 en l'absence d'enfants et de conjoint 1/3 en présence de conjoint En présence d'enfants 1/3 en usufruit et d'ascendants 1/3 en usufruit. En l'absence d'enfant et d'ascendant 2/3 en usufruit.	Action en complément contre et subsidiairement action en réduction en nature	5 ou 30 ans selon l'action

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
ESTONIE	OUI	Sans objet	• Descendants • Père et mère • Conjoint survivant	1/2 de la vocation légale	Créance de somme d'argent	?
ÉTATS-UNIS	NON sauf la Louisiane	OUI	Conjoint survivant		Ou part fixe déterminée par le droit de chaque État	?
FRANCE	OUI	Oui pour les ascendants (droit de retour)	• Enfants • Conjoint survivant	1/2 si 1 enfant 2/3 si 2 enfants 3/4 si 3 enfants ou plus 1/4	Réduction en valeur	5 ans à compter du décès ou 2 ans à compter de la découverte de l'atteinte sans excéder 10 ans
GRÈCE	OUI	Sans objet	• Descendants • Père et mère • Conjoint	1/2 de la vocation légale	Réduction en nature. Disposition testamentaire réputée non écrite.	?
ITALIE	OUI	Sans objet	• Enfants • Conjoint survivant • Père et mère	1/2 si 1 enfant 2/3 si 2 enfants ou plus Seul : 1/2 En présence d'1 enfant : 1/3 conjoint 1/3 à l'enfant. En présence de 2 enfants ou plus : 1/4 au conjoint et 1/2 aux enfants.		

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
LETTONIE	OUI	Sans objet	• Descendants • Conjoint survivant • Ascendants	1/2 de la vocation légale	Créance monétaire	?
LUXEMBOURG	OUI	Sans objet	Enfants	• 1 enfant : 1/2 • 2 enfants : 2/3 • 3 enfants et plus : 3/4	Réduction en nature et à défaut en valeur	30 ans sauf donation-partage 5 ans
MEXIQUE	NON	OUI	Descendants mineurs auxquels le défunt devait une pension alimentaire, aux descendants dans l'impossibilité de travailler si le défunt leur devait une pension alimentaire, au conjoint dans l'impossibilité de travailler et sans ressources, ascendants et concubin ayant vécu avec le défunt dans les cinq ans précédant le décès dans l'incapacité de travailler et sans ressource, idem pour les collatéraux.			

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
MONACO	OUI	Sans objet	• Enfants • Père et mère • Ascendants ordinaires en l'absence de frère et sœur et de descendants de ceux-ci.	• 1 enfant : 1/2 • 2 enfants : 2/3 • 3 enfants ou plus : 3/4 • Ascendants dans les deux lignes et pas d'enfant : 1/2 • Ascendants dans une seule ligne et pas d'enfant : 1/4	Réduction en nature des legs. Réduction en valeur des donations (le donataire ou le légataire peut choisir d'y déroger).	30 ans
PAYS-BAS	OUI	Sans objet	Descendants	1/2 de la vocation légale	Créance monétaire	Droit commun
PÉROU	OUI	Sans objet (le conjoint a toujours le doit à l'utilisation du logement)	• Enfants • Descendants • Conjoint • Père et mère ensemble ou seul	• 2/3 • 2/3 • 2/3 • 1/2	Action en réduction	

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
PORTUGAL	OUI	Sans objet	• Descendants • Conjoint • Ascendants	• 1 enfant : 1/2 (pas de conjoint) • 2 enfants ou plus 2/3 (pas de conjoint) 1/2 enfant et conjoint : 2/3 • En l'absence d'enfant et d'ascendant : 1/2 • Conjoint et ascendants en l'absence de descendant : 2/3 • Père et mère en l'absence de descendant et de conjoint : 1/2 Ascendants au 2e degré : 1/3	Réduction en principe en nature et par exception en valeur	2 ans à compter de l'acceptation par le réservataire
RÉPUBLIQUE TCHÈQUE	OUI	Sans objet	Descendants	Mineurs : 3/4 de la vocation légale. Majeurs : 1/4 de la vocation légale	Indemnité de réduction (en valeur)	?
ROUMANIE	OUI	Sans objet	• Descendants • Ascendants privilégiés • Conjoint	1/2 de la vocation légale	Réduction en nature	3 ans à compter de l'ouverture de la succession ou de la dépossession des biens objet de libéralité ou à compter de la connaissance du caractère excessif de la libéralité

PAYS	Existence d'une réserve héréditaire	Substitut de réserve en cas d'absence	Bénéficiaires de la réserve ou du substitut	Quotient de la réserve	Nature des droits réservataires	Prescription de l'action des réservataires
RUSSIE	OUI	Sans objet	• Enfants mineurs ou inaptes au travail • Conjoint et ascendants inaptes au travail	1/2 de la vocation légale	?	?
SLOVAQUIE	OUI	Sans objet	Descendants	• Mineurs : la totalité de sa vocation légale • Majeurs : 1/2 de sa vocation légale	Nullité des dispositions testamentaires excédant le disponible	?
SUISSE	OUI	Sans objet	• Descendants • Père et mère • Conjoint ou partenaires enregistrés	• 3/4 de la part légale • 1/2 de la part légale • 1/2 de la part légale	Réduction en valeur	1 an à compter de la connaissance de l'atteinte à la réserve et au maximum 10 ans à compter du décès.
URUGUAY	OUI	OUI au bénéfice du conjoint dans le besoin (portion conjugale)	• Descendants • Père et mère et ascendants ordinaires	• 1 enfant : 1/2 • 2 enfants : 2/3 • 3 enfants ou plus : 3/4 • 1/2	?	?

Sous-section IV L'altération des caractères de la réserve héréditaire : un affaiblissement de sa protection ?

2218 La réserve héréditaire revêt de nombreux caractères. Elle est légale, successorale (322), impérative, collective et initialement en nature. C'est sur ces trois derniers caractères que nous nous attarderons en constatant que ces traits de la réserve sont en nette récession aujourd'hui, ce qui interroge sur la pérennité de ses fondements que nous étudierons dans la section suivante.

§ I Le caractère impératif de la protection par la réserve

2219 La réserve héréditaire était, avec la prohibition des pactes sur succession future et la prohibition des substitutions fidéicommissaires, l'un des bastions de l'ordre public successoral. Si elle occupe une place toujours importante dans cet ordre public de direction (**A**), il n'en demeure pas moins qu'elle est en très net repli (**B**).

A/ La réserve : une citadelle protectrice

2220 **– Réserve héréditaire et ordre public successoral. –** L'appartenance de la réserve héréditaire à l'ordre public successoral ne fait aucun doute en ce qu'elle ne peut être remise en cause par la volonté du défunt. Elle est, vis-à-vis du *de cujus*, intangible. Les règles organisant la réserve héréditaire sont à la fois strictes et obligatoires pour le *de cujus* qui ne peut, de sa volonté individuelle, s'en libérer ni même l'aménager (cette rigueur doit aujourd'hui être nuancée). La réserve héréditaire s'impose à celui qui a du patrimoine, des descendants et à défaut un conjoint. On enseigne traditionnellement que cet ordre public est un ordre public de direction et qu'il n'est pas un ordre public économique (323). Toutefois, on pourrait avancer l'idée que de l'ordre public de direction on est passé à l'ordre public de protection. En effet, l'atteinte à la réserve héréditaire ne peut être soulevée d'office par le juge, elle ne peut être sanctionnée qu'à la demande de l'héritier réservataire lésé. Sa demande est d'ailleurs individuelle et ne profite pas aux autres. Une fois l'atteinte à la réserve connue, l'héritier peut librement et en connaissance de cause renoncer à cette protection légale.

B/ La réserve : une citadelle assaillie

2221 Ces trente dernières années, la réserve héréditaire a subi de fortes atteintes. Nous n'en relèverons que les plus importantes.

2222 **– L'assurance-vie. –** L'article L. 132-13 du Code des assurances exclut les capitaux retirés du bénéfice d'une assurance-vie du régime des libéralités et plus spécialement du champ de la réduction (324). Cette exclusion résulte directement du régime de la stipulation pour autrui, le bénéficiaire retirant son avantage directement de la compagnie d'assurance et non pas du souscripteur défunt. La somme perçue ne provient pas du patrimoine du *de cujus*. La règle ne vaut pas si les primes versées par le *de cujus* sur le contrat sont manifestement exagérées. Cette règle, sans doute parfaitement justifiée pour les assurances de décès pur, l'est beaucoup moins pour les assurances-vie dites « de capitalisation » (assurances mixtes)

(322) En ce sens qu'elle est rattachée à la dévolution *ab intestat* (sur ce caractère : P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 720).

(323) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 289.

(324) Cette question était déjà envisagée par G. Boissonade dans sa thèse préc., *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique* n° 735.

où le souscripteur a versé des primes qui, majorées des fruits nets de gestion, seront versées aux bénéficiaires. Une vive discussion doctrinale, que nous ne reprendrons pas, a eu lieu. Certains considéraient que tous les éléments constitutifs de la libéralité étaient présents dans cette forme d'assurance-vie qui finalement s'écarte de l'assurance elle-même, elle devait participer au calcul de la réserve héréditaire et être soumise à la réduction des libéralités. D'autres, au contraire, soutenaient l'existence d'un aléa et d'un particularisme qui justifiait ce régime dérogatoire (325). La Cour de cassation, par une série d'importants arrêts du 23 novembre 2004 (326), a rejeté cette qualification de contrat de capitalisation et par là même l'application du droit des successions. Sous réserve du constat par les juges du fond du caractère manifestement exagéré des primes, le mécanisme de l'assurance-vie permet de contourner totalement la réserve héréditaire et de déshériter ainsi les héritiers protégés par la loi. Sur l'appréciation de ce caractère exagéré des primes, nous nous bornerons à rappeler :

- qu'elle se fait au jour du versement des primes et pas au jour du décès (327) ;
- que le côté exagéré des primes ne résulte pas forcément du seul montant, mais aussi de l'utilité du contrat pour le souscripteur (contrat souscrit à un âge avancé dont il était certain que le souscripteur ne récupérerait pas sa mise) (328).

Si l'assurance-vie peut servir de support pour contourner la réserve des héritiers, elle peut aussi permettre au contraire d'en remplir certains de leur réserve. En effet, libre au souscripteur de stipuler dans son testament que le capital versé au bénéficiaire désigné sera constitutif de sa réserve (329). Une telle stipulation pourrait être utile pour éviter une indivision, ou qu'une succession contentieuse paralyse l'entreprise familiale ou empêche de transférer des liquidités au proche qui en a le plus besoin.

2223 **– La renonciation anticipée à l'action en réduction. –** Innovation majeure de la loi du 23 juin 2006, la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) est l'acte par lequel un héritier réservataire renonce par anticipation à agir en réduction alors que la succession de son auteur n'est pas encore ouverte (330). La RAAR est strictement régie par les articles 929 à 930-5 du Code civil. Eu égard à la gravité de l'acte, la RAAR doit remplir des conditions de fond et de forme.

(325) Sur cette question qui a suscité de vifs débats, lire : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 740 et les réf. citées. – V. Zalewski-Sicard : *Defrénois* 2019, n° 46, p. 49 et s.

(326) Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, 4 arrêts : *Bull. civ.* 2004, ch. mixte, n° 4 ; *D.* 2005, 1905, note B. Beignier ; *Dr. famille* 2005, chron. 6, H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2005, 434, obs. M. Grimaldi. – J. Ghestin, *La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation* : *JCP* G 2005, 1111.

(327) Cass. 1re civ., 10 avr. 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 79. Sur cette question, V. 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, nos 3084 et s. Il est notamment mis en garde contre le risque de perte des avantages fiscaux liés à l'assurance-vie et la taxation des capitaux assurés aux droits d'enregistrement.

(328) Cass. 2e civ., 4 juill. 2007 : *Bull. civ.* 2007, II, n° 182. – Cass. 1re civ., 31 oct. 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 341.

(329) En ce sens : Cass. 1re civ., 8 juill. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 170.

(330) Sur la renonciation anticipée à l'action en réduction, I. Dauriac : *D.* 2006, 2575. – N. Levillain : *JCP* N 2006, 1349. – F. Sauvage : *AJF* 2006, 355. – B. Vareille, *Portée liquidative de la renonciation à l'action en réduction : attention danger !* : *Defrénois* 2008, 159. – V. Zalewski : *Defrénois* 2007, 1587. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 728 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1229 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 766 et s. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 33830 et s. – J. Combret et S. Gaudemet, *Renonciations et successions, quelles pratiques ?*, ss dir. C. Pérès, *Defrénois*, 2017, nos 225 et s. – B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée* : *JCP* N 2016, 1199. – A. Storme, *La renonciation anticipée à l'action en réduction et la renonciation anticipée à l'action en retranchement dix ans après* : *JCP* N 2016, n° 1198. – C. Goldie-Genicon, *Les renonciations à réserve* : *Defrénois* 2019, n° 46, p. 33 et s.

- **Conditions de fond :**
  - pour consentir une RAAR, il faut être capable de consentir une donation entre vifs. Le mineur, même représenté, ne peut consentir une RAAR. Elle ne peut être consentie par un mineur même s'il est émancipé, ni par un majeur sous tutelle ou habilitation familiale alors que son représentant pourrait se faire autoriser à consentir une donation (C. civ., art. 930-1) ;
  - la RAAR doit être acceptée par le *de cujus* ;
  - la RAAR doit être totalement désintéressée, c'est-à-dire qu'il ne doit y avoir aucune contrepartie à la RAAR (C. civ., art. 929, al. 3) ;
  - la RAAR doit être faite au profit de personnes déterminées, en ce sens qu'elle doit préciser soit le bénéficiaire de la renonciation, soit les libéralités qui sont concernées (C. civ., art. 929, al. 1). Il peut s'agir d'une libéralité passée, future, d'une donation ou d'un legs. La libéralité en question pourra être consentie hors part successorale ou en avancement de part successorale. Il pourra s'agir d'une libéralité universelle ou non. Il peut parfaitement être consenti une RAAR sur une donation antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme de 2006 (1er janv. 2007).
- **Conditions de forme.** La RAAR est soumise à un formalisme très strict qui a pour objet d'assurer la qualité du consentement du renonçant à cet acte d'une particulière gravité :
  - l'acte doit être reçu par deux notaires dont un est désigné par le président de la chambre départementale (ou interdépartementale) des notaires (C. civ., art. 930, al. 1er et L. no 2006-728, 23 juin 2006, art. 34). La signature du ou des renonçants sur cet acte est recueillie séparément en l'absence de toute autre personne que les notaires. Ces règles ont pour but d'éviter les pressions familiales. Le rôle des notaires est ici primordial ;
  - la RAAR doit faire l'objet d'un acte spécifique et ne saurait être intégrée directement à la libéralité visée par la renonciation ;
  - la RAAR doit être relativement précise quant à l'objet de la renonciation. La lecture de l'acte doit permettre de savoir ce à quoi renonce son auteur.

Les effets de la RAAR sont radicaux :

- le renonçant ne peut exercer l'action à laquelle il avait renoncé ; c'est en ce sens que, par la RAAR, il n'a pas renoncé à sa réserve mais à son indemnité de réduction. Ce qui signifie que si tous les réservataires n'ont pas renoncé à l'action en réduction, alors le gratifié pourra être tenu de les indemniser (331) ;
- la RAAR opposable aux héritiers du renonçant (C. civ., art. 930-5) en ce sens qu'elle devra être subie par les descendants du renonçant (sinon un tel acte serait totalement inutile) ;
- elle est en principe irrévocable. À titre exceptionnel, elle peut être révoquée si le renonçant était en état de besoin qui disparaîtrait en percevant cette indemnité de réduction, si le *de cujus* n'a pas rempli ses obligations alimentaires, si le bénéficiaire de la RAAR s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre la personne du renonçant (C. civ., art. 930-3) ;
- fiscalement, la RAAR ne constitue pas une libéralité faite par le renonçant au profit du gratifié qui profite de la renonciation. Elle n'est pas constitutive d'une libéralité indirecte qui serait donc taxable.

Les RAAR, en raison de leur gravité, sont « rares » et il faut s'en féliciter. On note un usage plus fréquent à Paris et dans les agglomérations les plus importantes. Il est difficile de

(331) I. Dauriac, *D.* 2006, 2575, préc. – B. Vareille, *Portée liquidative de la renonciation à l'action en réduction : attention danger !*, préc.

préciser les motivations de ces RAAR (332). Nous nous bornerons à constater que cet usage « réservé » est à l'image de la gravité de l'acte. Il est sans doute heureux qu'elles ne soient pas si fréquentes, car elles reviennent à renoncer à l'héritage, attitude finalement peu naturelle. Il est aussi à craindre que le jour de l'ouverture de la succession, l'auteur de la RAAR, pris de regrets, conteste son acte.

La RAAR protège très certainement son bénéficiaire, mais provoque nécessairement un amoindrissement des droits de son auteur. Le formalisme attaché à cet acte, particulièrement lourd, est censé protéger son consentement.

2224 **– Les libéralités complexes. –** Les donations-partages transgénérationnelles, en ce qu'elles sautent une génération, sont quelque part la renonciation par cette génération sautée à une partie de sa réserve héréditaire qui passe à celle suivante. La réserve est donc répartie par souche. Elles sont donc, de ce point de vue, une nouvelle atteinte à la réserve héréditaire de la génération intermédiaire. Une libéralité graduelle (C. civ., art. 1048 et s.) ne peut, en principe, porter sur la réserve de l'héritier. Toutefois, l'article 1054 du Code civil prévoit deux exceptions. L'obligation pour le gratifié de conserver et de transmettre pourra porter sur sa réserve dans les conditions de la RAAR que nous venons de voir, ou par une acceptation de sa part dans l'acte de donation lui-même ou s'il ne demande pas dans le délai d'un an et un jour à compter du jour où il a connaissance de la libéralité que cette charge soit levée de sa part réservataire.

2225 **– L'internationalisation de l'héritage** (333)**. –** La mobilité des populations et la diversité des systèmes juridiques ont pour conséquence une internationalisation des situations familiales. Internationalisation géographique qui va engendrer une internationalisation juridique. En effet, par l'application de la règle de conflit de lois, il se peut que des successions ouvertes en France se voient appliquer un droit différent. La différence peut même aller jusqu'à l'absence de réserve héréditaire. Dès lors, sauf à considérer que la réserve héréditaire faisait partie de l'ordre public international permettant par là même d'écarter l'application d'un droit étranger qui l'ignore, le juge français peut être amené à statuer sur des successions en appliquant un droit sans réserve héréditaire. La question de l'appartenance de la réserve à l'ordre public international a suscité des débats. Certains étaient convaincus des valeurs supérieures de solidarité, d'égalité, mais aussi de liberté qu'incarnait la réserve (334). Selon une thèse plus radicale, la réserve héréditaire ne relève pas de cet ordre public et les droits étrangers qui l'ignorent peuvent parfaitement s'appliquer sur le sol français (335). Cette tendance est principalement fondée sur une uniformisation du droit international, et plus spécialement européen. Enfin, une théorie médiane considère que la loi étrangère n'est véritablement contraire à l'ordre public international que si elle ne prévoit pas un mécanisme de substitution permettant une protection minimale de certains héritiers privilégiés que sont les descendants et le conjoint (336). Cette question a pris encore plus d'ampleur avec l'entrée en vigueur du règlement européen dit « règlement Succes-

(332) J. Combret et S. Gaudemet, *Renonciations et successions, quelles pratiques ?*, *op. cit.*

(333) H. Péroz, *La réserve en droit international privé* : *Defrénois* 2019, n° 46, p. 45.

(334) S. Godechot-Patris, *Successions internationales*, Rapport français, *in Les successions*, Travaux Assoc. H. Capitant, t. 60, Bruylant, 2010, p. 673. – M. Grimaldi, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire* : *Defrénois* 2012, 755.

(335) D. Bureau, *Juger le présent, prévoir l'avenir* : *Dr. et patrimoine* 5/2014, 78. – E. Fongaro, *Le règlement « Successions » et l'ordre public international* : *Dr. et patrimoine* 5/2014, n° 236. – H. Fulchiron, *Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire* : *Dr. et patrimoine* 4/2015, n° 59.

(336) V. not. M. Goré et R. de Gourcy, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2018-2019, n° 724-213.

sions » (337), applicable dans tous les États membres (sauf au Danemark, au Royaume-Uni et en Irlande). En effet, ce règlement affirme le principe d'unicité de la loi successorale (alors qu'auparavant notre règle de conflit distinguait la succession mobilière de la succession immobilière). Par son article 21, § 1, il énonce que la loi applicable à la succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès. L'exception principale à ce principe est l'application de la loi nationale, parce qu'expressément choisie par le défunt selon des formes bien spécifiques. Ainsi un Britannique résidant en France peut décider l'application à sa succession de son droit national sans qu'aucune réserve héréditaire ne s'applique à sa succession. À l'inverse, la succession d'un Français résidant en Angleterre et possédant des biens en France ne sera grevée d'aucune réserve héréditaire.

La Cour de cassation a tranché pour la dernière thèse en ce sens qu'elle n'a pas estimé contraire à l'ordre public international l'absence de réserve héréditaire dès lors que ce droit étranger ne laisse pas certains héritiers dans une situation de « précarité économique ou de besoin » (338).

Sur le plan théorique, cela réduit la réserve à sa fonction simplement alimentaire alors qu'elle est d'une ampleur supérieure (339).

Sur le plan pratique, la position dégagée par la Cour suprême suscite plusieurs inquiétudes qui, sur le plan de la protection, sont préoccupantes :

- l'appréciation de la situation de précarité ou de besoin de l'héritier relève du pouvoir souverain du juge du fond. Cette appréciation subjective est donc soumise à la critique dans la mesure où la réponse ne sera pas unitaire. La sécurité juridique de ces successions internationales est mise à mal ;
- si cet état de précarité est constaté par le juge, s'ouvrent alors deux possibilités :
  - le droit étranger est exclu et l'on applique la loi du for,
  - le juge alloue à cet héritier réservataire (selon la loi du for) des « subsides » à prélever sur la succession. Le juge fixe alors la somme à lui attribuer (340) et répartit à son gré la succession...

Sur le plan international, la réserve héréditaire classique, système purement objectif, liquidatif, voire mathématique et donc très protecteur se trouve donc remplacée par un système subjectif et incertain dans son application. Le droit français serait donc protecteur des plus proches, mais uniquement dans une relation successorale franco-française. Le système ne deviendrait-il pas hypocrite et même discriminatoire ? Ne laisserait-il pas la place à certaines manœuvres pour voir appliquer des règles bien plus souples excluant une protection qui, jusqu'il y a peu, semblait fondamentale (341) ?

(337) Règl. (UE) n° 650-2012, 4 juill. 2012, entré en vigueur le 17 août 2015.

(338) Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, nos 16-17.198 et 16-13.151 : *D.* 2017, 2185, note J. Guillaume ; *JCP* N 2018, 123, obs. R. Le Guidec ; *JCP* N 2017, 1305, note E. Fongaro ; *Defrénois* 2017, n° 22, p. 1, M. Grimaldi. – *La réserve à la casse* : *Defrénois* 2017, n° 22, p. 23, note M. Goré. – L. Usunier, *Requiem pour la réserve* : *RTD civ.* 2017, p. 833 ; *RTD civ.* 2018, p. 189, obs. M. Grimaldi. – P. Callé : *Defrénois* 22 févr. 2018, p. 30. Pour d'autres applications (la Cour de cassation rappelant l'appartenance de la réserve héréditaire à l'ordre public interne) Cass. 1re civ., 4 juill. 2018 : *JCP* N 2019, 1122, obs. A. Tani.

(339) 115e Congrès des notaires de France, Bruxelles, 2019, *L'international*, n° 3422.

(340) Cette appréciation par le juge de l'état de précarité de certains héritiers qui, en droit interne, bénéficieraient d'une réserve semble faire écho à l'article 930-3 du Code civil qui, dans une telle situation, permet de révoquer la RAAR.

(341) Il suffit de penser à la succession de Johnny Hallyday : C. Deneuville et S. Godechot-Patris, *Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire* : *JCP* N 2018, 1239.

§ II Le caractère collectif de la réserve héréditaire

2226 **– Mutation et repli de ce caractère collectif. –** Il était admis que la réserve héréditaire avait pour fonction de protéger l'ensemble des héritiers réservataires. Cette protection collective se manifestait par la règle qui voulait que la renonciation d'un réservataire bénéficiait aux autres, ce renonçant étant bien pris en compte pour le calcul de *quantum* de la réserve. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme du 23 juin 2006, l'héritier renonçant n'est plus pris en compte pour calculer la réserve et la quotité disponible sauf s'il est représenté ou s'il est tenu au rapport d'une donation en vertu de la clause prévue à l'article 845 du Code civil. Toutefois ce caractère collectif, que l'on pouvait qualifier d'horizontal dans la mesure où on le constatait au bénéfice des héritiers de même rang (sauf représentation en cas de décès), est désormais vertical. En effet, par la représentation du renonçant, par la possibilité de consentir des donations-partages transgénérationnelles, par les libéralités graduelles instaurées par cette importante réforme, on voit bien que la réserve héréditaire s'adresse aujourd'hui à la souche et non plus à une fratrie (342). Le repli de ce caractère collectif se manifeste également dans l'action en réduction qui est reconnue individuellement à chacun des héritiers, tout comme la renonciation anticipée à l'action en réduction également ouverte individuellement à chacun des réservataires.

§ III La réduction « en valeur » ou en « nature » de la réserve héréditaire

2227 **– Avant et après 2007. –** Sous l'empire des règles édictées par le Code civil, l'héritier réservataire exerçait ses droits en nature. Ainsi elles lui permettaient de récupérer en nature la partie des biens donnés ou légués qui dépassait le disponible et corrélativement empiétait sur ses droits. Cette réduction en nature des libéralités excessives était fondée sur l'idée de conservation des biens dans la famille. C'était le principe. Aujourd'hui la règle a changé et l'article 924, alinéa 1er du Code civil énonce que : « Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent ». L'héritier réservataire n'a donc aujourd'hui plus le droit de récupérer les biens de son auteur, mais seulement une somme d'argent représentative de son héritage (343). Cette règle nouvelle, à l'évidence, modifie à la fois la hiérarchie des fondements de la réserve héréditaire et par là même de l'héritage. La nature alimentaire prendrait le pas sur les autres fondements que sont la solidarité intergénérationnelle, le minimum d'égalité entre les héritiers et de conservation des biens dans la famille.

2228 **– Conséquence de la réduction en valeur. –** Ce nouveau principe de réduction en valeur des libéralités a une importance capitale en ce sens que si le *de cujus* a institué un légataire universel qui a donc vocation à recevoir tous les biens de la succession, alors les droits des réservataires consistent simplement en une indemnité de réduction égale à la valeur de leurs

(342) Sur cette évolution de la réserve héréditaire : E. Fongaro et M. Nicod : *Rép. dr. civ.* Dalloz, V° *Réserve héréditaire - Quotité disponible*, 2011, nos 44 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 451 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 722.

(343) Sur la réduction en valeur : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 870 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 449. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1209 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 775 et s. – S. Ferré-André et H. Mazeron-Gabriel, *La réduction en valeur des libéralités : évolution ou révolution ?*, *Études offertes à J. Combret*, Defrénois, 2017, p. 141. – B. Vareille, *La réserve en valeur* : *Defrénois* 2019, n° 46, p. 28 et s.

droits réservataires (344). Les réservataires n'ont donc aucun droit à récupérer en nature le moindre bien de leur auteur. La situation des réservataires est délicate dans la mesure où ils sont tenus de délivrer le legs mais n'ont pas de véritable garantie de paiement de leur indemnité de réduction (345). Ne devrait-on pas leur accorder quelques garanties sur les biens de la succession (346) ?

2229 **– Les exceptions à la réduction en valeur. –** Ce principe de la réduction en valeur souffre trois exceptions de portée différente :

- la première provient de la volonté du disposant qui peut toujours imposer à celui qu'il gratifie une réduction en nature ;
- la deuxième est du fait du gratifié : en effet, dès lors que le bien qu'il a reçu au moyen de la libéralité excessive se trouve dans son patrimoine libre de toute charge ou occupation, alors il peut exécuter sa réduction en nature (C. civ., art. 924-1) (347) ;
- la troisième est l'hypothèse d'insolvabilité du gratifié. En ce cas, le réservataire peut exercer son action en réduction ou en revendication contre le tiers détenteur du bien. Ce droit s'exerce sur les biens dont les aliénations sont les plus récentes (C. civ., art. 924-4) (348). Nous nous bornerons à préciser que cette garantie est bien maigre dans la mesure où elle ne s'applique qu'aux biens immobiliers.

2230 **– Brève conclusion sur la réduction en valeur. –** Nécessairement, dès lors que l'on admet le principe général d'une réduction en valeur on accepte le risque d'une insolvabilité du gratifié débiteur de l'indemnité et par là même un amoindrissement de la protection de celui que l'on voulait pourtant protéger. L'arbitrage est délicat, mais le risque est de rendre illusoire la réserve héréditaire que les héritiers auront beaucoup de mal à faire valoir.

Section II Les fondements de la réserve héréditaire

2231 Les raisons d'être de la réserve sont de plusieurs ordres, mais elles témoignent toutes de cette volonté supérieure de protéger certains proches soit individuellement, soit collectivement. La réserve est un ciment patrimonial de la famille (**Sous-section I**). Elle est aussi un mécanisme de protection individuelle des membres de cette famille (**Sous-section II**). Enfin, elle répond à cette idée qu'il doit y avoir un minimum d'égalité entre les successeurs (**Sous-section III**).

Sous-section I La réserve héréditaire : protection de la famille

§ I La conservation des biens dans la famille

2232 **– Un fondement ancien issu du droit coutumier. –** On justifiait l'existence de la réserve héréditaire par cette idée issue du droit coutumier que le patrimoine était attaché non pas

(344) Cass. 1re civ., 11 mai 2016, no 14-16.967 : *JCP* N 2016, 1251, note N. Randoux ; *Dr. famille* 2016, nos 7-8, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 2016, p. 673, obs. M. Grimaldi.

(345) M. Blanck-Dap, *La virtualité de la réserve héréditaire en présence d'un légataire universel* : *JCP* N 2017, 1207.

(346) V. 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, 2e commission, no 3400, par G. Bonnet et D. Vincent, et la proposition faite à ce sujet (une sorte de droit de rétention devrait être reconnu aux réservataires).

(347) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, ss dir. B. Vareille, *op. cit.*, no 33650.

(348) Sur cette action : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 778, 2o.

à la personne, mais à sa famille. Les biens de la famille étant son moyen principal de subsistance, ils devaient y demeurer et n'être ni morcelés ni transmis à des tiers. En d'autres termes, les biens et plus spécialement les immeubles (mais c'était sans doute ceux qui par le passé avaient le plus de valeur) faisaient partie du passé familial, de sa réussite, de son assise sociale et économique, et à ce titre ils devaient y demeurer et impérativement être transmis aux nouvelles générations de cette même famille dont ils en étaient une sorte d'emblème. En outre, ce fondement confère un côté immortel à cette famille (349), il peut la rassurer, ses biens survivant à la mort de leur propriétaire pour y demeurer. Il inscrit la famille dans la durée. Transmettre des biens est quelque part une petite victoire sur la mort (350).

2233 **– Un fondement en net repli par l'évolution de la famille, de la société et des patrimoines. –** Autant une telle conception du patrimoine et donc de sa transmission pouvait se concevoir dans une France rurale où les terres, effectivement, étaient le socle commun de toute la famille, autant aujourd'hui cet attachement aux biens s'est fortement atténué (351). La mobilité et l'éclatement géographiques des familles ont contribué à cet affaissement de la conception familiale du patrimoine. À cela, on ajoutera volontiers que ce fondement a un sens pour les immeubles, à la rigueur pour l'entreprise familiale, mais pour les autres biens il n'a pas grande signification. La financiarisation des patrimoines et la spéculation de leur titulaire tendent également à montrer que le patrimoine suscite davantage d'attachement par sa valeur que par sa nature elle-même.

2234 **– Un fondement en net repli par les dernières réformes. –** La réduction en valeur instaurée par la réforme de 2006 a fortement réduit l'influence de ce fondement à la réserve héréditaire. Enfin, ce fondement familial de la réserve se heurte à l'affaiblissement de la famille elle-même au sein de la société. Le groupe familial est de plus en plus restreint, la famille se disloque, se décompose, se recompose parfois même à plusieurs reprises. Les liens familiaux sont ainsi plus éphémères, plus fragiles et multiples. Difficile donc de concevoir que le patrimoine doit être transmis impérativement à une famille qui n'est plus aussi forte, aussi unie qu'auparavant. Cet éclatement familial, s'il a pour conséquence un affaiblissement de ce fondement du patrimoine familial, peut peut-être accroître le second fondement qui est celui de la solidarité, ce devoir d'entraide entre les générations ou entre conjoints.

§ II Un devoir de protection entre certains proches

2235 **– Les vertus alimentaires de la réserve. –** Ce fondement, hérité de la légitime romaine, voit dans la réserve héréditaire tout simplement une obligation pour le *de cujus* de subvenir matériellement aux besoins de certains proches. Cela passe par l'obligation de leur transmettre une partie de ses biens afin que ces proches soient eux-mêmes à l'abri de la pauvreté. La réserve héréditaire est « l'expression de la solidarité familiale, la manifestation d'un devoir d'assistance économique entre proches » (352). Ainsi justifiée, la réserve héréditaire n'est plus, comme on le disait dans les lignes précédentes, un instrument au service de la vie de la famille, un ciment entre ses membres, mais elle devient le service de la famille au profit de ses membres.

(349) Sur cette justification psychologique de l'héritage : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 34.
(350) Sur cette fonction psychologique de l'héritage : C. Bahurel, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse, Paris 2, LGDJ, 2014, préf. M. Grimaldi, nos 17 et s.
(351) Sur ce fondement, V. not. 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, nos 2024 et s.
(352) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 288.

2236 **– Une vertu importante de nos jours. –** Si ce fondement est aujourd'hui mis en avant, il faut prendre garde à ne pas réduire la réserve à cette obligation alimentaire liant les membres d'une même famille. En effet, si ce fondement de la réserve héréditaire était le seul, il risquerait non seulement de transformer la réserve en une charge de la succession, mais aussi de conditionner son bénéfice à des conditions de besoin. C'est d'ailleurs ce qu'un certain nombre de pays prévoient : les réservataires voulant bénéficier de leurs droits doivent justifier d'un état de besoin ou de pauvreté. C'est également ce que la dernière jurisprudence de la Cour de cassation en droit international privé sous-entend. Toutefois, cette justification de la réserve est réelle et de nos jours elle prend toute son importance. En effet, si un père a abandonné à la mère son aîné, fruit d'une amourette éphémère de jeunesse, qui ne l'a jamais élevé ni même participé à quoi que ce soit dans ses besoins financiers, n'est-il pas légitime qu'à son décès son enfant puisse percevoir une partie de l'héritage à titre de consolation d'avoir vécu sans père ? Que la loi ne permette pas d'abandonner son enfant au-delà de la mort est une bonne chose qu'il faut maintenir.

Sous-section II La protection individuelle de l'héritier et la protection individuelle du *de cujus*

2237 Il s'agit là des fondements les plus puissants de la réserve héréditaire ; c'est en eux que se manifeste la fonction sociale et politique de la réserve héréditaire. Celle-ci protège bien évidemment l'héritier (**§ I**), mais aussi le *de cujus* (**§ II**).

§ I La protection de la liberté individuelle de l'héritier

2238 **– Garantie des libertés individuelles de chacun. –** La faculté donnée à un père de déshériter totalement l'un ou l'autre de ses enfants serait le vecteur d'un chantage permanent du *de cujus* envers ses proches (353). En effet, ce droit constituerait une menace constante pour les enfants de tout perdre, de ne rien recevoir s'ils ne sont pas dociles, s'ils n'empruntent pas la voie professionnelle que leur père a choisie pour eux, s'ils n'ont pas les mêmes convictions religieuses ou politiques, s'ils n'ont pas une orientation sexuelle jugée comme étant la bonne, *etc.* De cette pression, il résulterait évidemment une absence totale de sincérité des liens affectifs au sein de la famille, ceux-ci n'étant dictés et orientés que dans la perspective de l'héritage. Plus généralement, et contrairement à une idée reçue, la réserve permet donc de s'échapper des habitudes et du passé familial. En ce sens, elle permet de se libérer d'un certain conservatisme familial.

§ II La protection de la liberté du *de cujus*

2239 **– Contre les tiers. –** L'âge, la maladie et plus simplement l'approche de la mort mettent nécessairement l'homme dans une situation de détresse, tout d'abord psychologique puis matérielle. Cette détresse provoque également une situation de dépendance d'autrui, et plus spécialement de certaines personnes qui, au quotidien, s'occupent de celui que la mort guette. La plupart de ces aidants sont à la fois dévoués et désintéressés et n'ont d'autre dessein que d'accomplir fidèlement leur tâche, mais une minorité peut se montrer plus avide et agir dans le but de s'attirer l'affection et surtout le patrimoine de la personne dépendante. La réserve héréditaire demeure un rempart contre les personnes malintention-

(353) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 299.

nées qui veulent détourner les successions en obligeant la personne dépendante à réaliser un testament en leur faveur, parfois au moyen d'un intolérable chantage.. Dans la conscience collective, l'existence de cette réserve met en garde contre ces agissements. La présence d'un réservataire, non seulement héritier incontournable mais aussi gardien de l'hérédité, est fortement dissuasive. Cette justification de la réserve est d'autant plus importante qu'aujourd'hui le droit des majeurs protégés est de plus en plus souple, permettant ainsi au vulnérable de se marier, de se pacser et de tester.

2240 **– Contre lui-même. –** La réserve héréditaire est également un garde-fou qui permet de ne pas céder un peu trop vite aux impulsions, à la colère, à la spontanéité qui, si on y était trop sensible, nous conduirait à exhéréder certains, à en avantager d'autres, et ce sans le discernement nécessaire qu'impliquent de telles décisions. La vie familiale n'est pas toujours d'une harmonie constante. Il y a, comme dans beaucoup de relations humaines, des hauts et des bas ; c'est ainsi qu'il peut paraître à la fois rassurant et « correcteur » de ce risque du testament impulsif que la loi décide qu'il ne faut pas exclure ses enfants ou son conjoint de l'héritage. La loi devient un guide de sagesse, on se doit de protéger ses enfants (ou son conjoint s'il est réservataire) et de leur transmettre notre patrimoine, et ce malgré les crises relationnelles qui peuvent de temps en temps nous séparer d'eux. Le testament réalisé sous le coup de la colère ou d'une folie amoureuse marque la volonté posthume comme la conséquence de sentiments existants à la date du testament. Mais ces sentiments impulsifs qui auront justifié ces dernières volontés seront-ils toujours présents au jour du décès ? Dans la période précédant le décès, les enfants ne se sont-ils pas rapprochés de leur père ? La compagne passagère instituée légataire universelle a-t-elle toujours été présente au côté du *de cujus* ? En d'autres termes, il n'est pas certain que si, peu de temps avant sa mort, on avait demandé au *de cujus* de confirmer ses dernières volontés, il l'aurait fait. La loi, par la réserve héréditaire, supplée les erreurs causées par les sentiments humains. C'est en ce sens qu'elle est un élément de sagesse et d'apaisement au sein des liens familiaux.

Sous-section III La protection par l'égalité

2241 **– La réserve des descendants : garantie du principe d'égalité entre les héritiers. –** L'absence de réserve héréditaire peut conduire non seulement à déshériter tous les héritiers, mais elle peut aussi conduire à tout laisser à l'un d'entre eux ou à rompre de manière importante l'égalité entre eux. Aussi peut-il paraître étonnant qu'un système successoral *ab intestat*, qui reste le fil conducteur de la dévolution de la succession, soit fondé sur le principe d'égalité et que ce principe fondamental soit battu en brèche par une liberté totale de rompre cette égalité. Aussi la réserve garantit-elle une égalité minimum entre les héritiers de même rang. Cette égalité est limitée à la réserve, le *de cujus* pouvant avantager l'un ou l'autre dans la mesure de la quotité disponible (354). La réserve héréditaire est donc la meilleure arme contre la réapparition de systèmes dévolutifs inacceptables, comme les principes de masculinité et de primogéniture (droit d'aînesse). C'est ainsi que d'anciennes coutumes interdisaient d'user du disponible au bénéfice des héritiers du sang (355), l'aspect égalitaire de la réserve y était donc central.

(354) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 300. – C. Bahurel, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse préc., n° 713.

(355) C'était le cas de la Coutume de Normandie, *op. cit.*, p. 442.

Malgré tous ces fondements, et outre la justification historique de la réserve comme emblématique de notre système de droit continental, la réserve est contestée dans son principe mais aussi dans son étendue (356).

Section III La contestation et l'avenir de la réserve héréditaire

2242 Voyons rapidement les attaques régulières dont la réserve héréditaire fait l'objet.

Sous-section I Les critiques de la réserve héréditaire

2243 **– Une « vieille lune » ! –** Avant d'aborder les arguments qui militent à l'encontre de la réserve héréditaire, il nous semble important de rappeler que ces critiques sont anciennes. Les ancêtres de notre réserve actuelle que sont la légitime romaine ou la réserve coutumière en subissaient déjà, en leur temps, les attaques. Et, au travers de toutes les secousses sociales, économiques et intellectuelles que notre civilisation occidentale a connues, la réserve a été maintenue tout en subissant quelques aménagements pour l'adapter à son époque. Aujourd'hui la réserve héréditaire fait l'objet de vives critiques et est même remise en cause dans son existence. La société aurait-elle changé à ce point pour impliquer une telle réforme ? Nous sommes quelque peu dubitatifs sur les raisons d'une telle révolution dans notre système juridique.

§ I Les objections conceptuelles de la réserve héréditaire

2244 **– L'argument purement juridique. –** Cette critique de la réserve héréditaire est fondée sur un double argument :

- elle serait une atteinte à l'autonomie de la volonté. En effet, seule la liberté individuelle oblige en ce sens que l'homme ne peut être engagé que par lui-même et donc par les obligations qu'il a souscrites. Vue sous cet angle, l'existence d'une réserve héréditaire est une très forte limitation à la libre transmission de ses biens. La réserve héréditaire serait une contrainte d'ordre privé puisqu'elle pèse sur des particuliers et qu'elle sert des intérêts privés également (ceux des héritiers) (357) ;
- la réserve héréditaire ne serait pas compatible avec l'idée supérieure du caractère inviolable et sacré du droit de propriété. Elle serait une atteinte à la libre disposition des biens. En effet, le propriétaire d'un bien doit être libre d'en faire ce qu'il veut et notamment en disposer à titre gratuit comme il l'entend.

2245 **– Réplique aux arguments juridiques. –** La réserve héréditaire n'interdit pas de faire ce que l'on veut de son patrimoine. On peut le consommer, le dilapider, ne pas le faire fructifier ou même le laisser dépérir. Simplement le droit de propriété et la liberté offerte par l'autonomie de la volonté cessent au décès. Le mort n'a plus de droit présent sur son patrimoine et il ne peut, par sa volonté unique et passée, le gérer ou le transmettre comme il pouvait le faire de son vivant. À cela on peut ajouter que le droit de propriété n'est plus aussi absolu que par le passé et qu'aujourd'hui il est fortement limité et orienté, car l'usage

(356) P. Catala, *Prospectives et perspectives en droit successoral* : *JCP* N 2007, 1206, n° 17.
(357) Sur cet argument : I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, thèse préc., n° 53.

que l'on en fait doit être conforme au bien public (contraintes environnementales, contraintes urbanistiques, contraintes sociales, *etc.*). Ainsi l'absolutisme du droit de propriété vient s'échouer sur des contraintes sociales, environnementales, fiscales ou urbanistiques. La réserve héréditaire s'inscrit parfaitement dans cette vision du droit de propriété. Enfin, nous rappellerons que les héritiers réservataires sont aujourd'hui le conjoint et les descendants. Si l'on veut ne pas être limité dans le droit de distribuer ses biens, alors ne nous marions pas et n'ayons pas d'enfant. Car aujourd'hui plus que jamais les mariages sont volontaires et les procréations maîtrisées. En ce sens, réserve héréditaire et volonté ne sont point ici incompatibles.

§ II Les objections économiques à la réserve héréditaire

2246 **– L'argument économique. –** Les contestataires de la réserve héréditaire avancent l'idée qu'elle serait une trop forte atteinte à la libre circulation des biens et plus particulièrement aux transmissions d'entreprises, notamment les petites et moyennes entreprises, lesquelles peuvent constituer l'élément majeur du patrimoine de son dirigeant. Pour eux, la réserve héréditaire serait un obstacle à la transmission de l'entreprise soit au plus capable des héritiers, soit à un tiers. Elle prédisposerait l'entreprise à une gestion par plusieurs héritiers et donc aux divergences de vues qui la conduiraient vers la faillite (358). Certaines critiques aux origines anciennes (359) vont même encore plus loin en avançant l'idée que la réserve héréditaire serait un frein à l'esprit d'entreprise du *de cujus* puisque de toute manière elle dépérira après lui.

2247 **– Réplique à l'argument économique. –** À cela on peut aisément répondre plusieurs choses :

- le droit moderne s'est efforcé, notamment dans ses dernières réformes, de répondre à ce besoin de l'entreprise par l'ouverture à un tiers de la donation-partage pour lui transmettre une entreprise, en instaurant le principe d'une réduction en valeur qui permet d'éviter des indivisions sur l'entreprise elle-même, en permettant des renonciations anticipées à l'action en réduction, *etc.* Aussi, dans les rares cas où la réserve apparaît comme contraignante, des mécanismes permettent de l'écarter ;
- le droit des sociétés permet de détacher aisément la gestion de l'entreprise de la détention du capital social, notamment par le biais de *holdings* familiales ;
- la plupart des grandes entreprises françaises, multinationales de renom, ont non seulement été transmises depuis plusieurs générations sur un fond de dévolution légale et de donc de réserve héréditaire, mais leur caractère familial est aussi la garantie d'une gestion pérenne par des dirigeants véritablement responsables, puisque leur entreprise constitue leur patrimoine et celui de leurs proches. Cette gestion familiale est recherchée par bon nombre d'investisseurs.

§ III L'objection de la philanthropie

2248 **– L'argument philanthropique. –** Selon cette critique, la réserve héréditaire serait un frein à l'exercice de la charité, de la bienfaisance, aux bonnes œuvres. On l'aura compris, c'est la critique de la réserve héréditaire par le monde associatif, par ceux qui n'ont, par la force des choses, pas d'héritage. Un assouplissement du droit des successions et de sa réserve héréditaire permettrait d'instaurer « une philanthropie à la française » s'inspirant des modèles

(358) Sur cet argument : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 301.
(359) F. Le Play, *La réforme sociale*, *in* Textes choisis par L. Baudin, Dalloz, 1947.

anglo-saxons et plus spécialement celui venu des États-Unis. La réserve héréditaire serait un obstacle pour les grandes fortunes françaises de transmettre leur fortune à des fondations ou autres personnes morales du monde associatif (360). Il s'agirait de relancer la générosité en France.

2249 **– Réplique à l'argument philanthropique. –** Cet argument laisse perplexe pour plusieurs raisons :

- s'il est question de transmettre les grandes fortunes à des fondations ou à des associations, n'est-il pas dangereux que ces entités sans véritables responsables soient à la tête de ces grandes fortunes et de leurs entreprises ?
- il ne pourra s'agir que d'une générosité à « une seule détente » : une fois transmise de manière définitive au monde associatif, il n'y aura plus de donation ou de legs de la part de cette même famille (surtout de la part de ceux qui ont été exhérédés...) ;
- si cet argument s'adresse aux grandes fortunes, il faudrait s'intéresser à la réelle utilisation de la quotité disponible actuelle par les familles qui la détiennent. Il n'est pas certain qu'elle soit absorbée par des dispositions en faveur du monde associatif ;
- un tel argument, poussé à l'extrême, reviendrait à recréer des biens de mainmorte avec un pouvoir financier et politique puisque orienté vers le bien public mais sans véritable légitimité (des urnes ou entrepreneuriale) ;
- la réserve héréditaire s'adresse à tous, quelle que soit la valeur du patrimoine. Sa suppression engendrerait une disparition complète de la solidarité familiale dans les classes les moins aisées pour lesquelles l'héritage constitue une sorte de capital-retraite que la répartition publique n'offre plus. Sa suppression s'accompagnerait nécessairement d'une paupérisation de cette classe et d'une augmentation de la précarité en France. Ce qui est singulier, dans la mesure où cette réforme de la réserve est fondée sur la charité et la générosité... Il est également certain que le disponible n'est pas utilisé en faveur des œuvres de charité, mais au profit d'un compagnon ou d'une compagne, du conjoint, d'un enfant, *etc.* ;
- les legs ou les donations à des fondations, associations reconnues d'utilité publique ou d'intérêt général sont la plupart du temps réalisés faute de personnes suffisamment proches du *de cujus* et pour des raisons fiscales, la taxation au taux de 60 % étant fortement dissuasive.

Sous-section II L'avenir de la réserve

2250 **– Actualité gouvernementale. –** Le 9 avril 2019, M^me^ la Garde des Sceaux a confié à M^me^ Cécile Pérès, professeure à l'Université Paris 2 et M. Philippe Potentier, notaire directeur de l'institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat, la direction d'un groupe de travail composé d'universitaires, de praticiens et d'acteurs de la vie juridique et économique chargé d'analyser le droit positif de la réserve héréditaire, sa pratique en France et à l'étranger ainsi que les évolutions possibles (361). Le fruit de cette mission gouvernementale, à l'heure où nous rédigeons ces pages, n'est pas encore connu. Nous ne pouvons que nous contenter de conseiller sa lecture dès lors qu'il aura été publié.

2251 **– Actualité législative. –** Tant l'Assemblée nationale que le Sénat s'intéressent à la réserve héréditaire. Deux députés, M^me^ El Haïry et M^me^ Moutchou, se sont vu confier une mission parlementaire par M. Attal, secrétaire d'État auprès du ministre de l'Éducation nationale et

(360) Conférence de presse du secrétaire d'État G. Attal, 29 nov. 2018.
(361) V. les propos de J.-F. Humbert : *Defrénois* 18 avr. 2019, p. 13.

de la Jeunesse, afin de favoriser les dons des familles les plus fortunées aux associations. Une proposition de loi n° 710 vient d'être déposée sur le bureau du Sénat (362), laquelle dans son article 3 augmente la quotité disponible à deux tiers en présence d'un enfant, la moitié en présence de deux enfants et le tiers en présence de trois enfants ou plus (des amendements visant à supprimer la réserve ont même été déposés suite à cette proposition de loi).

– Quelle attitude adopter face à cette évolution de la réserve héréditaire ? – La réserve actuelle a été construite en considération d'une configuration familiale simple. Aujourd'hui la famille n'a plus de modèle unique, mais plusieurs schémas familiaux tous aussi fréquents les uns que les autres. La réserve ne semble plus adaptée. Si réforme il y a pour répondre à ces attentes sociétales, elle ne pourra qu'être plus complexe tant les situations sont elles-mêmes complexes. Aussi le réflexe naturel qui consiste à refuser certaines pistes en raison de leur complexité est à fuir pour trois raisons : **2252**

- le système d'une réserve héréditaire implique automatiquement un mécanisme liquidatif complexe et des modalités de mise en œuvre techniques ; cet argument de simplicité poussé à son extrême irait dans le sens de la suppression pure et simple de la réserve ;
- la réforme de l'un des éléments du système actuel, aussi simple soit-il (comme le quotient de la quotité disponible), aura des répercussions notables sur le reste de l'édifice et impliquera des difficultés qu'il faut envisager ;
- le perfectionnement d'un système impliquera une complexité supplémentaire dont il ne faut pas avoir peur.

– Quelles pistes de réforme ? – Ceci posé, trois axes de réforme ou plutôt trois questions peuvent être retenus : **2253**

- Faut-il la maintenir ?
- Faut-il en modifier le *quantum* ?
- Faut-il procéder à une réforme technique ?

1° Faut-il maintenir la réserve héréditaire ? Le maintien de la réserve du conjoint mérite réflexion. L'élévation par la loi du 23 juin 2006 du conjoint au rang des réservataires suscite toujours une légère perplexité. Sa suppression serait sans grande conséquence. La réserve des descendants doit être maintenue pour les raisons que nous venons d'exposer, car elle est le lien et la solidarité nécessaires entre les générations ; cela est d'autant plus important que la nouvelle structure familiale provoque des dissensions. La réserve héréditaire est un élément fondamental de la garantie des libertés individuelles, éloignant ainsi le chantage à l'héritage pour adopter des convictions politiques, religieuses, ou tout simplement se voir dicter une vie qui ne serait pas choisie (mariage, profession, installation géographique). Sa suppression constituerait un séisme dans les bases de notre droit de la famille, dans la structure de la famille et conduirait à des comportements que la morale et la justice réprouvent. Les pays qui ne confèrent pas de réserve attribuent à certains parents le droit de demander à la succession des aliments ou un « gain de survie » s'ils sont dans le besoin. Les procès en annulation des libéralités y sont quasi systématiques (insanité d'esprit, vices du consentement, abus de faiblesse). La suppression de la réserve du conjoint aurait moins de conséquences dans l'ordre établi ; certains y sont favorables (363).

(362) www.senat.fr/leg/ppl18-710.html.

(363) C.-E. Bucher, *Le droit à réserve du conjoint* : *Defrénois* 2019, n° 46, p. 20 et s. – R. Le Guidec, *L'opportunité de la réserve héréditaire* : *Defrénois* 2019, n° 46, p. 58 et s.

2o Faut-il modifier le *quantum* de la réserve ? Plusieurs possibilités se présentent :

- soit on réduit la réserve à une portion fixe : la moitié par exemple et les descendants se la partagent ;
- soit on réduit le quota 1/3 en présence d'un enfant, 2/3 en présence de deux enfants ou plus, *etc.* (V. la proposition de loi au Sénat, précitée).

Dans ces deux cas, le risque est que cette réserve aboutisse, si la quotité disponible est consommée, à des parts incongrues pour les enfants, un « bout de gras jeté sous la table » au décès de leur auteur (d'autant plus que les assurances-vie, les libéralités rémunératoires, les contributions aux charges du mariage par l'amélioration du bien du conjoint, *etc.*, leur échappent). Il est vrai que 1/20e de plusieurs millions d'euros, c'est déjà beaucoup, mais tout le monde n'est pas milliardaire. Le patrimoine moyen des Français est modeste et comprend en général un pavillon ou un appartement de plus ou moins grande valeur, quelques économies à la banque (mais de moins en moins), et une assurance-vie au profit du conjoint. La loi est faite pour le plus grand nombre et pas pour quelques fortunes de *startupers*. La réserve est pour beaucoup un pécule-retraite que l'on perçoit au moment où les revenus professionnels baissent ; c'est en cela que cet héritage réservé est protecteur des individus.

Une petite réserve ou pas de réserve n'engendre pas vraiment de différence !

Qui seront les bénéficiaires de cette quotité disponible ? Le conjoint, le partenaire ou le concubin survivant, les enfants du dernier lit (voire l'amant ou la maîtresse), mais rarement les fondations ou associations. Ainsi cette « réduction de la réserve » aboutirait à provoquer une inégalité significative entre les héritiers appelés à la succession, alors que la réserve reste malgré tout un pare-feu contre une inégalité trop marquée.

Le contentieux successoral en sera évidemment accru ! La réserve héréditaire est, en ce sens, une sorte de garantie de la paix des familles.

Enfin, il y aurait une immense difficulté de droit transitoire si l'on songe à toutes ces donations entre époux qui, en premier choix, offrent au conjoint survivant d'opter pour le disponible ordinaire... L'accroissement de ce disponible est-il conforme à la volonté du disposant qui avait consenti l'institution contractuelle en considération de quotités précises ?...

Il faudrait dans ce cas impérativement que le législateur précise que l'option ne pourra être plus importante que celle qui s'offrait au gratifié le jour où l'acte de donation a été signé ou le jour où le testament a été fait. Ne reproduisons pas les difficultés de la réforme de 2001.

Les propositions qui pourraient être faites seraient de :

1) maintenir la réserve actuelle et la quotité disponible actuelle au bénéfice de toute personne ;
2) maintenir la quotité disponible spéciale entre époux avec les branches actuelles de l'option ;
3) créer une quotité disponible spéciale entre partenaires ne portant que sur l'usufruit ou droit d'usage et sur le logement commun et les meubles le garnissant ;
4) et créer une quotité disponible spéciale, mais qui ne pourrait bénéficier à des successibles (qualité vérifiée au jour du testament ou de la donation) ni au conjoint (qui lui bénéficie déjà d'un disponible spéciale). Cela vise les tiers (personnes morales ou physiques), mais aussi les non successibles au jour où le testament est fait. Cette solution est ancienne, car « de tout temps » la réserve et corrélativement la quotité disponible ont été critiquées, tantôt par le pouvoir politique et les familles nobles (pour la réserve et contre la quotité

disponible), tantôt par les institutions religieuses (contre la réserve et pour un disponible très large). Les coutumes de notre Ancien droit ont fait des allers-retours parfois en instaurant une quotité disponible réservée à l'Église, parfois en l'excluant. Certaines coutumes allaient même jusqu'à réserver le disponible à des non-parents, les héritiers du sang étant soumis à la stricte égalité. Cette solution a donc été pratiquée et serait de nature à donner satisfaction à tous !

Reste le problème du concubin qui, ainsi, pourrait être traité mieux qu'un époux ou un partenaire : n'est-il pas venu le temps où le législateur devrait fixer des critères objectifs pour déterminer un concubinage ? Le concubin ainsi caractérisé serait exclu de cette quotité disponible spéciale, il ne pourrait recevoir que le disponible ordinaire.

3o Perfectionnement et efficacité : il s'agirait de donner davantage de lisibilité à ce droit des successions, à le rendre plus efficace et peut-être, dans certaines hypothèses, plus juste. Cela pourrait se faire par une remise à plat du système de la dette de valeur, par une redéfinition de la masse de calcul de la quotité disponible (en incluant les assurances de capitalisation), en ajustant les règles relatives à l'imputation des libéralités (notamment celles faites à l'héritier renonçant), en supprimant la double présomption de l'article 918 du Code civil. Cette réforme pourrait également accroître l'efficacité des libéralités en accroissant le domaine de la renonciation anticipée à l'action en réduction et en autorisant des pactes de famille au moyen desquels la réserve héréditaire serait sinon transgressée, au moins aménagée d'un accord unanime. À cet acte pourrait être invité une personne non présomptive héritière qui, par l'intervention des réservataires, serait à l'abri d'une réduction et donc pérennisée dans la propriété du bien qui lui a été donné. Il serait sans doute bon d'accroître les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire.

Le chantier d'une réforme de la réserve héréditaire est aussi intéressant que risqué. En effet, nous nous sommes efforcés de le démontrer, la réserve héréditaire est une des colonnes du temple de notre droit de la famille, voire de notre société. La modifier, ne serait-ce que dans l'un de ses petits éléments, pourrait fragiliser l'édifice et le ruiner. La sagesse du législateur sera mise à rude épreuve !

CHAPITRE II La mise en œuvre de la protection des proches par la réserve héréditaire

2254 **– Plan de l'étude. –** La réserve héréditaire est une protection supérieure du droit à hériter, mais pour certains héritiers seulement. Si elle est un principe supérieur du droit des successions, elle s'oppose à un autre principe d'une valeur encore plus importante : celui de la liberté de tester. Aussi la réserve héréditaire ne peut exister dans un système juridique que dans une double limite : elle ne va bénéficier qu'à certains proches limitativement définis par la loi et pour une quotité également imposée par la loi (**Section I**). Une fois ces héritiers protégés définis, une technique liquidative va permettre de déterminer cette réserve héréditaire et corrélativement la quotité disponible (**Section II**), pour ensuite comparer les libéralités effectuées par le *de cujus* et ces quotités puis en observer leur dépassement ou non (**Section III**). Enfin, si la ou les libéralités sont réductibles, les héritiers réservataires vont pouvoir concrétiser leurs droits réservataires en se faisant indemniser par les gratifiés envers lesquels le *de cujus* a été trop généreux (**Section IV**).

Section I Le cercle des héritiers réservataires

2255 Les descendants ont toujours été réservataires. Le conjoint ne l'est que depuis 2001. Quant aux ascendants, ils ont perdu cette qualité.

2256 **– Les descendants : les réservataires historiques. –** La détermination des héritiers réservataires par la loi revient à définir les personnes envers lesquelles on a le devoir de transmettre un minimum de biens, les proches parmi les proches, les héritiers que la loi présume être ceux, pour le standard juridique, envers lesquels on éprouve le plus d'affection, mais aussi envers qui l'on a le plus de devoirs. Très naturellement les premiers de ces héritiers privilégiés sont les enfants, bien évidemment les descendants au premier degré mais aussi ceux des degrés suivants, c'est-à-dire aussi les petits-enfants et les arrière-petits-enfants. Par contre, pour être réservataire encore faut-il venir en rang utile à la succession, et ce de son propre chef ou par représentation. La nature de la filiation est indifférente : tous les descendants sont réservataires, que leur filiation soit par le sang ou adoptive. Pour cette dernière filiation, il faut simplement ajouter que l'adopté simple n'acquiert pas la qualité de réservataire à l'égard des ascendants de ses parents adoptifs (C. civ., art. 368, al. 2). Les descendants ont toujours été les premiers réservataires, leur vocation successorale est rivée à la qualité de réservataire. La réserve des descendants est donc fondamentale.

2257 **– Le conjoint survivant : le dernier promu. –** Jusqu'en 2001, le conjoint survivant, sur le plan successoral, était le mal-aimé, l'exclu, l'étranger, l'héritier irrégulier. Aussi sa vocation légale était-elle très maigre et dans bien des cas ne lui offrait pas une bonne protection. La loi n° 2001-1131 du 3 décembre 2001, complétée par celle du 23 juin 2006, a non seulement accru de manière conséquente les droits légaux du conjoint survivant, mais lui a, en plus, conféré la qualité d'héritier réservataire en l'absence de descendants. Le conjoint survivant est réservataire dès lors qu'il n'est pas divorcé. Ainsi ni la séparation de corps ni l'ouverture d'une procédure en divorce (par une assignation) ne privent le conjoint de sa réserve héréditaire. Si une convention de divorce par consentement mutuel a été signée mais qu'elle n'a pas été déposée au rang des minutes du notaire, au jour du décès, le divorce n'étant pas effectif, le conjoint demeure réservataire. On peut malgré tout s'interroger sur la pertinence de cette réserve au bénéfice de l'époux survivant. En premier lieu sur un plan purement juridique : le lien de mariage (qui l'unit au *de cujus*) a été fortement fragilisé par les réformes successives du divorce (abaissement des conditions du divorce pour altération du lien conjugal, déjudiciarisation totale de certains divorces, *etc.*). En second lieu, si autrefois on ne se mariait qu'une seule fois et pour la vie, aujourd'hui l'évolution sociale de la famille fait qu'une même personne a pu se marier plusieurs fois. Ainsi, en changeant de conjoint, le réservataire va changer également. Ce qui peut surprendre d'autant plus qu'il va pouvoir recueillir des biens d'origine familiale du *de cujus*, ce à quoi il ne prétend pas vraiment. On revient un peu à la quarte du conjoint pauvre du Code de Justinien (364). Cette nouvelle réserve du conjoint peut se justifier par une sorte de parallélisme à la prestation compensatoire, cette dernière palliant une « perte de train de vie en cas de divorce ». La réserve du conjoint compense la même perte de train de vie, mais en cas de décès de son époux (365).

2258 **– Les ascendants : les derniers relégués ! –** La réserve des ascendants a toujours existé dans notre système juridique, la plupart des anciennes coutumes la reconnaissaient. Les ascendants,

(364) Sur le pour et le contre de la réserve du conjoint : M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2018, n° 309.

(365) L'abaissement du niveau des retraites et plus particulièrement des réversions justifie très certainement cette réserve du conjoint survivant.

souche de la famille, avaient un droit impératif à hériter de leurs enfants. Cette réserve était naturelle dans l'ancienne société française imbibée par cette forte solidarité intergénérationnelle. Les nouvelles configurations de la cellule familiale, l'affaiblissement de la solidarité entre ses membres (dont le cercle diminue) et la volonté de faire une place au conjoint survivant ont poussé le législateur à sacrifier la réserve des ascendants. Aussi la loi du 23 juin 2006 a-t-elle abrogé la réserve des ascendants (366). Il a toutefois été accordé un maigre substitut aux ascendants privilégiés désormais titulaires d'un droit de retour (C. civ., art. 732-8), lequel n'est pas véritablement une bonne protection en raison de son côté obscur (367) et de sa maigreur.

Section II Le calcul de la réserve

2259 La réserve héréditaire et la quotité disponible sont les deux parts qui divisent le patrimoine du défunt. La détermination de l'une permet par déduction celle de l'autre ; elles sont complémentaires. On les détermine par application d'un quotient (**Sous-section II**) sur une masse de calcul purement théorique (**Sous-section I**).

Sous-section I La masse de calcul de la réserve

2260 Cette masse de calcul de la quotité disponible dont la règle est énoncée à l'article 922 du Code civil comprend l'actif net existant (**§ I**) auquel on réunit fictivement tous les biens dont le *de cujus* a disposé à titre gratuit de son vivant (**§ II**).

§ I L'actif net existant

A/ Les biens laissés par le défunt

2261 **– L'actif existant. –** Les premiers éléments de cette masse sont les biens que le défunt laisse à son décès, même ceux dont il a disposé par testament. Il s'agit des biens dont le *de cujus* était encore propriétaire à son décès : les objets mobiliers meubles meublants, les avoirs bancaires et financiers, les véhicules, les fonds de commerce, les parts de société, les biens immobiliers, les droits pécuniaires de l'auteur, *etc*. Ces biens intègrent la masse pour leur valeur au jour du décès (et pas celle au jour où la liquidation et le partage sont faits). L'inventaire successoral prend ici toute son importance et il ne peut qu'être conseillé à l'héritier qui envisage d'intenter une action en réduction de requérir sans tarder l'inventaire successoral qui comprendra obligatoirement la prisée du mobilier ainsi que l'analyse des titres et des papiers du défunt (368). Seule la date du décès étant considérée pour établir cette masse de calcul, les fruits et intérêts des biens successoraux postérieurs au décès en sont exclus, tout comme les intérêts des indemnités de rapport (369). Cette masse, pure-

(366) P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, no 724 : « Les vieux à la trappe, le conjoint au festin ? ». – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 313.

(367) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 313.

(368) Nous nous permettons de rendre un discret hommage à ce notaire averti qui, dans la sagesse de son expérience, vantait les qualités d'un inventaire bien fait, et sa réflexion se résumait en une phrase : « Avec un inventaire complet et fait avec soin, la liquidation et le partage sont presque faits ! ». Nous ajouterons que si un acte est protecteur des ayants cause et donc des proches, c'est bien l'inventaire successoral qui, par sa nature conservatoire et sa présomption d'exhaustivité, est une garantie de respect des droits héréditaires et de l'exécution des volontés du défunt. Nous déplorons le recours à l'inventaire pour des raisons principalement fiscales (pour écarter le forfait mobilier).

(369) Cass. 1re civ., 2 nov. 2013, no 12-16.625.

ment mathématique et théorique, se distingue de la masse à partager à laquelle ces revenus indivis appartiennent. Pour un époux commun en biens, l'actif existant comprendra évidemment la moitié du boni de communauté à laquelle seront ajoutés ses propres et éventuellement le solde de son compte de récompenses.

B/ Les successions anomales

2262 Il s'agit des successions dont la dévolution n'a pas lieu selon les règles classiques déterminées par le lien qui unit le successeur et *de cujus*, mais en fonction de l'origine ou de la nature des biens ainsi transmis (370).

2263 **– Les biens soumis à un droit de retour légal. –** Cette question ne se pose que pour la réserve du conjoint survivant puisqu'il n'y a jamais retour légal en présence de descendants. Si ces biens n'ont pas été légués, ils retournent par le fait du décès dans le patrimoine des bénéficiaires du retour. Ils disparaissent de la succession, la succession anomale s'ouvre pleinement et, la réserve ne s'appliquant qu'à la succession ordinaire, ils ne doivent pas intégrer la masse de calcul. Par contre, si ces biens ont été légués, alors le droit de retour ne s'ouvre pas et ils doivent figurer dans l'actif existant : il s'agit du droit de retour des frères et sœurs (371). Pour le droit de retour des père et mère, la question est plus complexe dans la mesure où il s'agit d'un droit d'ordre public et que les biens font retour au parent, mais à titre d'attribution de leur part dans la succession. Il semble donc bien difficile de les soustraire de cette masse de calcul (372).

2264 **– Propriété littéraire et artistique. –** On sait que l'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle attribue au conjoint survivant l'usufruit des droits d'exploitation dont l'auteur n'a pas disposé. Mais le texte ajoute qu'en présence de réservataires, ce droit d'usufruit est réduit suivant les « proportions et distinctions établies par l'article 913 du Code civil ». La question est de savoir si ces biens intègrent la masse de calcul de la succession ordinaire ou s'il faut appliquer les quotités de l'article 913 sur ces droits pécuniaires en se fondant sur le caractère anomal de cette dévolution. La doctrine est divisée et la jurisprudence ne permet pas de dégager une solution (373).

C/ Les déductions

2265 **– Le passif et les charges de succession. –** Doivent être déduits de l'actif existant :

- toutes les dettes du défunt au jour de sa mort (exigibles ou non encore exigibles) ;
- son éventuel solde débiteur de compte de récompense s'il était soumis à un régime de communauté) ;
- certaines charges de succession comme les frais funéraires, les frais de logement du conjoint ou du partenaire, la créance de salaire différé ou la créance du conjoint collaborateur, les frais de liquidation et de partage de la succession (ne sont pas déduits les frais de délivrance de legs [cf. C. civ., art. 1016], ni les droits de mutation par décès).

Le total du passif et des charges est alors déduit du total de l'actif existant. Est ainsi déterminé l'actif net existant auquel il faut désormais réunir fictivement les donations consenties par le défunt.

(370) V. la définition du mot « anomal » dans le *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2018, *op. cit.*

(371) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 798. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, n° 708. V. toutefois *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, n° 32734 dont les auteurs intègrent systématiquement les biens objets du retour à la masse de calcul. La question n'est au demeurant pas tranchée en jurisprudence et se présente assez rarement en pratique.

(372) En ce sens M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 798. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, n° 32734.

(373) Sur cette question M. Grimaldi : *RTD civ.* 2015, p. 920 et B. Vareilles, *La donation de biens à venir au conjoint survivant de l'écrivain* : *JCP* N 2015, 1165.

§ II La réunion fictive des donations

2266 **– Objectif : la reconstitution du patrimoine du *de cujus*. –** La réserve héréditaire par essence est une limitation au droit de disposer à titre gratuit à cause de mort ou entre vifs. Aussi l'on ne saurait la calculer sur les seuls biens existants. Il faut donc reconstituer le patrimoine que le *de cujus* aurait laissé à son décès s'il n'avait pas consenti de libéralité et plus particulièrement de donation (374). Il y a donc lieu de réunir « fictivement » les donations que le *de cujus* a consenties à l'actif net existant. Il s'agit là d'une opération purement comptable et cette masse de calcul ne saurait en rien être confondue avec une quelconque masse à partager ; cette réunion fictive n'impose pas au donataire de restituer le bien donné. La réunion fictive des donations implique deux questions : les donations concernées et la valeur prise en compte pour cette réunion.

A/ Les donations concernées et les actes exclus

2267 **– Les libéralités soumises à réunion fictive. –** Le principe est la soumission de toutes les donations à la réunion fictive (375).

- Ainsi la qualité des donataires est indifférente ; qu'ils soient successibles ou non, les donations dont ils ont bénéficié sont à intégrer à cette masse de calcul.
- La forme de la donation est également indifférente : donation ostensible, don manuel, donation déguisée ou indirecte, toutes sont soumises à la réunion fictive !
- La nature de l'objet de la donation est également indifférente, il peut s'agir de biens donnés prélevés sur des revenus ou sur du capital.
- La nature même de la donation est également indifférente : les donations par contrat de mariage, les donations-partages, les donations-partages transgénérationnelles, donation résiduelle ou graduelle, *etc.*
- Enfin, les donations sont à réunir fictivement sans considérer leur régime successoral en ce sens que les donations hors part successorale y sont soumises comme celles en avancement de part successorale.

2268 **– Les pseudo-libéralités exclues de la réunion fictive. –** Ne sont pas soumis à la réunion fictive :

- les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation et d'apprentissage, de noces ainsi que les présents d'usage et les donations rémunératoires ;
- n'est pas intégré à la masse de calcul de la réserve héréditaire le bénéfice des assurances-vie (C. assur., art. L. 132-13) sauf si les primes sont manifestement exagérées.

Toutes ces opérations sont exclues, par principe, de la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve héréditaire. Toutefois, il est admis que le *de cujus*, manifestant une volonté contraire, puisse faire en sorte de les y inclure (376).

Échappent à cette réunion fictive les revenus et fruits des biens donnés procurés au donataire depuis la donation jusqu'au décès, tout comme ils échappent au rapport (377).

2269 **– La présomption de l'article 918 du Code civil. –** Une des difficultés en la matière est de prouver l'existence de l'acte de donation soumis à réunion fictive. La preuve se fait par écrit,

(374) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 803. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 707.
(375) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 804. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 710 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, n°s 32750 et s.
(376) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 804, *in fine* ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, n° 32775.
(377) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, n° 32780.

mais pourra avoir lieu par tous moyens. À titre exceptionnel, l'article 918 du Code civil soumet impérativement à la réunion fictive des libéralités la valeur en pleine propriété des biens vendus par le *de cujus* à un successible en ligne directe à charge de rente viagère, à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit (378). Cette règle est une présomption irréfragable de donation déguisée pour un tel acte de vente. À cette première présomption s'ajoute la seconde : la donation est présumée avoir été consentie hors part successorale de sorte qu'elle s'imputera sur la quotité disponible. Le surplus sera sujet à réduction. Cette double présomption s'impose même si le donataire justifie avoir payé le prix, notamment par la souscription d'un emprunt à cet effet (379). Les héritiers qui auraient consenti à l'acte ne peuvent toutefois pas en demander la réduction. Ce texte, en raison de sa sévérité et des conséquences particulièrement graves pour son « bénéficiaire », est d'interprétation stricte. Aussi il ne s'applique pas si le successible n'avait pas la qualité d'héritier au jour de l'acte (380). Cette disposition a souvent été jugée excessive (381). Pour autant, le Conseil constitutionnel, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité, ne l'a pas considérée comme portant une atteinte disproportionnée aux motifs d'intérêt général qui fonde cet article (c'est l'ancienne rédaction de l'article 918 qui était soumise au Conseil constitutionnel, mais la réponse nous paraît parfaitement transposable à sa rédaction actuelle) (382).

Les avantages matrimoniaux et la réunion fictive

La nature des avantages matrimoniaux a, depuis la construction de cette notion, toujours suscité des doutes tant elle est entourée d'une épaisse nuée (383). Tantôt libéralité tantôt convention de mariage, l'avantage matrimonial a une nature incertaine et ambivalente, et est soumis à des régimes juridiques différents selon la situation. S'agissant du calcul de la réserve héréditaire, le principe est son exclusion de la masse de calcul, car il n'est pas assimilable à une libéralité. Toutefois, si l'avantage matrimonial en question fait l'objet d'une action en retranchement (384), alors il dégénère en donation par contrat de mariage et doit donc à ce titre être réuni fictivement à la masse de calcul (385). Cette règle résulte de l'article l527, alinéa 2 du Code civil. Il est toutefois possible aux bénéficiaires de cette action en retranchement d'y renoncer par anticipation, dans les mêmes conditions que la renonciation anticipée à l'action en réduction.

(378) M. Nast, *Conditions d'application et conséquences pratiques de la présomption établie par l'article 918* : *Defrénois* 1930, 22550. – F. Gisserot, *Pour une nouvelle lecture de l'article 918 du Code civil* : *Defrénois* 1979, 1441. – N. Bargue, *De quelques difficultés d'application de l'article 918 du Code civil* : *Defrénois* 2010, 165. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2013, no 1175.

(379) Cass. 1re civ., 29 janv. 2014, no 12-14.509.

(380) Vente au petit-fils avant le décès ou la renonciation de son père (Cass. 1re civ., 17 mars 1983 : *RTD civ.* 1983, 175, obs. J. Patarin), filiation établie après la signature de cet acte (Cass. 1re civ., 23 févr. 1994 : *Defrénois* 1994, art. 35856, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1994, 921, obs. J. Patarin).

(381) Cass. 1re civ., 12 juin 2013, nos 12-14.509 et 13-16.511.

(382) Cons. const., 1er août 2013, no 2013-337 QPC.

(383) Sur la notion d'avantage matrimonial, lire notamment : F. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse, Paris 2, 1987. – C. Saujot, *Les avantages matrimoniaux* : *RTD civ.* 1969, p. 699. – B. Beignier, *Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ?*, in *Mél. B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 33. – A. Tisserand-Martin, *Réflexion autour de la notion d'avantage matrimonial*, in *Mél. J. Béguin*, Litec, 2005, p. 754. – I. Dauriac, *Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ?*, *in* colloque Rouen, « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », Dalloz, 2010, p. 25 et s. – E. Rousseau, *De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial*, in *Mél. G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 711 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, nos 29525 et s. – Cass. 1re civ., 29 nov. 2017, no 16-29.056 : *RTD civ.* 2018, p. 201 et 204, obs. B. Vareille ; *Rép. dr. civ.* Dalloz, Vo *Avantage matrimonial*, par B. Vareille. – 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, nos 2328 et s.

(384) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, nos 29470 et s.

(385) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, no 32780.

Une fois qualifiée de libéralité soumise à la réunion fictive, le liquidateur doit déterminer la valeur qui doit être ajoutée à cette masse de calcul.

B/ L'évaluation des donations réunies fictivement

2270 **– Le principe de la dette de valeur. –** L'idée qui préside à la valorisation des biens réunis fictivement, comme en matière de rapport, est de considérer que le bien est resté dans le patrimoine du *de cujus*, comme s'il ne l'avait pas donné. Aussi l'article 922 du Code civil prescrit-il de prendre en considération, au jour du décès, la valeur du bien donné dans l'état où il était au jour de la donation. Les améliorations faites par le donataire n'ont pas à profiter aux autres successeurs. Corrélativement, sa mauvaise gestion ne doit pas leur nuire. Il n'y a pas lieu d'opérer de distinction entre l'état juridique et l'état matériel. Les plus-values ou moins-values fortuites sont à prendre en considération. Si le bien donné a péri par cas fortuit, alors il n'a pas à être réuni fictivement. Par contre, s'il a péri par la faute ou la négligence du donataire, il doit en ce cas être intégré à la masse pour la valeur qu'il aurait eue au décès, s'il n'avait pas disparu. Tout comme en matière de rapport, il est vivement conseillé, dans le but de préserver et donc de protéger les intérêts de chacun, et pour une liquidation juste et équitable de la succession, d'établir un état précis des biens donnés (386). Pour un immeuble, il pourra s'agir d'un état des lieux accompagné de photographies et éventuellement d'un diagnostic ou descriptif établi par un homme de l'art (un architecte ou un expert).

La préconstitution de la preuve de l'état de titres sociaux au jour de la donation

Le mécanisme de la dette de valeur et les titres sociaux ne font pas toujours bon ménage. En effet le patrimonialisme, pour calculer la dette de valeur que ce soit au titre de la liquidation d'un régime matrimonial ou d'une succession, doit apprécier la valeur de ces titres soit au jour du décès (réunion fictive), soit au jour de la liquidation-partage (récompense, créance de participation), mais dans l'état où le bien était lorsqu'il est entré dans le patrimoine du débiteur de la dette de valeur. Or une société a une vie ; son activité et donc sa valeur sont fonction certes de la conjoncture économique, mais aussi de l'énergie déployée et des décisions prises dans sa gestion. Si le donataire a pris part de manière importante à la gestion de l'entreprise et a donc eu une influence certaine dans l'évolution de sa valeur, il y aura lieu de lui en tenir compte. La difficulté réside dans la distinction entre la variation normale du titre social et celle due au donataire. Il pourra donc être utile d'annexer à l'acte de donation non seulement une attestation de l'expert-comptable sur la valeur des titres donnés, mais aussi les comptes sociaux (comptes de résultat et bilan), ce qui pourra permettre d'apprécier à la fois le patrimoine de la société et son activité (387).

(386) Cass. 1re civ., 11 sept. 2013, no 12-17.077 : *Bull. civ.* 2013, I, no 168 ; *RTD civ.* 2013, 879, obs. M. Grimaldi ; *JCP* N 2014, 1147, no 8, obs. M. Grimaldi. – B. Vareille, *L'état d'un terrain donné et la mise en œuvre de la liquidation successorale* : *Defrénois* 28 févr. 2015, p. 180 (terrain constructible au jour de la donation, le donataire y ayant à la suite de la donation construit sa maison, puis devenu inconstructible ; la Cour suprême a confirmé que la valeur à prendre en compte est celle de la valeur du terrain agricole. Cette solution a pu être critiquée, car le profit subsistant est bien supérieur dans la mesure où le terrain est désormais construit et si la construction est licite, il pourra reconstruire sa maison à l'identique en cas de sinistre même si le PLU a changé et sauf disposition contraire de ce PLU [les règles de la subrogation en elle-même justifieraient une autre valeur égale au profit subsistant], V. F. Letellier, *La proportionnalité liquidative* : *Defrénois* 2016, p. 429).

(387) En ce sens : Cass. 1re civ., 24 oct. 2012, no 11-21.839. – Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, no 09-11.633.

2271 – L'aliénation du bien donné et la subrogation. – L'article 922 du Code civil ajoute que si le bien (388) a été aliéné par le donataire, la valeur prise en compte est celle au jour de l'aliénation, mais toujours dans son état à l'époque de la donation. Par aliénation, il pourra s'agir d'un acte à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans ce dernier cas, la valeur au jour de l'aliénation sera *a priori* le prix de vente, mais il sera possible de retenir la valeur réelle du bien au jour de la vente ou la valeur de ce bien en faisant abstraction des plus-values apportées par le donataire lui-même (389). Comme bien souvent en droit, tout est question de preuve ! Si le prix de vente de ce bien donné n'a pas été employé dans un nouveau bien, alors la valeur à considérer dans la réunion fictive est gelée et ne variera plus. Par contre, si le prix de vente a été utilisé pour acquérir tout ou partie d'un nouveau bien, alors c'est la valeur, au jour du décès, de ce bien (ou de la quote-part de ce bien) ainsi acquis qui est prise en compte. Ce nouveau bien doit être apprécié dans son état au jour de son acquisition. Cette subrogation peut être totale ou partielle en ce sens qu'une partie du prix du bien donné sera employée dans l'acquisition d'un nouveau bien et l'autre partie ne le sera pas. Une partie de la réunion fictive sera alors soumise au valorisme (profit subsistant), et l'autre partie au nominal (somme encaissée).

Si le bien acquis par subrogation est un bien de consommation, c'est-à-dire un bien dont la dépréciation est inéluctable au jour de son acquisition, la valeur à retenir pour la réunion fictive est alors celle du bien donné au jour de son aliénation. La subrogation ne joue pas. Cette dernière précision, fort logique et juste, a été apportée par la loi du 23 juin 2006.

Donations en démembrement de propriété et réunion fictive

Plusieurs cas sont à distinguer.

- Dans la première hypothèse, le démembrement de propriété a disparu au jour de la réunion fictive (au décès). Cela vise les cas où le *de cujus* a consenti une donation en se réservant l'usufruit du bien donné. La pleine propriété est alors reconstituée sur la tête du donataire devenu plein propriétaire (390). Pour les donations d'usufruit (le donateur s'en étant réservé la nue-propriété), et si cet usufruit s'est éteint du vivant du donateur (soit l'usufruitier lui est prédécédé, soit il s'agissait d'un usufruit temporaire dont le terme était atteint), la question est de savoir si l'usufruit donné étant égal à zéro n'est pas réuni fictivement ou bien s'il devrait en être tenu compte en le faisant figurer dans la masse de calcul non pas au titre de la réunion fictive, mais au titre des biens existants. Ces règles, que ce soit au titre du rapport ou au titre de la réduction, peuvent paraître inéquitables et non protectrices car celui qui n'a reçu que de la nue-propriété (et donc n'aura perçu aucun revenu sur le bien donné) est traité à l'identique de celui qui a reçu la pleine propriété. Un mouvement doctrinal semble émerger pour contester ces règles (391).

(388) Il n'y a pas lieu de s'adonner à une subtile distinction entre biens et droits. Sur le plan de la réunion fictive et du rapport, tous les droits patrimoniaux sont des biens (en ce sens : Cass. 1re civ., 17 oct. 2019, no 18-22.810 : *Defrénois Flash* 4 nov. 2019, p. 8).

(389) M. Grimaldi, *op. cit.*, no 812 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, *op. cit.*, no 32790.

(390) Pour le rapport : Cass. 1re civ., 5 févr. 1975 : *Bull. civ.* 1975, I, no 52. – Cass. 1re civ., 28 sept. 2011, no 10-20.354. Pour la réduction : Cass. 1re civ., 14 oct. 1981 : *JurisData* no 1981-003102.

(391) En matière de rapport : S. Ferré-André, *L'usufruit dans les libéralités à l'épreuve du temps*, in *Mél. R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 403. – M. Chetaille, *L'aide organisée* : *JCP* N 2013, p. 1113 ; *contra* M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 815 et *Retour sur les donations de fruits et revenus, à propos de la mise à disposition d'un logement*, in *Mél. G. Champenois, Defrénois*, 2012, p. 437. – C Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 716 (sur cette question, lire égal. P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 738). La Cour de cassation semble confirmer cette dernière solution : Cass. 1re civ., 17 oct. 2019, no 18-22.810 : *Defrénois Flash* 4 nov. 2019, p. 8.

- La seconde hypothèse concerne les cas où, au décès, l'usufruit n'est pas éteint soit qu'il bénéficie à un tiers (par ex., un usufruit réversible), soit qu'il s'agit d'un usufruit constitué sur la tête du donataire encore vivant au décès du *de cujus*. Il y a lieu alors d'ajouter la valeur de ces droits d'usufruit donné à la masse de calcul, la nue-propriété correspondant y figurant soit au titre de la réunion fictive si elle a été donnée, soit au titre de l'actif existant si le défunt en demeurait titulaire. Il y aura seulement une incidence sur l'imputation, pour laquelle on peut soit convertir en valeur les droits démembrés, soit les imputer en assiette.

2272 **– Les donations-partages unanimes. –** Une exception importante à la règle d'évaluation au décès des biens donnés en vue de leur réunion fictive existe lorsque ces biens ont été donnés au moyen d'une donation-partage. En effet, l'article 1078 du Code civil prescrit que les biens donnés doivent être pris en compte pour le calcul de la quotité disponible et l'imputation pour leur valeur au jour non pas du décès, mais de la donation-partage. Cette règle, protectrice des copartagés, est soumise à plusieurs conditions (392) :

- tous les réservataires doivent avoir été allotis à l'acte de donation-partage et doivent l'avoir acceptée (393) ;
- l'acte de donation-partage ne doit pas porter sur une somme d'argent avec réserve d'usufruit ;
- il ne doit pas avoir été stipulé à l'acte la non-application de l'article 1078 du Code civil, qui n'est pas d'ordre public.

Si toutes ces conditions sont remplies, la valeur des biens donnés à retenir pour le calcul de la réserve héréditaire et de la quotité disponible est donc celle au jour de la donation-partage. Si la valeur des biens a augmenté de par la seule conjoncture économique, la non-prise en considération de ces plus-values dans le calcul de la quotité disponible réduit proportionnellement sa quotité disponible. Si l'auteur de la donation-partage privilégie la protection de ses successibles contre une éventuelle remise en cause des attributions par le jeu de la réduction des libéralités, alors l'article 1078 du Code civil a vocation à le satisfaire. Par contre, s'il considère primordiale sa liberté de disposer à titre gratuit et plus particulièrement par testament, alors il lui sera vivement conseillé d'écarter l'article 1078 dudit code.

Reste la question de l'application de l'article 1078 du Code civil à de la nue-propriété. Certains auteurs considèrent qu'il y a de considérer les lots dans leur valeur au jour de la donation-partage, et qu'en conséquence les biens devraient être incorporés à la masse de calcul pour la valeur de leur nue-propriété au jour de la donation (394). Toutefois, il est sans doute préférable, faute de texte précis pour une telle dérogation, d'appliquer le principe général, à savoir d'intégrer la valeur en pleine propriété du bien pour sa valeur et donc son état au jour de la donation-partage (395).

2273 **– Appréciation de ces règles au regard de la protection des protagonistes. –** Que penser de ce système de la dette de valeur ? La difficulté majeure de ce mécanisme de la dette de valeur réside dans l'appréciation de cet état « d'origine » du bien et sa valorisation plusieurs décennies après la donation. Dans la plupart des cas, il n'aura pas été établi

(392) Sur ces conditions, M. Grimaldi, *Libéralités-partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1834.
(393) Il est évident qu'il doit s'agir d'une véritable donation-partage et non pas d'une donation comprenant des parts indivises, hypothèse dans laquelle l'acte est disqualifié en donation simple et perd automatiquement le bénéfice de l'article 1078 du Code civil.
(394) N. Randoux et P. Caignault, *Les fruits et revenus à l'épreuve du rapport* : *JCP* N 2012, n° 1241, § 10.
(395) En ce sens : P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, *Defrénois*, 3e éd. 1982, p. 294, note 457.

d'inventaire de cet état du bien et de ses équipements au moment de la donation. Et très souvent, il sera difficile voire impossible d'apprécier les améliorations réalisées par l'héritier.

Par ailleurs, certaines évolutions de cet état peuvent susciter quelques difficultés importantes :

- prenons l'exemple où le bien donné est une entreprise (ou des titres sociaux représentatifs d'une entreprise) dans laquelle le donataire a exercé des fonctions de dirigeant. N'est-il pas vain de vouloir dissocier les plus-values dues à l'activité du donataire dirigeant de celles dues à la simple évolution économique ? Les précautions que nous venons de voir ne seront pas toujours suffisantes.
- Qu'en est-il également d'un portefeuille de titres où les opérations d'arbitrage, l'exercice de droits préférentiels de souscription, l'attribution d'actions nouvelles au lieu et place de dividendes se sont succédé sur de nombreuses années ?... Le calcul de cette indemnité de rapport devient un travail de bénédictin quasiment impossible.

La subrogation n'est-elle pas allée un peu trop loin dans la dette de valeur (V. *supra*, n° 2186) ?

Dans ces conditions mieux vaut être simple emprunteur plutôt que gratifié (396), mieux vaut être cigale que fourmi, et en somme l'enfant prodigue demeure le préféré, mais cela n'est pas nouveau (397).

De même, les difficultés probatoires que nous avons vues il y a quelques instants s'amplifient avec la subrogation. En effet, comment prouver que, l'argent, bien fongible par excellence, provenant de la vente d'un bien, a servi à acquérir tout ou partie d'un autre bien ?

Prenons un nouvel exemple : si le donataire a vendu son bien 100 000, a encaissé le prix sur son compte courant déjà bien garni d'une somme identique et, dans la foulée, achète une voiture pour 100 000 et un appartement à Arcachon pour 100 000 €. Ses cohéritiers vont revendiquer le rapport pour la valeur de l'appartement au jour du partage, car il a tout simplement doublé de valeur alors que la voiture, parce que ce n'est pas une Bugatti, vaut trois fois moins (398) ! Bien malin celui qui aura la réponse !

Et puis compliquons encore un peu. Imaginons que le bien subrogé a été amélioré par le gratifié. Alors bien évidemment et en toute logique, il faudra faire abstraction de ces améliorations. Et si le prix d'acquisition était inférieur au prix de vente du bien donné, alors le rapport ou la réunion fictive sera mixte : pour partie la subrogation jouera, et pour le reste, ce sera le nominal.

La tâche du liquidateur sera d'autant plus lourde que cette subrogation peut jouer... à l'infini.

Pour ces raisons peut-être devrions-nous nous interroger sur la pertinence et l'équilibre de cette subrogation dans la dette de valeur. Ne pourrait-on pas arrêter le jeu de la dette de valeur dès lors que le bien donné a été aliéné ? La valeur à prendre en compte serait alors le prix de vente qui pourrait être revalorisé selon un indice tel que celui des prix à la

(396) Sur le rapport des dettes qui se fait au nominal emprunté par le débiteur V. : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n^os^ 876 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 1041 et s.

(397) Saint Luc, Ch. XV, v. 11 à 32.

(398) Dans ce cas, le rapport est égal au prix d'acquisition du véhicule car sa dépréciation était inéluctable (V. C. civ., art. 860 pour le rapport et art. 922, al. 2 *in fine* pour la réduction).

consommation (399). Ce système de revalorisation serait sans doute plus juste, plus prévisible et plus simple à pratiquer, car, avouons-le, l'application parfaite de ces principes relève le plus souvent de l'utopie (400).

L'opération soi-disant purement mathématique n'est donc pas si simple malgré son caractère objectif, outre qu'ici, elle ne nous semble pas très équitable.

Sous-section II Les quotients de la réserve et de la quotité disponible : l'équilibre mathématique entre les proches

2274 Une fois la masse de calcul chiffrée, il y a lieu de lui appliquer un quotient pour déterminer d'un côté la réserve héréditaire, et corrélativement de l'autre côté la quotité disponible. Le taux de la réserve varie en fonction de la qualité du proche qu'elle protège : conjoint ou descendant (**§ I**). Le niveau de protection du réservataire est plus ou moins fort selon la qualité du gratifié. Dans ce cas, il y a un arbitrage délicat entre la protection du conjoint survivant et celle des descendants et éventuellement d'autres gratifiés (**§ II**).

§ I La protection des plus proches (descendants et conjoint)

2275 Il s'agit de fixer la quotité disponible ordinaire et donc la réserve des descendants et du conjoint.

2276 **– La protection des descendants. –** À la date de rédaction du présent rapport, la quotité disponible dépend du nombre d'enfants laissés par le *de cujus*. Ainsi l'article 913 du Code civil énonce qu'en présence d'un enfant, la quotité disponible est de moitié et la réserve de moitié ; en présence de deux enfants, la quotité disponible est d'un tiers et la réserve des deux tiers ; et en présence de trois enfants ou plus, la quotité disponible est du quart et la réserve héréditaire des trois quarts. La quotité disponible en présence de descendants ne peut donc jamais être inférieure au quart de la succession, ce qui est de nature à garantir le principe d'une liberté testamentaire. Il s'agit là du montant de la réserve globale, laquelle se divise en fonction du nombre d'enfants. Si la succession est dévolue à des descendants de degré subséquents (petits enfants), la réserve globale est répartie par souche. L'enfant renonçant, censé n'avoir jamais existé au regard de la succession, n'est pas pris en compte pour ce calcul (C. civ., art. 913, al. 2). De la même manière, l'enfant indigne ne compte pas pour ce calcul. Tant la renonciation que l'indignité (401) ne bénéficient pas aux autres enfants, et c'est quelque part la volonté de la victime de l'indignité qui est ainsi protégée. Il faut ajouter qu'il existe deux exceptions à l'exception : si le renonçant ou l'indigne est lui-même représenté par ses descendants, ou si le renonçant a reçu une donation dans laquelle figure la clause dite « de rapport en cas de renonciation » prévue à l'article 845 du Code civil. Dans

(399) À l'image du nouveau régime optionnel franco-allemand de la participation aux acquêts. Sur cette question : P. Murat : *JCP* N 2015, art. 1078, spéc. nos 23 et s. V. égal. l'étude de Q. Guiguet-Schielé, *Participation aux acquêts : quelle proportionnalité ?* : *Defrénois* 2016, no 8, dossier « La proportionnalité en droit patrimonial de la famille ».

(400) La justification de la dette de valeur consistant en l'idée que le résultat doit être le même quelle que soit la modalité en valeur ou en nature, car par hypothèse la réduction en nature n'est plus possible, le bien n'étant plus là.

(401) Sur l'indignité successorale : C. civ., art. 726 et s. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 105 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 67 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 108 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 21570 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 45 et s.

ces deux cas, le renonçant ou l'indigne est pris en compte et la réserve globale est répartie par souche et au sein de chaque souche par tête. La part de réserve reçue par chacun constitue sa réserve individuelle.

2277 **– La réserve du conjoint. –** L'article 914-1 du Code civil confère au conjoint survivant une réserve héréditaire d'un quart (en l'absence de descendant bien évidemment). Étant seul à bénéficier de cette réserve, la notion de réserve globale n'a pas de sens sauf s'il existe une situation polygamique née régulièrement à l'étranger et qui serait reconnue en France. Dans ce cas, les conjoints survivants se partageraient cette réserve par tête.

§ II La protection renforcée mais facultative du conjoint survivant

2278 Il n'y a jamais cumul de réserve entre les descendants et le conjoint survivant. Toutefois, en présence d'un conjoint survivant, la réserve des descendants va être atténuée à son profit : le conjoint survivant bénéficie alors d'une quotité disponible spéciale. Cette dernière va permettre au *de cujus* d'aller au-delà de la dévolution légale pour protéger son conjoint. L'usage de cette protection volontaire passe nécessaire par une libéralité, soit une donation en cas de survie (institution contractuelle), soit un testament.

2279 **– La quotité disponible entre époux : une protection « à la carte ». –** L'article 1094-1 du Code civil (402) énonce que la quotité disponible entre époux est égale soit :

- à la quotité disponible ordinaire (la moitié, un tiers ou un quart) ;
- à la totalité en usufruit (la réserve est donc de la totalité en nue-propriété) ;
- à un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit.

On voit bien qu'avec ces quotités offertes au conjoint survivant (403), le législateur a voulu lui donner une protection différente tout en ménageant les droits des réservataires. Ainsi le conjoint survivant pourra, en présence d'une libéralité qui lui confère ce choix, toujours bénéficier de l'usufruit de toute la succession, ce qu'un étranger ne pourra jamais avoir. De manière assez symétrique, le conjoint survivant ne pourra jamais percevoir en pleine propriété plus qu'un étranger le pourrait. Il s'agit d'un compromis de protection entre les uns et les autres.

La donation entre époux, toujours une bonne protection !

Il est vrai que depuis que la loi du 23 juin 2006 a porté la vocation légale du conjoint survivant à la totalité en usufruit des biens de la succession (en l'absence d'enfant issu d'un autre lit), on peut s'interroger sur l'utilité des dispositions à cause de mort conférant au survivant ce disponible spécial. La vocation légale serait une protection suffisante du conjoint. Ce raisonnement légitime est sans doute un peu rapide, car la donation entre époux (ou un testament léguant au conjoint survivant cette quotité disponible spéciale) conserve son intérêt au regard de la protection de ce conjoint :

- en présence d'enfant non commun, le survivant n'a droit, en vertu de sa vocation légale, qu'à un quart en pleine propriété (C. civ., art. 757), ce qui ne lui permet pas d'avoir la jouissance des biens de la succession (domicile), sauf à opter pour le droit viager au logement. Une libéralité entre époux permet de combler ce déficit de protection ;

(402) L. n° 63-699, 13 juill. 1963.

(403) M. Grimaldi, *Droit des successions*, nos 327 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 731 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 439 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 611 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 28965 et s.

- l'usufruit légal du conjoint survivant est de moindre étendue que l'usufruit qu'il tient d'une libéralité. En effet, les donations que le survivant a pu recevoir du *de cujus* s'imputent sur ses droits légaux. Aussi cela lui sera décompté sur les biens existants dont il ne pourra bénéficier que pour partie (en usufruit) (404) ;
- le conjoint survivant pourra cantonner son émolument à tel ou tel bien (C. civ., art. 1094-1), alors que son usufruit légal s'exerce sans distinction, même sur les biens qu'il ne veut pas ou ceux dont il n'a pas l'utilité ou qui sont plus une charge qu'un bénéfice ;
- enfin, ajoutons que l'option entre les trois actuelles possibilités offertes au conjoint lui permet également d'adapter son choix aux circonstances présentes lors du décès. Cette option n'est pas neutre fiscalement, dans la mesure où elle détermine les droits des autres héritiers et le montant des droits de succession y afférents.

– L'exercice de l'option par le conjoint. – L'option à exercer par le conjoint survivant est un droit discrétionnaire et nul ne pourrait contester son choix. Pour être opposable aux descendants, l'acte d'option devra leur être signifié par acte d'huissier sauf à ce qu'ils interviennent audit acte pour en prendre connaissance et dispenser d'une telle signification. En cas de décès du conjoint survivant avant l'option, à la différence de ce que le Code civil prévoit pour ses droits légaux, l'option sera transmise à ses héritiers (405) qui choisiront la quotité qui leur sera la plus avantageuse (en pleine propriété car l'usufruit du conjoint, par définition, s'est éteint), sauf si la libéralité a prévu qu'à défaut d'option de son vivant le conjoint est réputé avoir opté pour l'universalité en usufruit (406). **2280**

L'option du conjoint en usufruit et la protection du nu-propriétaire réservataire

Il est tentant de vouloir protéger au maximum le conjoint survivant titulaire de droits en usufruit et de le dispenser de toutes les obligations qui visent à garantir au nu-propriétaire qu'il récupérera ses biens. Ces garanties sont l'obligation de fournir caution, de dresser inventaire des meubles ainsi que de l'état des immeubles, et qu'il soit fait emploi pour les sommes d'argent (quasi-usufruit). Précisons simplement que le disposant, dans l'acte constitutif de la libéralité (dans le testament ou la donation), ne peut valablement ni dispenser de dresser inventaire ni de faire emploi des sommes (C. civ., art. 1094-3). La seule dispense valable est celle de fournir caution. Par contre, une fois le décès survenu, il est possible de dispenser le conjoint de l'emploi des fonds grevés. Néanmoins, il importe d'attirer l'attention du nu-propriétaire qui risque, si le conjoint consomme tous les fonds successoraux grevés de cet usufruit, de ne pas, au décès du survivant, pouvoir recouvrer les sommes qui lui reviennent, l'actif de succession n'étant pas suffisant pour honorer la dette de restitution.

Il peut être conseillé d'établir une convention entre usufruitier et nu-propriétaire organisant les pouvoirs de l'usufruitier (actes qu'il peut accomplir seul ou ceux qui nécessitent l'accord des deux), l'information régulière du nu-propriétaire sur l'état des biens concernés, le support financier ou bancaire de ces biens (titularité du compte, produits de placement, *etc.*). Cette convention constitue un élément de preuve de la dette de l'usufruitier opposable à l'administration fiscale lors de son décès.

(404) Sur cette question liquidative M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 192 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 9350 et s.

(405) Cass. 1re civ., 7 juin 1990 : *RTD civ.* 1991, p. 784, obs. J. Patarin. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 334.

(406) Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, no 08-16.851 : *RTD civ.* 2010, p. 145, obs. M. Grimaldi ; sur cette question, M. Nicod et E. Fongaro : *Rép. dr. civ.* Dalloz, 2011, Vo *Réserve héréditaire - quotité disponible*, no 121.

Section III Les règles d'imputation : un arbitrage dans les protections

2281 L'imputation est « une opération de calcul comparable à une soustraction consistant à appliquer une valeur (correspondant par exemple à une libéralité rapportable) ou à une dette sur une autre valeur (correspondant à une part successorale ou à une créance) en vue de déduire la première de la seconde afin de faire apparaître, s'il existe, l'excédent à remettre (...) » (407). En la matière qui nous intéresse ici, « imputer les libéralités c'est soustraire leur montant soit de la quotité disponible, soit de la réserve, en fonction de leur nature, afin de vérifier si elles sont réductibles » (408). « L'imputation est décisive pour le sort des libéralités. Elle consiste, une fois toutes les évaluations faites, à prendre les libéralités une à une afin de savoir de chacune d'elles si elle est ou non attentatoire à la réserve. Elle permet de constater et de mesurer un éventuel excès » (409). L'imputation suppose donc deux types de règles : celles relatives à la hiérarchie entre les libéralités à imputer : c'est l'ordre ou le rang d'imputation (**Sous-section I**) et celles relatives aux masses de calculs concernées : c'est le secteur d'imputation (**Sous-section II**). Ces règles se compliquent lorsqu'il s'agit d'imputer simultanément des libéralités faites au conjoint et à d'autres, car les secteurs d'imputations sont différents, le conjoint bénéficiant d'une quotité disponible spéciale (**Sous-section III**).

Sous-section I L'ordre d'imputation : la protection des gratifiés

2282 L'ordre d'imputation d'une libéralité est capital pour celui qui en bénéficie. Plus tôt la libéralité sera imputée, moins elle risque d'être réduite et meilleure est la situation du gratifié qui n'aura pas à régler une indemnité de réduction aux réservataires. L'ordre d'imputation correspond à l'ordre dans lequel les libéralités doivent être réduites. Cet ordre d'imputation est édicté aux articles 923 et 926 du Code civil. Ces règles sont au centre de la protection à la fois des héritiers réservataires et des différents gratifiés entre eux. Il s'agit d'un juste équilibre à trouver pour préserver au mieux les intérêts des uns et des autres.

§ I La protection prioritaire des donataires

2283 **– Les donations avant les legs. –** Selon l'article 923 du Code civil, les legs sont réduits avant les donations, ce qui signifie que l'on doit imputer les donations avant les legs. Il en résulte que les legs ne peuvent s'exécuter que dans la limite de la quotité disponible non utilisée par les donations. Si les donations ont épuisé la totalité de la quotité disponible, alors les legs seront intégralement réductibles. Cette règle est fondée sur la chronologie du dessaisissement du *de cujus* : plus le droit du donataire est ancien, plus il doit être conforté. Elle est également fondée sur le principe d'irrévocabilité des donations. Enfin, c'est une question de sécurité juridique pour l'ensemble des droits réels, car la réduction peut éventuellement remettre en cause les droits des tiers acquéreurs et plus l'acte est ancien plus le

(407) G. Cornu (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, V. ce mot.
(408) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, n° 32930.
(409) M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n° 817.

gratifié a des chances d'en avoir disposé (410). Peu importe la forme des donations : ostensibles ou dons manuels, indirectes ou déguisées, elles « passent avant les legs même si, à raison de leur forme, elles n'ont pas date certaine (don manuel non enregistré par exemple) » (411).

§ II La protection prioritaire du donataire le plus ancien

2284 **– Imputation chronologique des donations. –** À l'image d'un répartiteur d'un prix de vente d'un immeuble grevé d'inscriptions hypothécaires, le liquidateur d'une succession va imputer les donations en commençant par les plus anciennes. Les donations faites le même jour vont s'imputer concurremment, sauf s'il a été stipulé un ordre d'imputation. Cette imputation concurrente s'appliquera également aux donations-partages disqualifiées en donations simples.

2285 **– Toujours un problème de date. –** On l'aura compris, pour déterminer l'ordre d'imputation des donations, il faut les classer dans l'ordre chronologique. La détermination de leurs dates est donc cruciale. Pour les donations ostensibles, donc reçues par acte notarié, c'est la date de l'acte qui compte. Pour les actes simplement enregistrés, c'est la date de leur enregistrement (date certaine) qui est à prendre en considération. Pour les donations indirectes ou éventuellement déguisées qui ont fait l'objet d'un acte authentique ou d'un enregistrement, on appliquera les mêmes règles. Par contre, pour les autres, soit elles sont relatées dans un acte authentique et c'est la date de ce dernier qu'il faut considérer, soit elles ne le sont pas. Elles seront alors imputées en dernier après toutes les autres donations et avant les legs (C. civ., art. 1377) (412). Nous n'insisterons pas sur la véritable supériorité de l'acte de donation notarié au regard de toutes ces règles (413).

§ III La protection identique mais supplétive des légataires

2286 **– Imputation concurrente des legs. –** Si, après imputation des libéralités, le reliquat de la quotité disponible est suffisant pour exécuter les legs, aucune réduction n'a lieu. Par contre, si ce solde de la quotité disponible est insuffisant, les legs devront être réduits au marc le franc, c'est-à-dire de manière proportionnelle (C. civ., art. 926). Cette réduction se fait sans hiérarchiser la nature des legs : legs universel, à titre universel ou particulier. Toutefois, le légataire universel, par sa nature, implique qu'il doive supporter les legs particuliers aussi pour calculer son émolument et permettre ce calcul de proportionnalité. Il y a lieu de considérer qu'il a droit à l'actif net existant sous déduction des legs qu'il doit délivrer. Il résulte de cette règle d'imputation concurrente que les legs subissent le même coefficient de réduction.

(410) Sur ces fondements : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 823 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 739. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 1195. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 762.

(411) Cass. 1re civ., 12 nov. 1998, no 96-19.814 : *JCP* N 1999, 592, obs. N. Duchange ; *Dr. famille* 1999, no 30, note B. Beignier ; *RTD civ.* 1999, 680, obs. J. Patarin.

(412) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 821. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 763, 2o ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, no 32940. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 717.

(413) Sur cette question, 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, no 1381, par T. Gruel et C. Farenc.

2287 **– Caractère supplétif de la règle. –** L'imputation concurrente des legs n'est pas une règle d'ordre public. Le testateur est donc libre de les hiérarchiser dans son testament en indiquant ceux dont l'exécution est prioritaire. Cela peut se faire bien évidemment dans le testament initial, mais aussi dans un codicille.

Favoriser la protection du conjoint survivant

- **Par les « donations au dernier vivant »**
  L'institution contractuelle au cours du mariage, plus communément désignée par « donation entre époux », « donation de biens à venir » ou « donation au dernier vivant », bien qu'étant consentie pendant le mariage et donc du vivant des époux, s'analyse au regard de son traitement successoral comme une disposition à cause de mort. S'agissant de l'imputation, on va donc lui appliquer la règle des legs, à savoir l'imputation concurrente. Cela va avoir pour incidence qu'un testament fait par le *de cujus*, qu'il soit antérieur ou postérieur à la donation entre époux, va « faire concurrence à cette dernière » et réduire nécessairement les droits du conjoint survivant. On justifie la règle de l'imputation concurrente de la donation entre époux avec les legs par son caractère révocable et parce qu'elle porte sur des biens à venir[51]. Cette règle d'imputation est supplétive. Aussi il est possible, voire conseillé de donner, dans la libéralité (soit celle faite au conjoint, soit celle figurant dans le testament), la priorité à la donation faite à l'époux survivant, les legs venant après (414).
- **Par les institutions contractuelles par contrat de mariage**
  Ces donations sont rares, et la loi ne détermine pas leur rang d'imputation. Néanmoins, parce qu'elles sont irrévocables, elles doivent s'imputer à leur date, même si elles portent sur des biens à venir (415).
- **Par les avantages matrimoniaux**
  Si, en principe, l'avantage matrimonial n'est pas sujet à réduction par sa nature, on sait que du fait d'une action en retranchement il dégénère en donation. Mais à quelle date doit-on l'imputer ? La date de l'acte qui le crée ? La date de l'assignation ou de la demande en retranchement ? Ou devrait-on l'imputer après toutes les donations et avant les legs ? La même réponse que celle pour les donations entre époux par contrat de mariage vaut : le caractère irrévocable l'emporte. C'est donc la date du mariage ou la date de la convention matrimoniale qui doit être prise en compte.

Sous-section II Les secteurs d'imputation

2288 Le secteur d'imputation diffère selon la qualité du gratifié.

§ I Les libéralités faites à un non-réservataire

2289 **– Sur la quotité disponible. –** La libéralité faite à une personne qui n'est pas réservataire, nécessairement hors part successorale, s'impute forcément sur la quotité disponible (C. civ., art. 919-2). Il ne peut en être autrement. Si la libéralité dépasse le disponible, alors elle est réductible et l'excès donne lieu à une réduction (416).

(414) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 830.
(415) En ce sens : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 829. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1197.
(416) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 840. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 718.

§ II Les libéralités faites à un réservataire

2290 **– Distinction nécessaire. –** L'hypothèse est qu'un héritier réservataire a été gratifié par une libéralité. Se pose donc la question de savoir si le *de cujus* a voulu l'avantager par rapport aux autres et rompre ainsi l'égalité entre ses ayants cause, ou bien s'il a simplement voulu lui attribuer un bien en avance ou dans le cadre de son partage successoral (legs d'attribution). Selon cette volonté du testateur, le secteur d'imputation va être soit la réserve, soit la quotité disponible :

- si la libéralité est hors part successorale, elle s'impute sur la seule quotité disponible. L'excédent est sujet à réduction. Il n'y a pas pour ces libéralités d'imputation subsidiaire sur la réserve individuelle du gratifié. Cela résulte directement de l'article 919-2 du Code civil (417) ;
- si la libéralité est en avancement de part successorale, elle s'impute principalement sur la réserve individuelle (418) de l'héritier et subsidiairement sur le disponible (C. civ., art. 919, al. 1er). Précisons que la libéralité devra dans tous les cas faire l'objet d'un rapport. L'héritier dont la libéralité dépasse à la fois sa part de réserve et la quotité disponible est réductible. Pour autant, il ne sera pas astreint à une double restitution au titre du rapport et de la réduction. À ses cohéritiers de choisir entre ces deux indemnisations, lesquelles ne suivent pas tout à fait le même régime (419).

§ III Les libéralités faites à un héritier renonçant

2291 **– Le renonçant non réservataire. –** Cela vise les cas relativement rares dans lesquels un ascendant vient à la succession en présence du conjoint. Sa renonciation est indifférente, la libéralité dont il bénéficie s'imputant toujours sur la quotité disponible, car il n'est pas réservataire (420).

2292 **– Le renonçant réservataire. –** Le gratifié renonçant devient étranger à la succession. Sa renonciation lui ôte sa réserve individuelle et les donations qu'il a pu recevoir s'imputent forcément sur la quotité disponible et au rang défini par sa date. Si la donation avait été consentie hors part successorale, il n'y a pas de changement. Par contre, si la donation avait été consentie en avancement de part successorale elle devient, par cette renonciation, préciputaire et change de secteur d'imputation : « La libéralité conserve sa date mais change d'assiette » (421). La conséquence est importante dans la mesure où elle peut changer complètement les prévisions du *de cujus* en absorbant la quotité disponible (si la donation est ancienne), rendant inefficaces les libéralités de rang suivant. Cet effet de la renonciation peut être corrigé soit en stipulant dans la donation une clause de rapport en cas de renonciation (C. civ., art. 845), soit en stipulant une condition résolutoire en cas de renonciation. Ces précautions seront suffisamment dissuasives pour éviter ces renonciations stratégiques.

(417) Sur cette règle et ses raisons : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 842.
(418) Sauf si la libéralité contient la clause d'imputation sur la réserve globale.
(419) Les fruits du rapport sont dus dès le décès alors que les fruits de la réduction sont dus à compter du décès si la demande en réduction a été effectuée dans l'année du décès. De la même manière, le débiteur bénéficiant d'une attribution préférentielle peut aussi obtenir des délais de paiement pouvant aller jusqu'à dix ans, mais seulement pour la réduction et non pas pour le rapport.
(420) C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 723.
(421) B. Vareille, *Volonté rapport et réduction*, préf. P. Spitéri, PUF, 1988, n° 120.

L'imputation des libéralités faites en usufruit ou en nue-propriété

- **En valeur ou en assiette ? Là est la question.** Lorsque le *de cujus* a consenti une libéralité en usufruit ou en nue-propriété, deux méthodes sont envisageables sur le plan de l'imputation. Soit on valorise les droits démembrés (en usufruit et en nue-propriété) en utilisant de préférence des tables précises (usufruit économique) plus que le barème fiscal (CGI, art. 669). Soit on ne procède à aucune conversion et l'on impute les libéralités en usufruit sur l'usufruit de la quotité disponible et celle en nue-propriété sur la nue-propriété de la quotité disponible.
  Avec la première solution, on impute donc une valeur (résultat de la transformation en pleine propriété des droits donnés ou légués) sur la quotité disponible en pleine propriété. C'est l'imputation en valeur.
  La seconde méthode procède du démembrement de la quotité disponible. On parle alors d'imputation en assiette.
  L'enjeu du choix entre ces solutions est important dans la mesure où l'imputation en valeur est une solution qui diminue les risques de réduction par rapport à l'imputation en assiette.
- **Préférence de l'imputation en assiette.** La seconde solution doit être suivie pour plusieurs raisons :
  - elle respecte la nature de la réserve héréditaire et son objectif protecteur. L'héritier réservataire a droit à une partie de l'héritage libre de toute contrainte ou charge. Le réservataire a droit à de la pleine propriété. On ne saurait donc lui retrancher un usufruit converti ou non de plus grande étendue que la quotité disponible (422) ;
  - elle est davantage respectueuse de la volonté du défunt qui a voulu gratifier d'un usufruit et non pas d'une pleine propriété, ce que la conversion revient à faire.

  L'imputation en assiette a l'assentiment d'une majorité doctrinale (423) et de la jurisprudence (424), malgré l'opposition de quelques auteurs particulièrement autorisés (425).

Précisons simplement que la solution ne vaut que si l'article 917 du Code civil ne s'applique pas, puisque si ses conditions sont remplies elle opère une « conversion automatique » (V. l'encadré ci-dessous).
Par contre, une fois l'ampleur de la réduction déterminée, elle fera nécessairement l'objet d'une conversion pour chiffrer la réduction qui désormais a lieu en valeur.

La métamorphose de la libéralité par le jeu de l'article 917 du Code civil (426)

- **Mécanisme et effets de la règle : une option du réservataire.** L'hypothèse envisagée par l'article 917 est la suivante : le disposant a fait une libéralité en usufruit ou en rente viagère qui dépasse la quotité disponible. La libéralité est donc réductible. S'ouvre alors une option pour le réservataire :
  - soit il exécute la libéralité et renonce donc à en demander la réduction ;
  - soit il en demande la réduction. En ce cas, il doit abandonner la quotité disponible dans son intégralité.

(422) Lire sur ce sujet : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 361, spéc. note 224.
(423) V. not. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n^{os} 854 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 33300. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1202. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 745. – A. Faure, *Couples non mariés : limites du legs en usufruit* : *JCP* N 2010, 1382. – F. Letellier et M. Nicod, *La réduction des legs en usufruit* : *Defrénois* 27 juin 2019, n^{os} 15 et s.
(424) Cass. civ., 7 juill. 1857 : *DP* 1857, I, 348. – Cass. req., 6 mai 1878 : *DP* 1880, 1, 345.
(425) M. Planiol et G. Ripert, t. 5, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, n° 131-2. – P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, *op. cit.*, n° 72b *in fine*.
(426) Sur cette disposition, V. les ouvrages cités *supra* et H. Leyrat, *Les difficultés pratiques posées par l'article 917 du Code civil* : *Defrénois* 21 févr. 2019, p. 13.

Par cette option s'opère un changement d'objet de la libéralité : au lieu de recevoir un droit d'usufruit ou un droit viager, le gratifié reçoit de la pleine propriété. C'est le reproche classique qui est fait à cette disposition.

Fondements de la règle. Ce texte est justifié par l'idée qu'il est choquant qu'il y ait réduction d'un droit viager qui, à terme, ne porte pas atteinte à la réserve qui reste intègre en nue-propriété. Il n'est pas juste que des réservataires puissent bénéficier du disponible en nue-propriété et d'une indemnité de réduction. Enfin, c'est une règle dissuasive favorisant l'exécution des libéralités en usufruit ou en droits viagers dont le but principal est de protéger et de maintenir un cadre de vie au gratifié.

- **Conditions de la règle. Pour être applicable, l'article 917 du Code civil implique que soient réunies quatre conditions :**
  - l'objet de la libéralité doit être en usufruit (427) ou en rente viagère. Aussi il ne joue pas pour un droit d'usage et d'habitation, un legs mixte portant sur un usufruit et sur de la pleine propriété, ou un legs en nue-propriété ;
  - la libéralité doit excéder le disponible ;
  - le *de cujus* ne doit pas avoir fait d'autres libéralités (428) ;
  - enfin, le texte n'étant pas d'ordre public, le disposant ne doit pas l'avoir écarté.

Sous-section III La combinaison des quotités disponibles : un sujet de protection triangulaire

2293 Nous avons raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse où le gratifié bénéficie de la quotité disponible que la loi lui confère. Ainsi les non-héritiers réservataires ou les héritiers que le défunt a voulu avantager bénéficient du disponible ordinaire dont nous avons vu les quotités, et le conjoint est l'unique bénéficiaire de la quotité disponible spéciale, surcroît de protection que lui accorde l'article 1094-1 du Code civil. Mais la question se complique si le *de cujus* a puisé dans ces deux disponibles, c'est-à-dire qu'il a consenti des libéralités à son conjoint et à d'autres proches. L'hypothèse peut être fréquente en pratique. Pour autant, la question est relativement complexe (429). Nous allons nous efforcer de résumer les réponses apportées par la jurisprudence (430) et la doctrine (431). Sous l'angle de la

(427) Le texte ne limite pas son application à l'usufruit viager, ce pourrait donc être un usufruit temporaire.

(428) M. Planiol et G. Ripert par A. Trasbot et Y. Loussouarn, *op. cit.*, n° 131, 5°. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 857. – M. Grimaldi, *Réflexions sur la réduction des libéralités en usufruit et l'article 917 du Code civil* : *Defrénois* 1984, art. 33430, n° 20. – F. Letellier et M. Nicod, *La réduction des legs en usufruit*, préc., n° 8.

(429) Sur la combinaison des quotités disponibles : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 742 et s. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 354. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n^os^ 447 et 468. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 759 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 33235. – M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 264-111. – M. Nicod et E. Fongaro, *Rép. dr. civ.* Dalloz, 2011, V° *Réserve héréditaire - quotité disponible*, n^os^ 141 et s.

(430) Cass. 1re civ., 26 avr. 1984, n° 83-11.839 : *Defrénois* 1985, 33456, obs. G. Morin ; *RTD civ.* 1985, p. 194, obs. J. Patarin. – Cass. 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-17.115 : *RTD civ.* 1996, 452, obs. J. Patarin ; *JCP* G 1996, I, 3968, obs. R. Le Guidec. – Cass. 1re civ., 12 mai 2010, n° 09-11.133 : *Dr. famille* 2010, n° 105, note B. Beignier.

(431) Principalement la célèbre étude de M. Grimaldi, *La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux : un revirement de jurisprudence* : *Defrénois* 1985, art. 33565 (suite à l'arrêt du 26 avril 1984, préc.).

protection, la question est intéressante car elle donne le barycentre de la protection entre les réservataires, le conjoint et les autres gratifiés.

2294 **– L'ordre d'imputation. –** La règle ne change pas. L'ordre d'imputation est fixé par la nature de la libéralité : donation ou legs (ou donation à cause de mort entre époux) et par sa date (pour l'imputation chronologique des donations). Si les libéralités faites au conjoint et à d'autres personnes ont la même date, elles sont réductibles proportionnellement (au marc le franc).

2295 **– Le secteur d'imputation. –** L'imputation est fonction de la qualité du gratifié (conjoint ou autre personne) et de l'objet de la libéralité (pleine propriété ou usufruit). Les règles à retenir sont les suivantes :

- les libéralités faites à d'autres que le conjoint ne peuvent s'imputer que sur le disponible ordinaire. La règle est logique ;
- les libéralités faites au conjoint en pleine propriété s'imputent prioritairement sur le disponible ordinaire et subsidiairement sur ce que lui ajoute le disponible spécial. Ce qui, si elle dépasse le disponible ordinaire, provoque une réduction sur la nue-propriété ;
- les libéralités faites au conjoint en usufruit s'imputent d'abord sur la quotité disponible spéciale (usufruit de la réserve) et subsidiairement sur la quotité disponible ordinaire (usufruit de la quotité disponible ordinaire) où elle va être concurrencée par les libéralités faites à d'autres.

Section IV L'action en réduction

2296 L'action en réduction est le résultat procuré par l'existence de la réserve héréditaire. Elle est sa concrétisation dans la succession concernée et l'aboutissement de tout le travail liquidatif que nous venons d'exposer. Envisageons les traits de cette action en réduction (**Sous-section I**) et ses effets (**Sous-section II**).

Sous-section I Les caractères de l'action en réduction (432)

2297 **– Non automatique. –** L'action en réduction doit être demandée par l'héritier réservataire acceptant. Elle n'est pas automatique. Tant que la réduction n'est pas demandée et les calculs permettant de l'établir effectués, les libéralités produisent leurs effets. Cela vaut en premier pour les donations entre vifs qui ont déjà opéré le transfert de propriété. En ce cas, les réservataires doivent prendre l'initiative. Pour les legs, c'est à l'occasion de la demande en délivrance ou d'exécution (paiement du legs) que la réduction va opérer, car elle se traduira, selon la nature du bien légué, soit en exécution partielle soit en fixation d'une indemnité de réduction. Par ailleurs, les réservataires peuvent renoncer à cette action postérieurement au décès. En ce cas, la renonciation n'est pas soumise à un formalisme particulier puisqu'elle porte sur un droit né. La seule condition est que l'héritier ait bien connaissance du droit auquel il renonce (433).

2298 **– Personnelle mais transmissible. –** L'action en réduction appartient aux seuls héritiers réservataires à condition qu'ils viennent à la succession et qu'ils l'aient acceptée. Cette

(432) C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 726 et s. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 902 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1204 et s.

(433) Sur cette renonciation à l'action en réduction après décès : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, no 906.

action est transmise aux propres héritiers du réservataire (434). Elle peut être exercée par des créanciers personnels de l'héritier réservataire par voie oblique (435) ; par contre, les créanciers de la succession ne peuvent être fondés à demander la réduction et à en profiter.

– Divisible. – Les réservataires peuvent agir en réduction ensemble ou de manière indivi- **2299**
duelle. Dans le premier cas, le plus fréquent, l'action en réduction aboutit à rétablir l'intégralité de la réserve héréditaire pour être répartie entre eux en fonction de leurs droits. Si elle est exercée de manière individuelle ou par un seul d'entre eux, alors l'action vise simplement à reconstituer sa réserve individuelle. Le gratifié dont la libéralité est réduite ne devra dédommager que le demandeur. Certains héritiers, malgré l'atteinte à leurs droits, peuvent vouloir respecter la volonté de leur auteur.

– Prescriptible. – La réforme des libéralités de 2006 (436) a fortement réduit le délai de **2300**
prescription de l'action en réduction qui était celui de droit commun, soit trente ans. Désormais l'action en réduction doit être exercée dans les cinq ans à compter du décès ou deux ans à compter du jour où l'héritier a eu connaissance de l'atteinte portée à sa réserve, sans pouvoir excéder dix ans à compter du décès (C. civ., art. 921, al. 2). Les libéralités-partages (donation ou testament) bénéficient d'un délai de prescription de cinq ans à compter du décès (C. civ., art. 1080). La question est de savoir si les réservataires peuvent invoquer le « délai balai » de dix ans. La doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs considèrent que ce délai de cinq ans est le seul qui s'applique (437) en raison de ce texte spécial dérogeant aux principes.

Sous-section II Les modalités de l'action en réduction

– Sur un plan purement procédural. – La demande de réduction n'est pas enfermée dans **2301**
un formalisme particulier. Elle peut bien évidemment prendre la forme d'une assignation ayant directement pour objet la réduction de la libéralité excessive, mais elle peut aussi, de manière moins franche, consister en une demande d'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage judiciaire de la succession. Elle peut également être directement formulée auprès du notaire chargé du règlement de la succession (438).

– Le versement d'une indemnité. – Depuis l'entrée en vigueur le 1er janvier 2007 de la loi **2302**
du 26 juin 2016, la réduction des libéralités excessives a lieu par principe en valeur, c'est-à-dire par le versement d'une indemnité (C. civ., art. 924, al. 1er). Ce principe, que nous avons déjà vu, souffre deux exceptions dans lesquelles la réduction aura lieu en nature :

- lorsque le gratifié lui-même en fait la demande. En ce cas, le bien doit être libre de toute charge et de toute occupation de son fait (C. civ., art. 924-1, al. 1) et il ne peut plus exercer ce choix après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la mise en demeure par l'héritier d'opter (C. civ., art. 924-1, al. 2) ;

(434) Cass. 1re civ., 17 déc. 1968 : *D.* 1969, 149, note A. Breton ; *RTD civ.* 1969, 369, obs. R. Savatier.
(435) Cass. 1re civ., 20 oct. 1982 : *Bull. civ.* 1982, I, no 299 ; *D.* 1983, 120, note P. Rémy ; *RTD civ.* 1983, obs. J. Patarin.
(436) L. no 2006-728, 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1er janv. 2007 ; cette nouvelle règle de prescription ne s'applique pas aux successions ouvertes avant cette dernière date (Cass. 1re civ., 22 févr. 2017, no 16-11.961 : *RTD civ.* 2017, 463, obs. M. Grimaldi).
(437) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 1273 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, no 33485.
(438) M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, *op. cit.*, no 264-141.

- lorsqu'elle a lieu contre le tiers acquéreur du bien objet de la libéralité, en cas d'insolvabilité de l'héritier (C. civ., art. 924-4) (439).

2303 **– Le montant de l'indemnité : évaluation au jour du partage. –** Il s'agit là d'une subtilité liquidative. Si l'excès de la libéralité est calculé au jour du décès (masse de calcul de la quotité disponible et imputations), le montant de la réduction est revalorisé au jour du partage. En somme, à la date du décès il est déterminé un coefficient de réduction de la libéralité excessive que l'on applique ensuite à la valeur du bien donné dans son état non pas au jour du décès, mais à la date du partage (C. civ., art. 924-2, al. 1er). Cette dette de valeur est semblable à celle que nous connaissons pour le rapport des donations.

2304 **– Les intérêts produits par l'indemnité de réduction. –** L'indemnité de réduction doit en principe être payée comptant le jour où elle est liquidée, c'est-à-dire théoriquement le jour où l'acte de liquidation-partage est signé. C'est pour cela qu'elle produit intérêt au taux légal à compter de cette liquidation (C. civ., art. 924-3). Le délai de paiement peut être accordé par les héritiers réservataires ou, si le gratifié bénéficie d'une attribution préférentielle, par le juge sans pouvoir excéder dix ans.

2305 **– Propos conclusifs sur la mise en œuvre de la réserve héréditaire. –** On voit bien, à l'examen de ces règles, que certaines d'entre elles sont relativement complexes. Néanmoins, elles ont pour fonction d'établir un juste équilibre de protection entre les proches que sont les réservataires (les proches désignés par la loi), les gratifiés (proches désignés par le *de cujus*), et la volonté même du défunt. Ces règles donnent finalement lieu à relativement peu de jurisprudence et à peu d'incertitudes malgré leur technicité. Elles pourraient être affinées ou complétées mais, globalement, elles répondent bien à cet objectif de protection équilibrée.

TITRE II

Protéger ses proches selon sa volonté

2306 **– L'anticipation de la protection de ses proches. –** Dans le titre précédent, nous nous sommes attachés à présenter cette protection légale des proches, ce qui revient à la détermination des proches que l'on doit protéger, et ce de manière plus ou moins obligatoire. La transmission successorale que nous venons d'étudier porte davantage sur les personnes désignées par cette protection que sur les biens qui doivent leur être transmis. Dans ce second titre, nous verrons que cette protection basée sur la transmission est fondée sur la volonté de son auteur. Qui veut-il protéger, et par quels moyens ? Cette protection volontaire impose donc des choix qui peuvent avoir un impact immédiat pour le disposant s'il décide de transmettre un bien de son vivant. En ce cas, il doit lui-même bénéficier d'une protection en raison de la gravité de cet appauvrissement. C'est cette protection, fruit d'une rencontre des volontés de personnes vivantes, que nous aborderons dans un premier temps (**Sous-titre I**), avant d'aborder la préparation de la protection *post mortem* que l'on souhaite pour ses proches (**Sous-titre II**).

(439) La question se pose de savoir si l'héritier a une action réelle sur le bien subrogé au bien que le gratifié a reçu. Sur cette question non tranchée : *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, n° 33660.

SOUS-TITRE I

Protéger ses proches de son vivant

– Une protection volontaire susceptible d'aménagements. – L'acte élémentaire d'une transmission entre vifs est la donation. C'est l'acte solennel par excellence, car doté d'une particulière gravité. Ces règles impératives ont pour but évident d'en protéger les parties (**Chapitre I**). Pour autant, les donations ne sont pas enfermées dans un carcan et elles sont susceptibles d'aménagement permettant de mieux protéger soit le donateur, soit le donataire (**Chapitre II**). Enfin, l'acte de donation peut revêtir des atouts protecteurs supérieurs lorsqu'il fera corps avec un partage. La donation-partage a un régime juridique propre et intéressant sous cette approche de la protection (**Chapitre III**). **2307**

CHAPITRE I L'encadrement protecteur des donations

Section I Introduction : La notion de donation

– Définition. – L'article 894 du Code civil définit succinctement la donation entre vifs comme étant « un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ». On peut ajouter que cet abandon au profit d'une personne a lieu sans contrepartie et dans une intention libérale (440). **2308**

– Protéger, c'est donner. – Nous avons déjà eu l'occasion de l'écrire, une des premières idées qui viennent à l'esprit lorsque l'on veut protéger quelqu'un est de le mettre à l'abri du besoin matériel, qu'il ait de quoi se nourrir, de quoi se loger, de quoi faire face à ses besoins. Cette préoccupation de protéger peut résulter d'un lien purement affectif, d'un devoir plus ou moins moral ou d'une solidarité familiale. On veut alors transmettre des biens sans aucune contrepartie, car le seul but est de protéger l'autre de son vivant. Parfois ce souci se double d'une volonté de surveiller, de contrôler ce proche que l'on souhaite protéger sans doute contre les autres, mais aussi contre lui-même. La donation entre vifs est l'acte qui, très certainement, constitue le meilleur support de cette volonté protectrice désintéressée. Ses formes et ses modalités sont aujourd'hui relativement larges pour permettre de correspondre au plus grand nombre de situations. Cette volonté protectrice d'autrui ne doit pas pour autant mettre en péril la situation du donateur qui s'appauvrit irrémédiablement et qui a pu être influencé par ses sentiments ou autres manœuvres. **2309**

– Gravité. – Ainsi définie, la donation se montre comme un acte d'une particulière gravité en ce sens qu'elle constitue à titre essentiel un appauvrissement de son auteur. Le donateur ne reçoit aucune contrepartie du donataire – sauf peut-être de la reconnaissance ou de la gratitude –, mais cette éventuelle contrepartie ne relève pas du patrimonial. C'est ainsi que la donation reste, depuis son origine, un acte particulièrement réglementé et marqué dans le *corpus* législatif. La donation, avec le contrat de mariage, l'hypothèque et la délégation par la volonté du débiteur, est un des quatre actes solennels du Code civil initial. **2310**

(440) G. Cornu (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2018, V° *Donation*. – M. Planiol et G. Ripert, par Trasbot et Loussouarn, n^os^ 310 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4^e^ éd. 2013, n° 491.

2311 – Éléments matériels. – Pour qu'il y ait donation, il est nécessaire que le patrimoine du donateur subisse un appauvrissement et que corrélativement celui du donataire s'enrichisse. Il s'agit là d'apprécier des éléments purement objectifs, un transfert de biens ou de droits d'un patrimoine à un autre. Ajoutons que ce transfert, à la différence de l'enrichissement sans cause, doit être voulu par les parties. Dans les cas les plus simples, la caractérisation de ce transfert sera simple. Mais il est des situations plus difficiles à apprécier ; ce sera le cas si l'acte en question porte sur des biens de valeur modique, s'il correspond à la rémunération d'un service rendu ou si la donation n'est que l'exécution d'une obligation alimentaire. Si cet élément matériel n'est pas suffisamment caractérisé, alors l'acte litigieux ne sera pas qualifié de donation. Il échappera ainsi à tout le régime spécial qui lui est applicable, et notamment à sa prise en compte lors du règlement de la succession du disposant.

La pratique du présent d'usage

Si l'article 852 du Code civil prévoit que les présents d'usage, à l'image des frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, de noces ne doivent pas être rapportés, il n'en donne pas de définition. Il se borne à préciser que la caractérisation du présent d'usage s'apprécie à la date à laquelle il a été fait et en considération de la fortune du disposant ; on peut en déduire que pour qu'il y ait présent d'usage, deux conditions doivent être remplies (441) :

- il doit y avoir un usage : un événement, une occasion pour lesquels, lorsqu'ils se produisent, il est d'usage, de tradition de faire un cadeau. C'est le critère temporel du présent d'usage. Cette occasion pourra être un anniversaire, le jour de l'an (étrennes), une fête religieuse, une cérémonie civile ou religieuse, un succès à un examen, *etc*. Si la preuve de cet usage n'est pas apportée, la qualification de présent d'usage doit être exclue et celle de donation est la seule possible (442). Il s'agit d'apprécier de manière assez objective l'existence de cet usage ;
- le second critère de qualification est la proportionnalité de la valeur du bien donné à la fortune du disposant. Cette appréciation est davantage subjective dans la mesure où la proportionnalité au patrimoine d'une personne est somme toute assez relative. Ce que l'on s'attachera à regarder, c'est si le disposant s'est réellement appauvri, s'il a puisé dans son capital.

L'intérêt du présent d'usage est d'être exclu du régime des donations tant sur le plan civil – car il n'est sujet ni au rapport ni à réduction – que fiscal – car il n'est pas assujetti aux droits de mutation à titre gratuit.

Par ailleurs, il n'est pas d'objet prédéfini pour faire un présent d'usage. Ce pourra être une somme d'argent, mais également un bien corporel (un tableau, un bijou, *etc.*).

Il est conseillé au disposant d'établir une carte de vœux ou d'écrire un petit mot et de les dater, afin qu'ils permettent de ménager un commencement de preuve de l'usage. La preuve de la proportionnalité aux ressources se fera par l'évaluation de son patrimoine et la présentation de ses revenus.

Le présent d'usage peut être pratiqué dans un cadre familial. Ainsi il peut être fait au bénéfice des enfants, des petits-enfants, du conjoint, des neveux ou nièces, *etc*. Il peut être également fait à des non-parents : concubins, beaux-enfants ou amis.

La pratique du présent d'usage est aussi quelque peu risquée, car elle est exclue du régime protecteur des donations. Sans doute ces dons, parce qu'ils sont modérés, ne mettent pas en péril la situation du disposant ni celle de ses autres proches (héritiers).

(441) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 263.

(442) Pour un exemple : Cass. 1re civ., 6 déc. 1988 : *Bull. civ.* 1988, I, n° 347 ; *Defrénois* 1989, art. 34492, obs. G. Champenois.

Les incertitudes de la donation de fruits et de revenus

Il arrive que des parents laissent à un de leurs enfants, pendant une durée plus ou moins longue, la jouissance gratuite d'un logement. Si cette volonté de fournir un toit à un proche est parfaitement louable et légitime, elle n'est pas sans susciter des difficultés lorsqu'il s'agit de rendre des comptes à la succession. En effet, deux qualifications sont possibles pour cet avantage qui, si l'on additionne les loyers qui auraient dû être versés par le bénéficiaire, peut aboutir à une somme conséquente.

Soit il s'agit de la simple exécution d'une obligation alimentaire ou d'entraide familiale, soit il s'agit d'une donation, voire d'une donation indirecte. L'enjeu de la qualification est de taille, car si cet avantage est une donation alors il est rapportable à la succession et bénéficie donc à l'ensemble des héritiers (443).

L'introduction d'un nouvel alinéa à l'article 851 du Code civil disposant que le rapport « est également dû en cas de donation de fruits ou de revenus, à moins que la libéralité n'ait été faite expressément hors part successorale » avait suscité des débats.

D'une manière un peu rapide, on peut affirmer que la Cour de cassation a tendance à refuser le caractère de donation à cette mise à disposition gratuite, sauf si les éléments caractéristiques de la donation sont présents (appauvrissement et enrichissement corrélatifs et intention libérale). La Cour suprême, après quelques hésitations (444), a préféré qualifier une telle convention de « prêt à usage » sauf si les éléments caractéristiques de la libéralité sont présents (445).

Cette solution a été approuvée par une grande majorité de la doctrine estimant, qu'elle allait éviter des « comptes d'apothicaire » ; néanmoins, dans certains cas cette entraide familiale peut aboutir à des déséquilibres importants. Quand un héritier n'a pas payé de loyer pendant une vingtaine d'années, il y a forcément un enrichissement par l'économie réalisée. Parallèlement, le *de cujus* ne s'est pas enrichi des loyers qu'il aurait pu percevoir. Cet avantage pourra légitimement irriter le cohéritier qui, lui, aura payé son loyer ou remboursé l'emprunt contracté pour acquérir sa maison.

Il n'est pas exclu qu'une telle mise à disposition gratuite puisse être qualifiée de donation, mais la preuve des éléments caractérisant la donation sera difficile à rapporter. La sécurité, et donc la protection qu'il est possible d'apporter à ces conventions, est leur régularisation par un acte qui donnera une qualification à l'opération et en déterminera le traitement à la succession. La difficulté pratique est qu'en général ce prêt à usage est initialement conçu comme provisoire. Un acte n'est donc pas jugé nécessaire, mais il arrive qu'il s'éternise et la qualification de donation engendrerait une taxation au titre des droits de mutation à titre gratuit.

Ici apparaît le tiraillement dans lequel se trouve le droit positif : si l'on veut protéger tel ou tel successeur qui a occupé un bien du *de cujus* et éviter tout calcul lié au rapport, alors la jurisprudence de la Cour de cassation est juste. Par contre, si la protection vise l'égalité entre les successeurs, alors cette solution est injuste. La réponse ne serait-elle pas dans le respect d'une certaine proportionnalité, une certaine mesure ? Sans doute les parties peuvent, avec l'aide de leur notaire, préciser la nature libérale ou non de cette mise à disposition

(443) V. Barabé-Bouchard, *Occupation gratuite d'un logement* : *JCP* N 2006, 1220. – M. Grimaldi, *Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement)*, in *Mél. G. Champenois* : *Defrénois* 2012, 557. – B. Vareille, *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. Spitéri, PUF, 1988, nos 190 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, no 696. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2018, no 739.

(444) Cass. 1re civ., 8 nov. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, no 409.

(445) Cass. 1re civ., 18 janv. 2012 : *Bull. civ.* 2012, I, nos 8 et 9 ; *RTD civ.* 2012, 307, obs. J. Hauser et 353, obs. M. Grimaldi. – Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, no 12-24.779. – Cass. 1re civ., 19 mars 2014, no 13-14.139 : *RTD civ.* 2014, 876, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2014, 762, note A. Chamoulaud-Trapier. – Cass. 1re civ., 16 mars 2016, no 14-25.473. – Cass. 1re civ., 1er févr. 2017, no 16-13.022. – Cass. 1re civ., 22 févr. 2017, no 16-14.720.

La donation rémunératoire : une fausse donation

La donation rémunératoire est consentie en rémunération d'un service rendu. Les conditions que doit remplir l'acte pour être qualifié de libéralité rémunératoire sont les suivantes :

- l'absence de rémunération préalable du service rendu par le gratifié ;
- l'appréciation en argent du service rendu ;
- la proportionnalité de la gratification aux services rendus.

De la qualification de donation rémunératoire il va résulter que l'acte va échapper à une grande partie du régime des libéralités. Ainsi les incapacités spéciales de donner et de recevoir, les règles de formes et celles du rapport et de la réduction ne vont pas s'appliquer. En revanche, en application de l'article 960 du Code civil, même rémunératoire une donation reste révocable pour cause de survenance d'enfant.

La donation rémunératoire n'est en réalité pas un acte à titre gratuit, elle est simplement l'exécution d'une obligation morale du disposant envers le gratifié. Dans ces donations rémunératoires, ni l'élément matériel (le prétendu donateur ne s'est pas appauvri puisqu'il a bénéficié d'une prestation accomplie par le faux donataire), ni l'élément intentionnel (il n'y a pas volonté de gratifier, mais de rémunérer) ne sont présents.

L'existence dans le droit positif de la libéralité rémunératoire est très importante sur le plan de la protection. En effet, nombreuses sont les personnes âgées qui, éloignées de leurs proches, reçoivent des aides et soutiens matériels et psychologiques en fin de vie. La possibilité qui leur est donnée de remercier ces services par des donations rémunératoires est un signe de reconnaissance important.

2312 – Élément intentionnel. – Le simple appauvrissement d'un patrimoine corrélé par l'enrichissement d'un autre patrimoine ne suffit pas à lui seul à caractériser une donation. En effet, il n'y a véritablement donation que lorsque l'on constate une *intention libérale* (446) dans les motivations du donateur pour accomplir cet acte. C'est donc la véritable intention qui compte. Cet appauvrissement doit être causé par un sentiment qui est l'émanation d'une affection justifiant cette volonté de transmettre soit pour protéger, soit tout simplement pour matérialiser cet amour entre plusieurs personnes. L'intention libérale, élément fondamental de la donation, doit être prouvée par celui qui invoque la donation.

Le droit impératif encadrant les donations dans le but de protéger les parties à cet acte se manifeste par :

- un principe général qui imprègne toute la matière : c'est le principe d'irrévocabilité spéciale des donations (**Section I**) ;
- des règles de fond renforcées (**Section II**) ;
- et des règles de forme plus ou moins strictes (**Section III**).

Section II L'irrévocabilité : une protection fondamentale

2313 Acte d'une gravité extrême, la donation est dominée par le principe d'irrévocabilité. Cette irrévocabilité est spéciale par rapport aux autres contrats en ce sens qu'elle est renforcée, alourdie. Ce principe est essentiel à la donation en ce qu'il justifie la plupart des règles de validité de ce type d'acte ; il est la garantie d'une bonne protection des parties à l'acte.

(446) Sur l'*animus donandi* : Y. Flour et C. Donzel-Taboucou, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2018-2019, n^os^ 313-20 et s.

Sous-section I L'énoncé du principe

§ I L'irrévocabilité générale

2314 **– Le principe général d'irrévocabilité des contrats. –** L'article 1103 du Code civil dispose que : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Cette disposition, issue de la réforme du droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016, n'est qu'une reformulation de l'ancien article 1134 du même code. Ce principe fondamental signifie que les contrats engagent les parties et qu'elles ne peuvent se défaire de leurs obligations ainsi souscrites.

2315 **– Les exceptions au principe. –** Tout d'abord, il est admis en droit des obligations que le contrat lui-même puisse contenir des clauses de dédit qui autorisent l'une ou l'autre des parties à se défaire de l'engagement qu'elle a pris. Ensuite, il est également possible que dans une convention les mêmes parties conviennent de revenir sur le contrat initial pour défaire leur accord par *mutuus dissensus* (447). C'est ainsi que le nouvel article 1193 du Code civil prévoit que : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties (...) ». Le principe d'irrévocabilité des conventions est fortement tempéré par l'idée que les parties elles-mêmes peuvent prévoir des dérogations à ce principe soit dans le contrat initial, soit dans un contrat postérieur.

§ II Le renforcement de l'irrévocabilité pour les donations

2316 Les donations échappent à ce droit commun de l'irrévocabilité des conventions. Considérées comme des contrats bien particuliers, elles doivent bénéficier d'un régime particulier : on parle du principe d'irrévocabilité spéciale des donations (448). Ce principe, particulièrement puissant, justifie en lui-même bon nombre de règles spéciales des donations. Aussi nous ne pouvons faire l'économie de rappeler ce principe fondamental (**A**) et d'en préciser ses fondements, orientés vers l'idée de protéger les parties à l'acte (**B**).

A/ L'énoncé du principe de l'irrévocabilité spéciale des donations

2317 **– « Donner et retenir ne vaut ». –** Dans les cours d'école, les enfants disent « donner c'est donner, reprendre c'est voler ». Le donateur ne peut, après l'avoir donné, prétendre à reprendre le bien qu'il avait volontairement abandonné. Il est vrai qu'il peut être tentant de vouloir récupérer la chose que l'on a donnée soit parce qu'elle nous manque ou que son utilité fait défaut, soit parce que celui à qui on l'a donnée nous déçoit ou ne nous montre pas la reconnaissance que l'on était supposé recevoir. En tant que contrat, la donation est irrévocable mais cette irrévocabilité est renforcée en raison de sa nature toute particulière (449). L'article 894 du Code civil énonce que : « La donation entre vifs est un acte par

(447) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12e éd. 2018, nos 649 et s.

(448) Sur le principe d'irrévocabilité spéciale des donations : Planiol et Ripert, par A. Trasbot, *op. cit.*, nos 427 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 493 et s. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, nos 1208 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, nos 459 et s. – H. Lécuyer, *L'irrévocabilité spéciale des donations*, in *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 405 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, nos 4155 et s.

(449) H. Lécuyer, *L'irrévocabilité spéciale des donations*, in *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 405. – T. Genicon, *De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit*, in *Mél. G. Champenois* : *Defrénois* 2012, p. 303. – W. Dross, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ?* : *RTD civ.* 2011, 25.

lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ». Ce principe ancestral (450) interdit donc tout procédé contractuel qui permettrait au donateur de reprendre le bien qu'il a donné, et ce même avec l'accord du donataire. Ce principe d'irrévocabilité exclut donc tout droit de repentir. Il ne permet pas non plus l'insertion dans les actes de donation d'une condition simplement potestative. Cet ancien principe a été contesté (451). Toutefois, dans un dessein protecteur, il semble important de le conserver (452).

B/ Les fondements du principe d'irrévocabilité spéciale des donations

2318 **– Protection du donateur. –** Le principe d'irrévocabilité spéciale des donations protège en premier lieu le donateur (453), celui qui s'appauvrit. Il le protège contre toutes les influences, les pressions dont il pourrait faire l'objet pour revenir sur une donation qu'il aurait consentie.

2319 **– Protection du donataire. –** C'est souvent à la protection du donataire que l'on pense lorsque l'on parle de ce principe d'irrévocabilité des donations (454). Ce principe évite le chantage permanent qui pourrait être fait par le donateur sur le donataire de faire jouer une clause de dédit qui deviendrait discrétionnaire. À défaut de cette règle impérative, le donateur pourrait imposer à son donataire tel ou tel service, ou pire encore telle ou telle attitude. La pression pourrait être permanente et les relations naturelles seraient gâchées par des calculs ou la peur de se voir reprendre un bien. Le principe d'irrévocabilité des donations, comme celui de l'existence d'une réserve héréditaire, est protecteur de la liberté des donataires. Libres d'agir, libres de penser, libres de conviction, les donataires, grâce à ce principe fondamental, ne sont pas inféodés à leurs donateurs.

2320 **– Protection des tiers. –** Le principe d'irrévocabilité des donations est aussi protecteur des tiers qui peuvent également acquérir des droits sur des biens qui avaient fait l'objet de donation ; par l'exercice d'une révocabilité qui anéantirait l'acte de donation, ces droits seraient eux-mêmes anéantis. Le principe d'irrévocabilité des donations est une composante évidente de sécurité juridique.

Sous-section II La portée de ce principe protecteur

2321 Il résulte de ce principe que certaines dispositions contractuelles figurant dans les actes de donation leur confèrent un caractère révocable. Elles sont donc prohibées et ainsi frappées de nullité (**§ I**). D'autres stipulations semblent conférer un caractère révocable. Toutefois, elles ne tombent pas sous le coup de la prohibition (**§ II**). Envisageons donc ces deux catégories de clauses (455).

(450) M. Pesnel, *Coutume de Normandie « Donner et retenir, ne vaut rien »*, éd. Besogne, 1727, p. 448, art. 444 ; *Coutume d'Auvergne :* « Si aucun fait donation entre vifs universelle ou particulière d'aucuns biens, et retient la disposition d'iceulx à son plaisir et volonté, telle donation est nulle, car c'est donner et retenir, qui ne vault par ladite coutume », par C. du Moulin, éd. Viallanes, 1770, p. 165, art. 18.

(451) W. Dross, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ?*, *op. cit.*.

(452) X. Boucher et X. Guédé : *BPAT* 3/2012, inf. 150.

(453) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, n° 1210 (critiques).

(454) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* (critiques).

(455) Nous ne traiterons pas la révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire et renvoyons à la récente étude de C. Kuhn, *La révocation des libéralités pour ingratitude* : *JCP* N 2019, n° 1312.

§ 1 Les donations contraires au principe

2322 **– Sanction de l'atteinte à l'irrévocabilité spéciale. –** Ces clauses reflètent le besoin impérieux de protection des parties à l'acte de donation. Par ailleurs, certaines de ces clauses sont également contraires à la prohibition des pactes sur succession future. La sanction à ces principes est la nullité absolue. Quand bien même l'objet principal du principe est de protéger les parties à l'acte, la nullité n'est pas une nullité relative (de protection). La nullité est plus puissante puisque l'atteinte est plus grave (456), c'est donc que le principe dépasse cette protection privée et qu'il en va de l'intérêt général (457). Il en résulte plusieurs conséquences :

- la nullité peut être demandée par tout intéressé et par le ministère public. Ainsi toutes les parties au contrat de donation peuvent invoquer cette nullité, que ce soit le donateur ou le donataire. Les héritiers présomptifs pourraient également invoquer cette nullité (458) ;
- l'acte nul n'est pas susceptible de confirmation par les parties (459) ;
- la nullité frappe l'ensemble de la donation et pas seulement la clause portant atteinte au principe d'irrévocabilité. Il faut toutefois tempérer cette affirmation, car la nullité frappe la donation des seuls biens affectés par cette clause de révocabilité ;
- l'action en nullité se prescrit par cinq années.

On peut se demander si, paradoxalement, par la nature de cette sanction il n'est pas donné une certaine force à cette clause de révocabilité, car elle permet au donateur de revenir sur l'acte et donc sur le bien donné et le résultat est donc finalement identique à une révocation (460). Sans doute une réponse plus nuancée serait plus satisfaisante. Si la révocabilité frappe l'ensemble de l'acte, car elle y prend une place centrale (ce sera le cas en cas de donation de bien à venir), alors l'acte doit être nul dans sa totalité. Par contre, si la clause de révocabilité d'affecte qu'une partie de l'acte ou ses modalités, alors seule la clause en question devrait être réputée non écrite.

2323 **– Les donations sous conditions simplement potestatives. –** On sait en droit commun des contrats que la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté d'une des parties est nulle (C. civ., art. 1304-2). Toutefois, ces conditions sont appréciées de manière restrictive. Dans cette ligne, la nullité de cette condition ne peut être invoquée si elle a été contractée en connaissance de cause par le créancier (461). Il est encore un peu tôt pour connaître le réel impact de la réforme du droit des obligations sur les conditions ; on peut néanmoins affirmer qu'aucun assouplissement n'est permis en matière de donation en vertu de ce principe d'irrévocabilité spéciale (462). On peut à cet égard comparer les termes des articles 1304-2 et 944 du Code civil.

2324 **– Les donations avec réserve du droit de disposer. –** Il résulte de l'article 946 du Code civil, curieusement rédigé d'ailleurs, que lorsque la donation prévoit la possibilité pour le donateur de disposer du bien donné, au décès ce bien ira non pas au donataire, mais aux

(456) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, nos 472 et s.
(457) C. civ., art. 1179 : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».
(458) C. civ., art. 1180, al. 1.
(459) C. civ., art. 1180, al. 2.
(460) P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 460. – W. Dross, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ?*, *op. cit.*.
(461) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, nos 766 et s.
(462) P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 461. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 500.

héritiers du donateur (463). Une telle stipulation est donc privée d'effet. Cette nullité ne frappe que les biens concernés par cette réserve, les autres biens éventuellement donnés ne sont pas affectés par cette sanction (464). Pour autant, cette prohibition ne condamne pas les donations avec réserve d'usufruit sur des biens consomptibles ou même sur des valeurs mobilières (convention de quasi-usufruit) dès lors que l'usufruitier devra restituer en fin d'usufruit l'équivalent des biens initialement donnés (465) (sur la protection du nu-propriétaire.

2325 **– Les donations de biens à venir. –** L'article 943 du Code civil dispose qu'une donation ne peut porter que sur des biens présents du donateur et que si elle porte sur des biens à venir, elle sera nulle. Les biens présents sont ceux dont le donateur dispose dans son patrimoine, auxquels on ajoute par extension les biens dont la propriété lui est conditionnelle. Les biens à venir peuvent être des biens futurs (466) ou des biens que le donateur laissera à son décès (467). Cette dernière interdiction rejoint celle de la prohibition des pactes sur succession future. Bien évidemment la donation de la chose d'autrui est également frappée de nullité (468). Il ne fait aucun doute que ces règles ont des vertus protectrices évidentes. Il s'agit de protéger de manière impérieuse les relations de famille, d'apaiser les rapports entre les personnes et d'éviter tout chantage qui résulterait de ces accords douteux.

Ce principe d'irrévocabilité spéciale des donations, d'apparence extrêmement puissant, autorise toutefois la pratique de donation que l'on pourrait, de prime abord, considérer comme lui portant atteinte. Le principe n'en est pas moins un garde-fou important et efficace.

§ II Les donations respectueuses du principe

2326 Les actes que nous allons rapidement étudier dans les développements qui suivent flirtent avec la prohibition. Ils sont intéressants dans la mesure où ils vont permettre de satisfaire la volonté du donateur de se protéger davantage tout en transmettant une partie de son patrimoine. Ces aménagements conventionnels des donations sont tous dominés par la volonté de protéger. Soit le donateur se protège lui-même, soit il s'agit de protéger ses héritiers ou les donataires. Ils seront donc traités à titre principal dans les aménagements conventionnels de la protection.

2327 **– La réserve d'usufruit. –** On ne présente plus la donation avec réserve d'usufruit tant elle est pratiquée depuis fort longtemps. « Donation entre vifs avec rétention d'usufruit est bonne et valable (...) et n'est pas invalidée par ladite rétention d'usufruit » (469). L'article 949 du Code civil autorise expressément une telle donation. Le donateur se réservant l'usufruit du bien, il en donne la nue-propriété. Tous les attributs et toutes les obliga-

(463) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 501. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1212.

(464) Pour des illustrations sur des valeurs mobilières : Cass. req., 13 nov. 1877 : *DP* 1878, 7, 1, 451 ; sur des deniers : Cass. civ., 30 juin 1857 : *DP* 1857, 1, 308 ; sur des immeubles : Cass. civ., 6 juill. 1863 : *DP* 1863, 1, 286.

(465) M. Grimaldi et J.-F. Roux, *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit* : *Defrénois* 1994, 35677. – F. Lucet et S. Theux, *Donation-partage en démembrement de propriété avec obligation de consentir un quasi-usufruit ultérieur* : *JCP* N 1996, 1, 667.

(466) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 506.

(467) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 507. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 462.

(468) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 505.

(469) Coutume d'Auvergne, *op. cit.*, p. 168, art. 21.

tions de l'usufruitier seront conservés par le donateur. Titulaire de *l'usus* et du *fructus*, l'usufruitier pourra bien évidemment occuper ou entrer en détention des biens objets du démembrement. Il pourra également en percevoir les fruits et revenus. Ces fruits seront fonction de la nature du bien. Il pourra s'agir de loyers pour les immeubles, de dividendes ou distributions pour les actions ou parts sociales, des intérêts pour les créances, *etc*. Il est par ailleurs des biens pour lesquels il n'est pas de revenus, par exemple les titres de société à capital variable dans lesquels le résultat intègre le capital. S'il porte sur des sommes d'argent ou des biens consomptibles que l'on ne peut utiliser sans les consommer et qui, par leur nature, ne procurent donc aucun revenu, alors l'usufruit se mue automatiquement en quasi-usufruit. L'usufruitier peut donc consommer ces biens, mais à charge :

- soit de restituer, en fin d'usufruit, des biens de même qualité et de même quantité au nu-propriétaire (470). Ainsi l'usufruitier d'un fonds de commerce pourra vendre le stock de marchandises et restituer un stock identique à celui existant le jour où ses droits sont nés (471). De la même manière, un quasi-usufruitier d'une créance échue de somme d'argent est fondé à agir en recouvrement de l'intégralité du capital contre le débiteur. En fin d'usufruit, il en restituera le montant au nu-propriétaire (472) ;
- soit l'usufruitier s'acquitte de sa dette de restitution auprès du nu-propriétaire en lui versant une somme d'argent correspondant à la valeur du bien estimé à sa date de restitution.

Cette option appartient à l'usufruitier et, dans l'hypothèse d'un usufruit viager, ce seront ses propres héritiers qui seront débiteurs de cette restitution.

La protection conventionnelle du nu-propriétaire est un impératif présent sans considération de la source du démembrement de propriété, que celui-ci résulte d'un décès (dévolution légale ou testamentaire) ou d'une donation entre vifs. Trouver un juste équilibre entre l'usufruitier qui doit réellement bénéficier de ses droits économiques et le nu-propriétaire qui doit être assuré de récupérer les biens qui doivent lui revenir en fin de démembrement est le challenge des praticiens que sont les notaires. Cette question, plus générale donc, a été traitée plus haut, nous renvoyons donc le lecteur à ces développements. Nous nous limiterons ici à souligner l'importance de l'inventaire des biens en début de démembrement ou d'une convention entre usufruitier et nu-propriétaire précisant la nature, la qualité et la quantité des biens soumis à l'usufruit ou au quasi-usufruit.

2328 **– Le droit de retour conventionnel. –** Il ne s'agit pas du droit de retour légal des frères et sœurs en concours avec le conjoint (C. civ., art. 757-3) ou des père et mère donateurs (C. civ., art. 738-2), qui sont une forme de succession anomale prévue par la dévolution légale, mais d'une condition par laquelle le donateur dispose qu'en cas de prédécès du donataire ou du donataire et de ses descendants, la donation sera résolue (473). Par cette clause, le donateur marque sa volonté que le bien donné aille certes au donataire, mais aussi à sa descendance. Par contre, il ne veut pas que le bien échappe à cette « ligne directe » en allant à des héritiers légaux autres (conjoint, collatéraux, ascendants) ou des légataires qu'aurait désignés le donataire. Lorsque le droit de retour joue, c'est la donation qui est résolue. Cette résolution peut être automatique ou selon la volonté du donateur, cela dépend du texte de la clause de retour. En principe (474) tous les droits que le donataire aurait conférés sur le bien sont résolus, car le droit de retour est doté d'un effet rétroactif.

(470) C. civ., art. 587.
(471) Cass. com., 18 nov. 1968 : *Bull. civ.* 1968, IV, n° 324.
(472) Cass. 1re civ., 4 oct. 1989 : *JCP* G 1990, 2, 21519 ; *RTD civ.* 1990, 687, obs. F. Zénati.
(473) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 518 et s.
(474) Car conventionnellement il est possible de prévoir le contraire.

2329 – Les donations à terme. – Le récent article 1305 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations, définit l'obligation à terme « lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine ». Dans la mesure où le donateur s'appauvrit réellement, un terme peut valablement être inséré dans l'acte de donation (475). En effet, la certitude de la survenance de l'événement engendre un appauvrissement du donateur, lequel est irrévocable. Seule l'exécution de l'acte est différée. Le donataire est fondé à prendre toute mesure conservatoire sur le bien qui lui a été donné. La réforme du droit des obligations ne traite que du terme suspensif, aussi sera-t-on dubitatif sur l'existence en droit positif du terme extinctif (476). Même si une donation à terme extinctif pouvait se concevoir (477), aujourd'hui on aura tendance à ne parler que du terme suspensif qui, en matière de donation comme en matière des autres contrats, se conçoit davantage. Il en résulte que l'exécution de la donation à terme est différée dans le futur, mais de manière certaine. Ainsi l'on peut donner les dividendes attachés à des titres à une personne dès lors que l'assemblée générale en a décidé la distribution, le terme étant la perception des dividendes eux-mêmes. L'événement constituant le terme pourrait même être le décès du donateur, événement parfaitement certain. L'ordre d'imputation de la donation à terme est déterminé par sa date et pour sa valeur au jour du décès, mais dans son état au jour de l'exécution (478), c'est-à-dire à l'arrivée du terme.

La protection du donataire dans la donation à terme

La donation à terme est par principe valable. Il est nécessaire de s'assurer dans l'acte un mécanisme de protection du gratifié qui, malgré tout, encourt le risque de ne jamais recevoir le bien qui lui a été donné.

Tout d'abord le bien donné doit exister dans le patrimoine du donateur. Ensuite le donataire est le créancier du donateur. Aussi il peut bénéficier de toutes les sûretés applicables : ce peut être une inscription d'hypothèque, un nantissement, un droit de rétention, *etc*. S'il s'aperçoit d'un risque d'insolvabilité du donateur ou de fraude paulienne (qu'il pourra toujours invoquer), le donataire est également fondé à prendre des mesures conservatoires. Ces formes de donations sont donc à manipuler avec soin et à utiliser avec parcimonie. L'information des parties et plus particulièrement celle du donataire est importante. La rédaction doit être soignée pour ne pas risquer la qualification d'abus de droit fiscal.

2330 – Les donations alternatives et facultatives (479)**. –** Il s'agit tout simplement d'une illustration dans le contrat de donation de l'obligation alternative de droit commun. Selon l'article 1307 du Code civil : « L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur ». Dans notre cas, l'acte de donation comprendra plusieurs objets dont la nature pourra être différente. Le donateur pourra choisir le bien qu'il transmettra à son donataire. La difficulté que peut provoquer ce type d'obligation alternative est que le donateur traîne à faire connaître son choix au donataire. Aussi l'article 1307-1 du Code civil prévoit que le débiteur (le donateur) doit

(475) M. Grimaldi, *Les donations à terme*, in *Mél. Catala*, Litec, 2001, p. 421.

(476) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, nos 793 et s.

(477) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 512. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, no 2.

(478) Si le bien subit une moins-value à raison du non-entretien du donateur, le donataire n'a pas à en faire les frais. Par contre, si le bien a été amélioré par le donateur avant l'exécution de la donation, alors cette plus-value devient une donation indirecte à prendre en compte dans la liquidation de la succession. L'acte doit être particulièrement précis sur l'état du bien, les obligations d'entretien du donateur, *etc.*.

(479) Sur les donations alternatives et facultatives : H. Lécuyer : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 32, *Donation entre vifs*.

exercer son choix dans le délai prévu au contrat ou dans un délai raisonnable ; à défaut, et après mise en demeure infructueuse, le créancier (le donataire) exercera lui-même ce choix ou invoquera la résolution du contrat. La donation facultative est une forme de donation alternative puisque c'est celle par laquelle le donateur s'engage à donner un bien mais peut se libérer par une autre prestation. Ces donations sont à manipuler avec prudence dans la mesure où si les deux prestations sont de valeur très différente et que le donateur se libère par la moins onéreuse, alors il sera revenu sur ce qu'il a donné et de manière indirecte il aura révoqué, au moins partiellement, sa donation. Le risque d'annulation est donc bien présent. Par ailleurs, il est capital que les objets de la donation y soient clairement définis et l'acte devra comporter le délai dans lequel le donateur devra exercer son choix et exécuter l'acte.

Section III La protection par des règles de fond

Sous-section I La protection des parties à la donation

– Les vices du consentement : une protection générale, mais adaptée aux libéralités (480)**. –** « La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence » (481). Il s'agit d'une application aux libéralités et donc à la donation du droit commun des contrats (482). Pour être cause de nullité, le vice du consentement doit avoir joué un rôle déterminant (483). S'il n'avait pas eu lieu, la partie qui l'invoque n'aurait pas consenti à cette donation. Les vices du consentement peuvent être invoqués tant par le donateur que par le donataire. Ce pourra être l'erreur, le dol ou la violence qui anéantiront l'acte de donation (484). Nous ne nous étendrons pas sur ces règles, et nous nous contenterons de dire que s'agissant des libéralités, la théorie des vices du consentement a un domaine plus large : **2331**

- ce sera le cas pour **l'erreur** qui pourra certes porter sur les qualités substantielles de la chose donnée, sur les qualités essentielles du donataire (ou du donateur) mais aussi, ce qui n'est pas le cas pour les autres contrats, sur les motifs de l'acte de donation (C. civ., art. 1035, al. 2). Ainsi, si les parties se sont trompées sur la portée civile ou fiscale de leur acte, alors l'erreur pourrait être invoquée (485). Reste à la prouver ; pour cela il est nécessaire que ce motif essentiel et déterminant figure dans l'acte ;
- le **dol** est souvent invoqué pour faire annuler une libéralité soit par le donateur, soit par ses héritiers. Il pourra s'agir de mensonges, de dissimulation d'un élément qui, s'il avait été connu par le donateur, l'aurait conduit à ne pas consentir à l'acte. Ces manœuvres frauduleuses (486) qui caractérisent le dol peuvent être de tous ordres. Elles sont d'autant

(480) P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 323 et s.
(481) C. civ., art. 901, al. 2.
(482) C. civ., art. 1130.
(483) Sur le caractère déterminant des vices du consentement : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, no 295.
(484) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 281 et s.
(485) Cette disposition est la reprise d'une jurisprudence (Cass. 1re civ., 13 févr. 2001, no 98-15.092 : *Defrénois* 2001, art. 37521, obs. D. Robine). Cette précision a été critiquée : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, no 317.
(486) Sur les éléments caractéristiques du dol : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, nos 326 et s. (élément intentionnel et matériel).

plus fréquentes que le donateur est âgé, seul et plus ou moins vulnérable. Le dol peut être le fait d'un tiers de connivence (C. civ., art. 1138, al. 2) ;

- la **violence**, si échelle il y a dans les vices du consentement, est le plus grave dans la mesure où elle avoisine la maltraitance ; sa proximité avec le droit pénal ne fait aucun doute. La violence est une contrainte exercée sur une partie (le donateur) afin de l'obliger à passer l'acte. Elle peut être physique ou morale, constituée par des menaces, par une pression. Elle peut être l'œuvre d'un tiers au contrat. L'article 1143 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 (487) et de la loi du 20 avril 2018 (488), consacre un cas spécifique de violence lorsqu'il est tiré bénéfice d'un état de dépendance d'une personne pour obtenir de celle-ci un avantage. Cette nouvelle disposition, destinée à accroître la protection des plus vulnérables, tient une place importante en matière de libéralité, car par définition elle confère un avantage au gratifié (489).

La sanction est une nullité relative (de protection) qui peut être invoquée dans les cinq ans à partir du jour où le vice a été connu.

Il importe que le notaire qui reçoit une donation s'inquiète de l'intégrité du consentement des parties à l'acte. Doivent être vérifiées, lorsqu'il est requis d'instrumenter un tel acte : la proportionnalité de l'acte au patrimoine du disposant et à son train de vie de sorte que l'acte lui-même ne mette pas en péril son avenir, ainsi que la perception par le donateur de la portée de la libéralité. La donation doit donc être précédée d'une sorte d'audit patrimonial qui prend en compte le patrimoine, les revenus et le train de vie du donateur. Il s'agit tout simplement de l'exécution du devoir de conseil du notaire.

2332 – L'objet de la donation. – Pour être valable la donation, comme tout contrat, doit avoir un « contenu licite et certain » (C. civ., art. 1128). L'objet de la donation ne peut donc être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. De la même manière, les charges qui peuvent assortir la donation doivent respecter cet ordre public et les bonnes mœurs. Le bien donné doit être un bien présent, déterminé ou déterminable. La donation de bien futur est nulle sauf pour les institutions contractuelles entre époux.

2333 – L'existence d'une cause licite. – Si la réforme des obligations a supprimé des textes la notion de cause, elle n'en demeure pas moins présente dans les donations. S'agissant de l'existence de la cause (cause objective) celle-ci, en raison du caractère unilatéral de l'acte, réside dans l'intention libérale. Faute d'intention libérale, il ne peut y avoir donation. La licéité de la cause correspond à la licéité des mobiles déterminants qui ont incité le disposant à consentir cette libéralité. Il n'est pas nécessaire que ces mobiles aient été connus de tous pour provoquer la nullité de l'acte (490). On sait que l'appréciation de la contrariété aux bonnes mœurs est d'appréciation évolutive et que, selon la Cour de cassation, la donation qui a pour but de maintenir la relation adultère que le donateur entretient avec le donataire n'est plus contraire à ces bonnes mœurs (491).

(487) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.
(488) L. n° 2018-287, 20 avr. 2018.
(489) *Mémento Lefevbre Successions - Libéralités*, ss dir. B. Vareille, n° 300.
(490) *Mémento Lefevbre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n^{os} 1335 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n^{os} 342 et s.
(491) Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : *D.* 1999, 267, rapp. X. Savatier, note Langlade O'Sughrue ; *Defrénois* 1999, 680, obs. J. Massip. – Cass. ass. plén., 29 oct. 2004 : *Defrénois* 2004, 1732, obs. R. Libchaber ; *ibid.* 2005, 295, note S. Piédelièvre ; *Dr. famille* 2004, n° 230, note B. Beignier. – Y. Lequette, *Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins*, in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 547.

Sous-section II La protection des tiers à la donation

L'acte de donation étant par nature un acte d'appauvrissement, d'autres personnes que le donateur peuvent subir un désavantage par cet acte. Il s'agira principalement du conjoint du donateur (**§ I**), de ses créanciers (**§ II**) ou de ses associés (**§ III**). **2334**

§ I La protection du conjoint

– Donation d'un bien commun. – Si l'époux marié sous le régime de la communauté peut valablement consentir la donation d'un de ses biens propres sans l'accord de son conjoint (sauf si le bien constitue le domicile conjugal), la donation d'un bien commun nécessite en principe le consentement des deux époux. En effet, parce qu'il s'agit d'un acte d'appauvrissement et donc grave, l'article 1422 du Code civil instaure une exception au principe de la gestion concurrente des biens communs. Ce texte est très large : **2335**

- quant à la nature de l'acte : tous les types de donations, donation simple, donation-partage, donation transgénérationnelle, *etc.* sont concernés ;
- la qualité du donataire est indifférente, que la donation soit faite à un enfant commun ou à un tiers, voire... au conjoint lui-même ;
- le texte ne distingue pas non plus quant à la nature du bien donné. Aussi l'accord du conjoint est dû tant pour les immeubles que pour les meubles, qu'ils soient corporels ou incorporels ;
- enfin, le texte s'applique à toutes les formes de donation : ostensible ou déguisée, directe ou indirecte, notariée ou par tradition (don manuel).

La sanction de ce texte est une nullité relative. L'action peut alors être intentée dans les deux ans du jour ou le conjoint lésé a eu connaissance de l'acte sans pouvoir excéder deux ans après la dissolution de la communauté (C. civ., art. 1027).

Il existe trois tempéraments à ce texte qui permettent à un seul époux de consentir une donation d'un bien commun :

- lorsque la donation porte sur ses gains et salaires, puisque l'article 223 du Code civil permet à chacun des époux de disposer librement de ces revenus. Toutefois, cette exception ne joue pas si les gains et salaires ont été économisés, redevenant ainsi des biens communs classiques (492) ;
- la souscription d'une assurance-vie, même au bénéfice d'un tiers échappe au texte. Car elle est une forme de stipulation pour autrui est il n'y a pas de lien contractuel entre le souscripteur et le bénéficiaire (493), les capitaux versés au bénéficiaire ne viennent pas de la communauté, mais directement de la compagnie d'assurance ;
- les présents d'usage n'étant pas une véritable donation faute de réel appauvrissement, ils échappent à cette règle de cogestion (494).

– Donation sous le régime de la participation aux acquêts. – S'agissant de la philosophie générale de ce régime, nous nous contenterons de rappeler que les époux, en cours de mariage, conservent la propriété exclusive et l'administration de leurs biens à l'image de sa grande sœur la séparation de biens (sauf jeu des règles du régime primaire ou de l'indivision). À la liquidation du régime, il est mesuré chez chacun des époux son enrichissement, fruit de son travail. Et chacun des époux partage par moitié cet enrichissement avec son **2336**

(492) Cass. 1re civ., 29 févr. 1984, no 82-15.712 : *Defrénois* 1984, 1074, obs. G. Champenois.
(493) Cass. ass. plén., 12 déc. 1986, no 84-17.867 : *Defrénois* 1987, 541, obs. J.-L. Aubert.
(494) M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, no 138.71.

conjoint (495). Ce régime est séduisant, car il cumule les avantages de la séparation des biens et ceux de la communauté d'acquêts. Toutefois, il peut paraître curieux, voire risqué, qu'un époux ait potentiellement des droits, certes en valeur et sous forme d'une créance de participation sur le patrimoine de son conjoint, sans n'y avoir aucun pouvoir. Aussi le conjoint mal intentionné peut être tenté de réduire frauduleusement ses acquêts pour diminuer une éventuelle dette de participation envers son conjoint. L'acte de donation pourrait être le support idéal d'une telle fraude. Face à ce risque de fraude, le législateur a prévu une parade. Depuis la loi du 23 décembre 1985, deux types de donations sont distingués :

- la donation qui porte sur les biens originaires de l'époux, qui ne nécessite pas l'accord du conjoint (sauf application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil). Ne provoquant pas de diminution des acquêts et donc de la dette de participation, elle ne présente pas de danger pour le conjoint ;
- la donation qui porte sur des acquêts, quant à elle, implique nécessairement une diminution de l'enrichissement de l'époux donateur et donc un amoindrissement de la créance de participation du conjoint. Aussi le Code civil, s'il ne soumet pas formellement cet acte de donation à l'accord du conjoint, incite-t-il fortement à le requérir. En effet, au plan liquidatif l'article 1573 du Code civil prévoit que sont fictivement réunis aux biens existants (du patrimoine final) les biens ne relevant pas du patrimoine originaire et qui ont été donnés par l'époux sans le consentement de son conjoint (496). La sanction n'est ici que liquidative ; la donation est tout simplement ignorée, tout se passe comme si elle n'avait pas eu lieu (497). L'article 1577 du Code civil va plus loin, en disposant que si les biens existants de l'époux débiteur de la dette de participation ne sont pas suffisants pour permettre le paiement de la dette de participation, alors l'époux créancier peut subsidiairement en poursuivre le paiement sur les biens donnés sans son consentement, en commençant par ceux les plus récemment donnés. Cette action s'exerce donc contre le donataire, voire le tiers acquéreur du bien ; sa bonne ou mauvaise foi, à l'image de l'action paulienne, est indifférente (498). Elle se prescrit par deux années à compter de la clôture de la liquidation du régime matrimonial (499).

§ II La protection des créanciers

2337 – La fraude paulienne. – Pour échapper au paiement de sa dette, un débiteur peu scrupuleux pourrait être tenté de s'appauvrir en faisant une donation d'un de ses biens à un

(495) Sur le régime de la participation aux acquêts : J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2e éd. 2001, nos 757 et s. – F. Terré et P. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 2011, no 813. – J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, Litec, 2e éd. 2005. – C. Farge, *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 6e éd. 2018-2019, nos 171-00 et s.

(496) J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, *op. cit.*, nos 62 et s.

(497) Cette réunion fictive au patrimoine final se fait pour la valeur du bien donné dans son état au jour de la liquidation. Cela ne va pas sans difficulté pour prouver cet état et cette valeur, dans la mesure où le bien ne sera plus dans le patrimoine de l'époux (sur ce point, J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, *op. cit.*, nos 219 et 388).

(498) F. Terré et P. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, no 852.

(499) Notons que si le conjoint de l'époux donateur consent à la donation, alors indirectement il abandonne la moitié de la valeur du bien. À la différence de la donation d'un bien commun par un seul époux qui engendre une récompense en faveur de la communauté, sous ce régime hybride il n'y a pas de correctif. Cela peut évidemment poser une difficulté lors de la liquidation de la succession de ce conjoint, car il est en réalité donateur pour moitié. *Quid* du rapport et de la réduction ? Sur cette question, J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, *op. cit.*, nos 391 et s.

tiers de sorte que ce bien, une fois donné et donc sorti de son patrimoine, ne puisse plus être appréhendé par son ou ses créanciers. L'intention frauduleuse ne fait aucun doute. En dehors des règles spécifiques du droit des procédures collectives (nullités de la période suspecte), le droit commun permet au créancier de faire déclarer judiciairement l'acte frauduleux comme lui étant inopposable et l'autorisant ainsi à poursuivre le bien donné (C. civ., art. 1341-2) (500). Nous rappellerons rapidement les conditions à remplir pour bénéficier de l'action paulienne (501) :

- conditions tenant au créancier : le créancier doit être titulaire d'une créance antérieure à l'acte litigieux. Cette créance n'est pas forcément certaine, liquide et exigible. Elle doit néanmoins avoir un certain degré de certitude et le demandeur doit prouver que l'acte frauduleux lui porte préjudice c'est-à-dire que l'acte, en l'espèce une donation, provoque l'insolvabilité du débiteur ;
- conditions tenant au débiteur : le débiteur qui se transforme en donateur doit être animé par une véritable intention de nuire. Celle-ci, s'agissant d'une libéralité, est appréciée avec une certaine souplesse tant il est évident que l'appauvrissement provoqué par l'acte cause un préjudice à ses créanciers ;
- conditions tenant au donataire et au tiers acquéreur : si pour les actes à titre onéreux, le créancier doit démontrer la mauvaise foi du tiers cocontractant, pour les actes à titre gratuit, dont la donation, il n'est pas besoin de démontrer la mauvaise foi du donataire. Si le donataire dispose du bien reçu par une autre donation, l'action paulienne peut être dirigée contre son propre donataire sans avoir à démontrer sa bonne foi. Si le donataire a vendu le bien, alors il est nécessaire de démontrer sa mauvaise foi ;
- condition de délai : l'action paulienne est soumise à la prescription quinquennale de droit commun à compter de la connaissance de l'acte litigieux.

Les effets de l'action paulienne sont ceux de l'inopposabilité de l'acte frauduleux. Ainsi la donation est purement et simplement ignorée et le créancier peut procéder à la saisie du bien qui avait été donné.

2338 **– Le passif affectant un bien. –** Peut-on consentir la donation d'un bien qui est affecté au remboursement d'une dette ? Peut-on consentir une donation alors que le prêt qui a permis au donateur de l'acquérir n'est pas remboursé ? Sur le plan légal, rien ne l'interdit en dehors de la fraude paulienne que nous venons d'étudier rapidement. Si le bien fait l'objet d'une inscription hypothécaire, alors en raison du droit de suite d'une telle sûreté le donataire récupérera un bien ainsi grevé et supportera le risque d'exécution forcée sur le bien. La limitation à une donation, si elle ne se trouve pas dans la loi, existe dans les contrats liant le donateur-débiteur à son créancier. En effet, dans la plupart des contrats de prêt figure une clause de déchéance du terme en cas d'aliénation à titre gratuit du bien financé. Si l'acte de donation en lui-même demeure valable, le donateur sera amené à rembourser intégralement son créancier et à lui verser les éventuelles indemnités de remboursement anticipé. Mieux vaut donc anticiper la chose en s'assurant que le bien est intégralement payé ou en sollicitant l'accord du créancier pour renoncer à cette déchéance du terme. Le passif peut être mis à la charge du donataire conventionnellement dans l'acte de donation. Sur le plan liquidatif, le passif pris en charge par le donataire sera déduit de son émolument pour que ne soit retenu que ce qu'il a véritablement reçu.

(500) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, nos 922 et s.
(501) Sur ces conditions : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, nos 1586 et s.

La fiscalité de la donation avec prise en charge du passif

Auparavant le passif affectant un bien mis à la charge du donataire n'était pas pris en compte pour l'assiette des droits de mutation à titre gratuit. Depuis la loi nº 2004-1484 du 30 décembre 2004, la dette mise à la charge du donateur peut être déduite de la base taxable sous certaines conditions :

1. Quant à la dette déduite

- La dette doit résulter d'un contrat.
- La dette doit avoir été contractée par le donateur pour l'acquisition ou dans l'intérêt du bien donné. Ce seront donc les emprunts pour financer le prix ou des travaux effectués sur le bien, ou des dettes afférentes à une activité professionnelle. Le lien entre la dette et le bien est essentiel. Ainsi une simple ouverture de crédit dans une convention de compte courant ne saurait constituer une telle charge fiscale.

2. Quant au créancier

- Si le bien donné est affecté à une entreprise, ne peuvent être déduites les dettes contractées auprès du cercle familial (le donataire et son conjoint, le conjoint du donateur, ses descendants et ascendants, ses frères et sœurs et oncles et tantes, les frères et sœurs des autres ascendants et les ascendants de son conjoint).
- Si le bien concerné ne participe pas à une entreprise individuelle, alors la dette déductible ne sera que celle qui a été contractée auprès d'un établissement de crédit. Les dettes entre particuliers, même sans lien familial avec le donateur, sont exclues du dispositif de faveur.

3. Quant au montant de la dette

- Elle doit être inférieure à la valeur du bien donné. Si elle lui est égale, alors c'est le droit de vente qui devient exigible.
- En cas de démembrement de propriété, seule la partie de la dette afférente aux droits donnés est déductible. Cette fraction est déterminée par application du barème de l'article 669 du Code général des impôts (alors que sur le plan civil l'usufruitier devrait être redevable des intérêts et le nu-propriétaire du capital).

4. Quant à la forme

- La prise en charge de la dette doit être prévue dans l'acte de donation.
- La prise en charge de ce passif doit être notifiée au créancier.

Bien évidemment, l'administration fiscale est en droit de vérifier l'effectivité de la prise en charge de ce passif par le donataire, qui peut en apporter la preuve compatible avec la procédure écrite. Il est donc conseillé au donataire de conserver les justificatifs de remboursement de cette dette. Peu pratiquées, ces donations avec prise en charge de passif peuvent permettre au donateur, parce que sa pension de retraite ne lui permet pas de faire face à ses engagements, de s'alléger de tout ou partie (donation avec réserve d'usufruit) de ses échéances d'emprunt. Ce type de donation est un reflet particulier de la solidarité entre générations : l'une donne, l'autre reçoit en soulageant celui qui donne. Elle peut correspondre à un réel besoin social (502).

§ III La protection de l'associé

2339 – Les clauses d'agrément. – Les sociétés, selon leur nature, sont empreintes d'un *intuitu personae* plus ou moins fort. L'associé en place pourrait être qualifié de « proche », il l'est tout le moins par l'*affectio societatis* qui le lie aux autres associés. Aussi il mérite une certaine protection pour ne pas se voir imposer un associé entrant sans son accord. Cette protection va être fonction de la forme de la société et de l'*intuitu personae* plus ou moins fort qu'elle implique. En donnant ses parts ou ses actions, un associé peut, dans certains cas, imposer aux autres un nouvel associé. Aussi certaines sociétés peuvent, dans leurs statuts, prévoir

(502) Sur la fiscalité de ces donations : *Documentation Pratique fiscale Lefebvre* 2019, nº 69235, ENR X 46360 et s. ; BOI-ENR-DMTG-20-30-10-20141030.

des clauses limitant cette faculté de céder ses parts ou actions. Préalablement à tout acte de donation de parts ou éventuellement d'actions, le notaire doit se référer aux statuts ou aux textes pour vérifier qu'il ne faut pas obtenir un agrément spécifique. Il convient également de vérifier qu'aucun pacte d'actionnaires ou d'associés ne prévoit de condition particulière à ces cessions. De cette manière, par une rédaction appropriée des statuts, il est possible de conférer une certaine protection à l'associé en place, qui peut être un proche.

Nous nous contenterons de rappeler dans le tableau qui suit les principales règles applicables en matière d'agrément.

L'agrément du donataire dans les principales formes de sociétés

	Société civile	SARL	SA	SAS	SNC
Agrément légal	Oui : C. civ., art. 1861, al. 1. Sauf pour les ascendants ou les descendants (art. 1861, al. 2).	Oui pour les tiers (C. com., art. L. 223-14). Non pour le coassocié, le conjoint, les ascendants et les descendants.	Non	Non	Oui, obligatoire et à l'unanimité des associés.
Aménagements possibles dans les statuts	Oui : • possibilité de déterminer les conditions de l'agrément ; • possibilité de dispenser de l'agrément le conjoint ou les celui qui est déjà associé ; • possibilité de soumettre à l'agrément toutes les cessions (en ce compris les ascendants et les descendants).	Oui : • possibilité de soumettre à agrément les cessions (donations) aux coassociés, conjoint, ascendants ou descendants ; • possibilité de déterminer les conditions de ces agréments, lesquelles ne peuvent être plus lourdes que celles prévues pour les tiers (C. com., art. L. 223-14)	Oui : • si les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé (titres nominatifs) (C. com., art. L. 228-23) ; • impossibilité de prévoir une telle clause d'agrément pour le conjoint, les ascendants et les descendants.	Oui : • possibilité de soumettre à agrément toutes les cessions d'action (C. com., art. L. 227-14) ; • les statuts déterminent les conditions de cet agrément.	Non

Section IV La protection par des règles de forme

La meilleure des protections formelles réside dans l'authenticité notariale. **2340**

Sous-section I La protection par l'authenticité

– La solennité de la donation (principe). – L'exigence d'un acte notarié pour la donation est ancienne (503). Le Code civil la consacre en son article 931. Le texte précise que cet acte particulièrement grave sera passé en minute (par opposition au brevet). Nous ne nous attarderons pas sur les fondements de cette exigence, et nous contenterons de rappeler que cette solennité est justifiée par : **2341**

- la nécessaire protection du donateur qui accomplit un acte d'appauvrissement sous couvert d'une intention libérale. L'acte notarié, par ses règles de forme et par son mode de

(503) Consacrée dans une ordonnance de Daguesseau de 1731.

réception (lecture, signature, *etc.*), est de nature à attirer l'attention du donateur sur la gravité de son acte ;

- la conservation de l'acte notarié reçu en minute procure une certaine garantie au patrimoine familial. Une donation a nécessairement un impact sur la succession de son auteur. Sa conservation et sa production à l'ouverture de la succession sont une garantie du respect des règles protectrices qui encadrent la liquidation et le partage d'une succession (rapport et réduction) ;
- la conservation de l'acte en minute permet de garantir le respect du principe d'irrévocabilité puisque sous cette forme l'acte ne peut être détruit et donc privé d'effets, anéantis par malveillance ;
- cette forme notariée permet également de protéger le donataire dans le devenir du bien donné par rapport à son régime matrimonial soit sur le plan liquidatif, soit sur celui des pouvoirs de gestion. C'est ici une question de preuve. Elle permet une bonne information du donataire à ce sujet.

2342 – Le bien-fondé de l'authenticité (504)**. –** Si la solennité des donations a pu être vivement contestée (505) comme étant illogique et inefficace, cette exigence de solennité, même si elle a été fortement assouplie au bénéfice de mécanismes de substitution, est toujours d'actualité. La présence du notaire se justifie par les obligations qui pèsent sur lui :

- obligation de vérifier la capacité des parties à l'acte ;
- obligation de vérifier l'aptitude des parties à consentir à l'acte (le donateur a-t-il le pouvoir de consentir une donation sur tel ou tel bien, par rapport à son régime matrimonial ou au statut du bien ?) ;
- obligation de contrôler l'existence de l'intention libérale ;
- obligation de vérifier l'opportunité de l'acte en lui-même ;
- devoir de conseil sur les conditions et charges de l'acte de donation ;
- obligation de s'assurer de l'efficacité de l'acte qu'il reçoit ;
- obligation de conserver l'acte pendant soixante-quinze ans (avant de le remettre aux archives départementales) ;
- obligation d'effectuer les formalités postérieures à l'acte pour le rendre opposable (publicité foncière, greffe du tribunal de commerce, signification, *etc.*).

Toutes ces obligations sont autant de garanties pour les parties, et plus spécialement le donateur.

2343 – La sanction du principe de solennité. – La donation irrégulière est nulle en la forme. Conçue comme une nullité absolue (506), tout intéressé peut l'invoquer. Elle ne peut pas non plus faire l'objet d'une confirmation (C. civ., art. 931-1, al. 1) (507). Toutefois, il a été admis par le législateur qu'après le décès du donateur, ses héritiers peuvent confirmer l'acte de donation nul en la forme (C. civ., art. 931-1, al. 2). Cette nullité est prescrite par cinq années ou vingt années à compter de la date à laquelle l'acte litigieux a été connu.

(504) Lire l'étude précise de X. Lagarde, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil* : *RTD civ.* 1997, p. 25.

(505) Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, n° 342. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1279.

(506) L'exigence de solennité relève de l'ordre public : Cass. 1re civ., 11 sept. 2013, n° 12-15.618 : *RTD civ.* 2014, 424, obs. M. Grimaldi.

(507) Cass. 1re civ., 12 juin 1967 : *D.* 1967, 584, note Breton ; *JCP* 1967, II, 15225, cette solution reprise dans la réforme des obligations n'est que l'intégration dans le *corpus* législatif de la jurisprudence antérieurement dégagée. Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, nos 351 et s.

Sous-section II La protection minime des formes non authentiques de la donation

2344 **– Les substituts de solennité. –** Parallèlement à ce principe de solennité, s'est construit tout un ensemble de règles permettant de lui échapper. Règles qui, nous le verrons, n'apportent pas les mêmes garanties aux parties que cette traditionnelle authenticité. Ces exceptions au principe de solennité des donations ne sont pas nouvelles (508). On peut même dire qu'elles sont aussi anciennes que le principe auquel elles dérogent. On en dénombre trois :

- le don manuel ;
- la donation indirecte ;
- et la donation déguisée.

Nous les aborderons rapidement successivement.

2345 **– Le don manuel et les pactes adjoints. –** Le don manuel était initialement conçu comme une donation de meubles corporels accomplie par la transmission matérielle de la chose. Le donateur remet de la main à la main au donataire l'objet de la donation. Le don manuel se forme par la tradition du bien donné. Il est donc un contrat réel. Bien évidemment l'intention libérale en est la cause et la simple transmission du bien n'est pas suffisante pour caractériser cette libéralité. Les conditions de fond requises pour toute libéralité s'imposent au don manuel (capacité des parties et particulièrement celle du donateur), seule la forme échappe à l'exigence de solennité de l'article 931 du Code civil. Depuis plusieurs décennies, on a pu assister à une dématérialisation du don manuel puisqu'il est désormais admis qu'un don manuel peut porter sur de la monnaie scripturale, et peut être opéré par chèque (509) ou virement bancaire (510). Il peut également porter sur des créances et autres droits sociaux (511). En résumé, le champ des dons manuels est extrêmement vaste et peut emporter transmission de valeurs considérables avec un formalisme minime. La jurisprudence est allée plus avant dans l'admission de ces libéralités non authentiques en admettant la validité des pactes adjoints à ces dons manuels car leur lacune était l'impossibilité d'en prévoir des conditions faute d'*instrumentum* valable. Le pacte adjoint est une convention qui, sans constituer en elle-même la donation, se borne à reconnaître le don manuel et à en préciser les modalités. Le pacte adjoint pourra donc prévoir les clauses et conditions du don, son caractère hors part successorale ou non, des clauses d'inaliénabilité ou de droit de retour, voire une réserve d'usufruit (512). Un pacte adjoint pourrait même, en reconnaissant plusieurs dons manuels effectués dans un même élan répartiteur, constituer une donation-partage. Par contre, compte tenu de leurs spécificités, une série de clauses ou conditions que l'on rencontre dans les donations ostensibles ne pourraient être constatées par pactes adjoints. Il s'agit des réversions d'usufruit, qui en elles-mêmes sont des donations, donc soumises au formalisme légal. Par analogie, il en est ainsi pour les donations résiduelles,

(508) Sur les exceptions au principe de solennité : Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, nos 377 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, nos 536 et s. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, nos 1277 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 417 et s.

(509) Cass. 1re civ., 4 nov. 1981 : *Bull. civ.* 1981, I, no 327 ; *Defrénois* 1982, 1378, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1982, 781, obs. J. Patarin.

(510) Cass. 1re civ., 12 juill. 1966 : *Bull. civ.* 1966, I, no 424.

(511) Cass. com., 19 mai 1998 : *Bull. civ.* 1998, IV, no 161 ; *D.* 1998, somm. 308, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 1999, 677, obs. J. Patarin.

(512) Cass. 1re civ., 25 févr. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, no 70 ; *Defrénois* 1997, art. 36703, no 176, obs. G. Champenois.

graduelles et transgénérationnelles. On peut également considérer que l'incorporation à une donation-partage d'une donation antérieure ne peut avoir lieu que par acte notarié (513).

2346 – Les donations indirectes. – La donation indirecte est peu aisée à définir. Les auteurs écrivent à son sujet qu'il s'agit d'une donation faite au moyen d'un acte dont on ne sait s'il est à titre onéreux ou gratuit (514). L'acte en lui-même ne permet pas de dire qu'il est constitutif d'une libéralité. À la différence de la donation déguisée, qui fait appel à la simulation et à l'existence d'une contre-lettre, la donation indirecte se suffit à elle-même. La donation indirecte est un acte, un contrat qui, par son contenu, son déséquilibre volontaire va en réalité constituer une donation (515). Ce peut être également un acte neutre (516) comme un paiement pour autrui, une stipulation pour autrui, un cautionnement ou une renonciation à un droit, cette renonciation profitant nécessairement à une personne.

Sur le plan de la forme, la donation indirecte va suivre les règles imposées à l'acte qui en constitue son support. Sur le plan des conditions de fond, les règles communes aux libéralités doivent s'appliquer. La caractérisation de la donation indirecte passe nécessairement par le constat d'une intention libérale, outre l'appauvrissement d'une partie et l'enrichissement de l'autre. Ce genre de donation, s'il obéit au traitement fiscal et juridique des libéralités (notamment lors de la liquidation de la succession), présente la difficulté d'être repéré dans la mesure où, tel un caméléon qui adopte la couleur de son support, il prend comme vecteur un autre acte.

2347 – Les donations déguisées. – La donation fait appel à la simulation (517). La donation déguisée implique l'existence de deux actes : un acte apparent et un acte secret. La gratuité de l'opération est masquée par le caractère onéreux de l'acte apparent (518). Les exemples les plus courants sont la vente, dont il est par ailleurs convenu que le prix ne sera pas payé ; la reconnaissance de dette qui n'existe pas ; les sociétés qui, soit lors de leur constitution soit au cours de la vie sociale, peuvent « camoufler » des libéralités. Les parties doivent avoir voulu créer une apparence trompeuse par ce montage. Il s'agit tout simplement d'un montage. Le mobile des parties qui s'adonnent à de tels actes est souvent peu louable et, dans bien des cas, relève de la fraude soit d'ordre fiscal (ne pas soumettre la donation aux droits de mutation à titre gratuit), soit au droit des tiers (contourner les règles du rapport ou la réserve héréditaire, diminuer le droit de gage des créanciers, *etc.*). Pour être considérée en tant que telle, la donation déguisée doit résulter d'un acte-support duquel l'aspect libéral ne doit pas transparaître au risque d'être annulé sous le visa de l'article 931 du Code civil. Les conditions de validité de cet « acte-support » doivent par ailleurs être respectées (conditions de forme et de fond). S'agissant de la donation en elle-même, c'est-à-dire de l'acte secret

(513) G. Bonnet, *Réflexions notariales sur la pratique du don manuel* : *JCP* N 2018, 450.

(514) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1324. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 570 ; *Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, *op. cit.*, n^os^ 311.141 et s.

(515) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1332. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 441.

(516) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1332. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 443et s.

(517) La simulation consiste « à créer un acte juridique apparent (dit ostensible) qui ne correspond pas à la réalité des choses, soit pour faire croire à l'existence d'une opération imaginaire, soit pour masquer le contenu réel de l'opération » (*Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, V. ce mot) ; sur la simulation : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Les obligations*, Dalloz, 12^e^ éd. 2018, n^os^ 724 et s.

(518) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, *op. cit.*, n^os^ 13320 et s. – M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n^os^ 311.131 et s.

(contre-lettre), si celle-ci échappe aux conditions de forme des donations, elle doit en respecter les conditions de fond : « La simulation ne permet jamais de faire en se cachant ce qui est interdit de faire au grand jour » (519).

– L'insécurité et le défaut de protection de ces donations non authentiques. – À des degrés variés, ces donations non notariées restent quelque peu dangereuses non seulement pour les parties elles-mêmes, mais aussi pour leurs familles, voire la société. Cela dépend principalement de la motivation à leur recours. **2348**

Le principal risque encouru par ces libéralités, outre qu'elles peuvent avoir été consenties sans aucun conseil de la part d'un professionnel ou d'un spécialiste, réside dans leur preuve, preuve par les parties ou preuve par les tiers :

- pour le don manuel : la tradition d'une chose n'est en elle-même pas difficile à prouver, mais il sera plus difficile de démontrer l'intention libérale, notamment lorsque le donateur revendique le bien qu'il avait donné. Si le don manuel a fait l'objet d'un formulaire de déclaration auprès de l'administration fiscale, l'enregistrement lui conférera date certaine. Mais qu'en est-il de la conservation de ce formulaire par les parties elles-mêmes ?
- pour la donation déguisée et la donation indirecte, il sera très ardu, à la contemplation des actes visibles, de déceler en eux leur véritable nature. La contre-lettre, par définition, restera secrète et l'acte neutre ne traduit pas d'intention libérale. Quant à l'acte déséquilibré, l'a-t-il été volontairement ou bien n'est-ce qu'une négligence ou un simple « mauvais coup financier » ? La preuve de la donation déguisée nécessite non seulement la preuve du déguisement, mais aussi celle de l'intention libérale. Il s'agit alors de sonder les cœurs des parties, chose peu aisée surtout lorsque le donateur est mort.

Ces difficultés de preuve vont avoir un impact entre les parties elles-mêmes dans le cadre de l'exécution de l'acte de donation, mais aussi à l'égard des tiers et de la succession du donateur, et éventuellement dans le fonctionnement du régime matrimonial du donataire (si le bien a été donné c'est un propre, s'il a été acquis alors c'est un acquêt). En effet, ces libéralités sont de véritables donations et, à ce titre, vont subir leur sort juridique. Elles doivent être prises en compte pour le rapport, le calcul de la quotité disponible et sont éventuellement soumises à réduction, mais encore faut-il être en mesure de les « ressortir » le jour venu... car rien ne sert d'avoir un ordre public successoral ou de prévoir des règles visant à maintenir l'égalité entre les héritiers si des donations, parce que non respectueuses de l'exigence de solennité, permettent de bafouer ces principes fondamentaux et protecteurs du droit des successions (520).

En outre l'acte notarié, par sa nature même et sa réglementation confère date certaine, force probante optimale et garantie de conservation. Toutes ces garanties sont fondamentales pour l'application des règles du droit patrimonial de la famille : la date de la donation dicte son rang d'imputation, sa preuve authentique lui confère une présomption d'existence incomparable, et sa conservation permet à celui qui l'invoque de produire aisément l'acte. Tous ces éléments ne sont que lieux communs sans cesse répétés, mais ô combien fondamentaux sauf à préférer déplacer *a posteriori* un contentieux que, par ailleurs, les pouvoirs publics veulent évacuer des tribunaux...

(519) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1318.
(520) C. Brenner, *Authenticité, droit de la famille : libre propos sur la déréglementation* : *JCP* N 2014, 1297.

2349

La présomption de déguisement de l'article 918

L'article 918 du Code civil énonce que les aliénations à charge de rente viagère, à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit faites à un successible en ligne directe sont imputées sur la quotité disponible. Cette réduction ne peut être demandée que par les autres successibles qui n'ont pas consenti à l'acte de donation (521).

Cet article édicte une double présomption pour ces actes d'apparence onéreuse. La loi présume le déguisement et donc considère l'acte comme une donation. Mais, au-delà de cette présomption de gratuité déjà grave, en elle-même cette libéralité a été faite hors part successorale. Elle est donc imputable sur la quotité disponible. Cette double présomption est irréfragable. Si ce texte peut paraître fondé eu égard à la suspicion qui peut peser sur ces actes peu usuels, le caractère irréfragable de la présomption qu'il édicte est sans doute excessif. Il devrait pouvoir être admis par preuve contraire que le prix, quelle qu'ait été sa forme, a bien été payé, ce n'est pas le cas en droit positif.

Même si ces actes sont très rares en pratique, cette double présomption est aujourd'hui excessive. Elle ronge la réserve au détriment des gratifiés. Son caractère irréfragable devrait donc être supprimé.

Le conseil est, pour toute aliénation à un successible, de solliciter l'accord des autres successibles réservataires (présomptifs héritiers) pour :

- s'il s'agit d'un acte visé par l'article 918 du Code civil, écarter le risque de réduction, ce qui n'est peut-être pas suffisant pour protéger le descendant car le caractère gratuit de l'acte persiste ;
- s'il s'agit d'un autre acte, écarter le risque de contestation de sa nature et une qualification ultérieure de donation déguisée ou indirecte.

CHAPITRE II L'aménagement des donations pour mieux protéger

2350 **– L'utilité des aménagements conventionnels protecteurs. –** L'acte de donation, nous l'avons répété, est un acte grave. Il part d'une intention libérale induite par la volonté de protéger celui qui reçoit en lui transmettant un bien, en le mettant à l'abri du besoin financier, en lui donnant un toit ou des subsides. Est-ce pour autant que le donateur ne doit pas également se protéger au travers de cet acte ? Il pourra éventuellement vouloir « se protéger » en cas d'imprévus, si les événements de la vie ne se présentent pas comme il l'espérait ou comme la suite naturelle des choses aurait pu le laisser penser. La loi prévoit certaines règles protectrices du donateur ou du donataire, nous les avons vues dans le chapitre précédent. Néanmoins, elles peuvent sembler insuffisantes dans certaines situations. Malgré le caractère relativement encadré de la donation, il existe une grande liberté contractuelle permettant d'aménager l'acte et ses effets, notamment dans un souci de protection du donateur (**Section I**) ou du donataire (**Section II**).

Section I Mieux protéger le donateur

2351 **– Pourquoi protéger davantage le donateur ? –** Pour le donateur, la donation correspond à un dessein, à un objectif bien précis. Il se peut que certains événements viennent

(521) P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 739 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 32760.

perturber ce projet, comme le prédécès, la renonciation à la succession, la survenance d'un autre enfant, *etc*. Il est possible dans l'acte de remédier à ces situations qui pourraient s'avérer désastreuses pour le donateur (**Sous-section I**), comme il est possible, tout en donnant, de préserver l'avenir du donateur (**Sous-section II**).

Sous-section I Protéger en sécurisant le projet du donateur

§1 Le retour conventionnel : une protection du donateur et d'autres proches

– Définition. – La clause de retour conventionnel est la clause de la donation qui prévoit qu'en cas de décès du donataire ou du donataire et de ses descendants avant le donateur, les biens donnés retournent dans le patrimoine du donateur. Ce droit de retour conventionnel est assimilé à une condition résolutoire, laquelle est expressément autorisée par l'article 951 du Code civil. **2352**

A/ Une clause prudente et modulable

– Intérêts de la clause. – Le droit de retour conventionnel (522) traduit un double souci de protection : protéger le donataire en lui transférant la propriété d'un bien, c'est effectuer une donation tout en permettant au donateur de se protéger lui-même et de protéger le patrimoine familial. Le droit de retour permet en effet que, par le hasard de l'ordre des décès, le bien donné ne s'éloigne pas dans le patrimoine des successeurs du donataire sous les yeux du donateur. Le retour conventionnel évite que, du vivant du donateur, le bien donné aille aux successeurs du donataire lesquels peuvent être ses héritiers légaux (sous réserve des pseudos droits de retour légaux), mais aussi ses successeurs testamentaires. Le droit de retour traduit le fort *intuitu personae* existant dans la donation qui est tout simplement le reflet de l'affection qui unit le donateur au donataire (523). Le proche est le donataire, pas ses héritiers ! En insérant le droit de retour, le donateur se protège lui-même mais protège aussi d'autres proches, qui certes ne sont pas sur le même plan que le donataire mais qui, si ce dernier prédécède, pourront bénéficier des biens objets du retour. **2353**

– Nature du droit de retour. – Il est traditionnellement donné au droit de retour la nature de condition résolutoire (524). En effet, la donation ainsi consentie est faite sous condition que le donataire et éventuellement ses descendants ne décèdent pas avant le donateur. Aussi, on applique au droit de retour le régime de la condition, et plus spécialement celui de la condition résolutoire. Ce régime juridique engendre pour le donataire une certaine incertitude quant à la pérennité de son droit de propriété sur le bien donné, qui ne lui est définitivement acquis qu'au jour du décès du donateur même si la donation produit tous ses effets au jour de l'acte de donation lui-même. **2354**

(522) Sur le retour conventionnel : Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, nos 448 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2013, nos 518 et s. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, nos 1225 et s. – *JCl. Civil Code*, Art. 949 à 952, Fasc. *Donations et testament*, nos 77 et s. – M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, nos 314-80 et s.

(523) « On a coutume de dire qu'ils [les donateurs] préfèrent le donataire à eux-mêmes, mais qu'ils se préfèrent eux-mêmes aux héritiers du donateur » (Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, no 449).

(524) Sur la condition : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12e éd. 2018, nos 1335 et s.

2355 – Conditions de validité du droit de retour. – Même si le droit de retour peut être stipulé dans toute donation sans considération de la forme, sa mention dans une donation non solennelle est dangereuse. Sa stipulation dans une donation déguisée fait encourir le risque de révéler le caractère gratuit de la donation et de frapper l'acte de nullité. Dans le pacte adjoint, la difficulté de la présence de ce droit est de conférer à ce pacte le caractère de donation. Aussi la plus grande prudence s'impose donc quant à la stipulation d'un droit de retour en dehors des donations authentiques. Il importe, pour sa validité, que ce pacte ne fasse que constater ou définir les conditions d'une donation passée (525). Tous les biens donnés peuvent faire l'objet d'un droit de retour : meubles ou immeubles, biens fongibles ou non fongibles (526). La souplesse du droit est ici très large, aux praticiens de l'utiliser à bon escient. Le droit de retour conventionnel ne peut bénéficier qu'au donateur, il ne saurait donc être stipulé au profit d'autres héritiers présomptifs ou d'autres donataires. Cette règle, pourtant évidente, n'est pas sans poser de difficultés en cas de donations complexes par plusieurs personnes. Ce sera le cas des donations-partages cumulatives.

2356 – Une adaptation utile. – La stipulation du droit de retour est quasi systématique et son libellé rarement nuancé. C'est sans doute un tort, car le droit de retour conventionnel est très malléable (527). Aussi est-il possible de l'adapter à chaque situation en fonction des projets et des préoccupations du donateur et de son dessein protecteur.

- **Quant à la condition :** il peut être prévu que le droit de retour jouera en cas du seul prédécès du donataire, ou du prédécès de lui-même et de ses descendants, ou plus simplement en cas d'absence de descendance.

- **Quant à son automaticité :** le droit de retour peut être automatique, de droit, ou bien il peut être conventionnellement prévu que le donataire jugera, lorsque l'événement se produit, s'il le met en œuvre ou pas.

- **Quant à son envergure :** il peut également être prévu que le droit de retour n'aura qu'un effet partiel, dans la mesure où il ne fera pas obstacle à une disposition à cause de mort en usufruit au bénéfice de telle ou telle personne, et particulièrement d'un conjoint survivant.

- **Quant aux biens :** il arrive très fréquemment que la donation porte sur plusieurs biens. Selon leur nature, le droit de retour pourra être prévu pour certains, et pas pour d'autres. Si la conservation des biens dans la famille est une préoccupation du donateur pour des immeubles bien évidemment, ou des groupes de parts ou d'actions de sociétés familiales par exemple, alors on aura tendance à conseiller ce droit de retour. Un droit de retour sur une somme d'argent n'a peut-être, au regard de cette volonté de conserver les biens dans la famille, pas de signification. En revanche, si seules comptent pour le donateur les valeurs et la richesse que représente le bien donné, alors un droit de retour sur des deniers est concevable même s'il ne sera, en pratique, pas facile à mettre en œuvre. On pourrait même concevoir un droit de retour en valeur, c'est-à-dire que le bien donné resterait dans la succession du donataire, à charge pour cette dernière d'en restituer la valeur au donateur. Sur un plan fiscal, il convient de remarquer que les réponses ministérielles anciennes qui admettaient la déduction, au passif de la succession du donataire, d'une créance égale à la valeur du bien donné qui ne se retrouvait plus en nature, n'ont pas été reprises au *Bulletin officiel des Finances publiques-Impôts* (*BOFiP*).

(525) Les verbes doivent donc être conjugués au passé....
(526) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1225 *bis*.
(527) Cass. civ., 24 juill. 1901 : *DP* 1901, 1, p. 537.

• **Quant à la durée :** rien ne s'oppose également à prévoir que le droit de retour s'appliquera si le ou les prédécès se produisent dans un certain laps de temps après la donation (dix ou vingt ans par exemple), mais qu'après cette durée il n'aura plus cours. Une telle disposition est concevable, car on peut considérer qu'un donateur d'âge moyen peut trouver intérêt à récupérer un bien en cas de prédécès du donataire, mais qu'à partir d'un certain âge cette préoccupation n'a plus de sens.

B/ Les effets du retour conventionnel

– Avant le prédécès (*pendente conditione*). – Le donataire ne subit aucune restriction **2357**
dans son droit de propriété. Aussi il peut non seulement accomplir des actes de conservation ou d'administration, mais aussi des actes de disposition. Il peut donc vendre ou donner (528) les biens reçus. Toutefois, l'exercice de cette propriété est relativement limité et s'explique par les effets du droit de retour lorsqu'il entre en jeu.

La subrogation et le droit de retour

Le donateur pourrait-il imposer que le droit de retour s'applique non seulement au bien donné, mais aussi au bien acquis par le donataire en remplacement de ce bien ? Au décès du donataire, les biens qu'il aurait acquis par subrogation devraient être restitués au donateur. La doctrine est divisée : certains auteurs admettent que la subrogation pourrait être prévue pour l'exercice du retour (529), d'autres y sont farouchement opposés (530). Nous rejoignons l'éclairante démonstration de M. Michel Grimaldi (531) qui refuse une telle extension conventionnelle du droit de retour. Rappelons ses arguments :

- l'argument tiré de la notion même de retour : « un retour ne peut ramener un bien que là d'où il est parti » ;
- l'argument tiré de la nature de condition résolutoire du retour qui opère par rétroactivité. Ici la rétroactivité ne permet pas de faire revenir le bien dans le patrimoine du donateur, le retour au *statu quo ante* est donc illusoire ;
- l'argument tiré de la finalité du retour qui est la conservation des biens dans la famille pour éviter que les biens donnés passent, du vivant du donateur, dans un patrimoine étranger ;
- enfin le droit de retour est un pacte sur succession future exceptionnellement autorisé. Or cette restitution par la subrogation ferait entrer à l'évidence la convention dans la prohibition générale des pactes sur succession future.

Sans compter les arguments d'ordre fiscal et pratique ! Si le remploi ne devait être que partiel... aurait-on un droit de retour sur une partie indivise du bien ? Ou bien faudrait-il faire naître une dette de valeur à la charge du donateur ?... Qu'en serait-il exactement sur le plan de la publicité foncière et de l'opposabilité aux tiers de ce droit de retour sur les biens dont l'origine de propriété n'est pas une donation, mais une acquisition ?... Difficile de repérer ce droit de retour qui, pourtant, serait un sérieux risque d'éviction pour les tiers acquéreurs. Sans doute faut-il ici distinguer. De deux choses l'une : soit, au moment de l'acquisition, il a été fait mention dans l'acte de l'origine des fonds et de la subrogation, quant aux conditions de la donation, sur le bien nouvellement acquis. Dans ce cas, la publication du titre entraînera information des tiers et, par voie de conséquence, opposabilité à leur encontre du droit de retour ainsi inscrit sur le bien subrogé. Soit rien n'est indiqué, et ce droit ne leur sera alors pas opposable.

(528) Pour un exemple, Cass. 1re civ., 6 févr. 1996, nº 92-19.895 : *Bull. civ.* 1996, I, nº 62.
(529) J. Leprovaux : *JCl. Civil Code*, Art. 849 à 952, nº 116. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, nº 469.
(530) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nº 520.
(531) *RTD civ.* 2019, p. 164 (obs. ss Cass. 1re civ., 14 mars 2018, nº 17-15.589).

2358 – Au prédécès du donateur (et de ses descendants). – Ce sont les effets classiques de la condition résolutoire. La donation est donc anéantie et le bien restitué au donateur, c'est un retour au *statu quo ante* : les choses sont remises en l'état dans la situation précédant la donation. Il faut distinguer selon la nature des actes accomplis par le donataire avant le jeu de la condition :

- les actes conservatoires sont maintenus ;
- les actes d'administration sont eux aussi maintenus, de sorte que les contrats de baux consentis sur le bien sont opposables au donateur ; l'exercice du droit de retour ne provoque pas la restitution des fruits perçus avant la résolution. Par contre, les fruits perçus après le décès du donataire ou des descendants doivent être restitués au donateur ;
- les actes de disposition sont résolus rétroactivement. Dans l'hypothèse où le donataire a apporté une plus-value au bien, le donateur devra indemniser sa succession par application de la théorie des impenses. Les impenses nécessaires ou simplement utiles seront remboursées respectivement selon la dépense faite ou le profit subsistant (s'il n'y a pas de plus-value, l'impense utile ne sera pas remboursée). Toutefois, les dépenses d'entretien ou somptuaires ne feront l'objet d'aucun rétablissement.

2359 – L'interdiction d'aliéner. – Nous venons de voir que, comme la condition résolutoire, le droit de retour tant qu'il n'est pas accompli ne porte pas atteinte, au moins sur le plan théorique, aux droits du donataire. Toutefois, le risque pour le donateur est d'avoir des difficultés à le mettre en œuvre en raison d'une succession d'actes de disposition sur le bien qu'il aurait du mal, en fait, à récupérer. Aussi la stipulation du droit de retour est presque systématiquement assortie d'une interdiction d'aliéner. La licéité de cette clause est incontestable dans la mesure où elle est la garantie d'un droit reconnu par le Code civil et que, par la force des choses, ses effets sont limités dans le temps (532).

2360 – La renonciation au droit de retour. – Avant son exécution, le droit de retour peut faire l'objet d'une renonciation de la part de celui au profit duquel il a été réservé. Ce sera le cas lorsque le donataire voudra aliéner le bien sans faire courir le risque à son acquéreur d'être évincé par le jeu de ce retour (533). Cette renonciation est bien connue de la pratique. La question plus embarrassante est celle de savoir si, une fois le prédécès du donataire survenu, le donateur peut y renoncer. La doctrine était divisée (534). Il semble que depuis la réforme du droit des obligations – et dans la mesure où le droit de retour conventionnel n'étant qu'un modèle de condition résolutoire, son jeu opère de plein droit –, la seule survenance du prédécès suffit. En effet cette règle découle d'une lecture *a contrario* de l'article 1304-4 du Code civil. Cela, avouons-le, peut être légèrement embarrassant pour le donateur qui aurait peut-être aimé apprécier l'opportunité de l'exercice de ce retour le jour où il se produit. Mais il est désormais admis que dans la rédaction du droit de retour on puisse stipuler, comme pour la condition résolutoire, cette faculté pour le donateur d'y renoncer même après la survenance du décès (535).

(532) Cass. 1re civ., 15 juin 1994, nº 92-12.139 : *Defrénois* 1995, 51, note X. Savatier ; *RTD civ.* 1995, p. 555, obs. Patarin.

(533) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, nº 1230 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, ss dir. B. Vareille, nº 6585.

(534) Favorable : M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, nº 1232, note 521 (mais qui reste prudent). – J. Leprovaux, *in JCl. Civil Code*, *op. cit.*, nº 183. Défavorable : *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nº 6585.

(535) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, nº 1352. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nº 469, le droit de retour est alors qualifié « d'optionnel ».

– Fiscalité et publicité foncière. – Le retour s'accompagne de tous les effets de la résolution rétroactive de l'acte. Aussi, sur demande, les droits de mutation seront restitués par l'administration fiscale sauf à les imputer sur ceux dus en raison d'une donation faite à un autre descendant dans les cinq ans (CGI, art. 791 *ter*, al. 2). Par ailleurs, pour les biens immobiliers, l'exécution de ce retour doit faire l'objet d'un acte qui sera, quant à lui, soumis à la taxe de publicité foncière. **2361**

Formules : clauses de droit de retour conventionnel

- **Retour en cas de prédécès du donataire**

LE DONATEUR fait réserve expresse à son profit du droit de retour sur le bien donné pour le cas où LE DONATAIRE décéderait avant lui, conformément aux articles 951 et 952 du Code civil.
Ce droit de retour aura lieu si bon semble au DONATEUR, lequel disposera d'un délai d'un mois à compter de la mise en demeure faite par les héritiers du DONATAIRE pour faire connaître sa décision. À défaut de réponse, le DONATEUR sera présumé vouloir exécuter ce retour.

- **Retour en cas de prédécès du donateur et d'absence de descendant**

Le DONATEUR fait réserve expresse à son profit du droit de retour sur le bien donné pour le cas où le DONATAIRE décéderait avant lui sans lui-même laisser de descendant, conformément aux articles 951 et 952 du Code civil.
Ce droit de retour aura lieu si bon semble au DONATEUR, lequel disposera d'un délai d'un mois à compter de la mise en demeure faite par les héritiers du DONATAIRE pour faire connaître sa décision. À défaut de réponse, le DONATEUR sera présumé vouloir exécuter ce retour.

- **Retour sans interdiction d'aliéner**

Ajouter à l'une ou l'autre des formules ci-dessus :
Le DONATEUR reconnaît ne pas avoir voulu imposer au DONATAIRE d'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer à la garantie de l'exécution de ce droit de retour. Il reconnaît avoir été informé des conséquences de l'absence d'une telle interdiction.

§ II La clause de révocation pour survenance d'enfant

– Nécessité de la prévoir. – Pour les donations consenties avant le 1er janvier 2007 (entrée en vigueur de la réforme du 23 juin 2006), la révocation pour survenance d'enfant a un caractère légal et automatique. Aucun besoin d'une décision judiciaire, et si le juge devait statuer, il serait lié dans son prononcé dès lors que les conditions sont réunies. Il n'était pas utile de la prévoir dans la donation et elle opérait de plein droit. Le donateur ne peut même pas renoncer à cette révocation. À compter du 1er janvier 2007, date d'entrée en vigueur du nouvel article 960 du Code civil, la révocation pour survenance d'enfant ne peut être invoquée que si l'acte de donation le prévoit expressément. Rappelons rapidement les conditions que doit remplir cette révocation : **2362**

- le donateur ne doit pas avoir d'enfant vivant au jour de la donation. Ainsi cette révocation ne peut jouer si, au jour de la donation, le donateur a un enfant vivant décédé postérieurement à la donation ;
- la révocation pour survenance d'enfant ne vise que le cas où le donateur n'a aucun enfant. Aussi jamais la révocation ne pourra être invoquée si le donateur a un enfant supplémentaire. Dans cette hypothèse, le rapport suffira pour garantir l'égalité entre les héritiers ;
- la clause de révocation pour survenance d'enfant doit figurer dans l'acte ;

- la révocation n'opère pas automatiquement. Il est nécessaire d'intenter une action en justice (536) dans les cinq ans à compter de l'adoption ou de la naissance du dernier enfant. Le juge constate l'existence des conditions de la révocation et la prononce. Par contre, cette révocation a lieu de plein droit ; le juge est lié et il n'a pas de pouvoir d'appréciation.

Formule : clause de révocation en cas de survenance d'enfant

Le donateur, conformément à l'article 960 du Code civil, entend que la présente donation pourra être révoquée en cas de survenance d'enfant, ce qui est accepté par le donataire. La révocation aura lieu dans les formes et aux conditions légales. Cette révocation pourra être exercée dans le délai de cinq années à compter de la naissance ou de l'adoption du dernier enfant.

§ III La clause résolutoire

2363 – Validité de la clause de résolution de plein droit. – Jadis la clause prévoyant que la donation serait résolue sans avoir recours au juge était contestée, car contraire à la lettre de l'article 956 du Code civil. La jurisprudence s'est montrée assez tôt favorable à ces clauses résolutoires (537). La réforme du droit des obligations a entériné la validité des clauses résolutoires dans tous les contrats et donc dans les donations, tout en en précisant les conditions.

2364 – Les conditions de la clause résolutoire. – L'article 1225 du Code civil issu de la réforme du droit des obligations précise les conditions que doit respecter la clause de résolution unilatérale qui avait été admise par l'arrêt *Tocqueville* (538).

Les conditions de validité de cette clause appliquées aux donations sont les suivantes :

- elle doit être expressément prévue dans l'acte de donation. Elle doit être non équivoque (539) ;
- elle doit préciser l'obligation dont le non-respect entraînera la mise en œuvre de la résolution. À la différence de la résolution unilatérale ou judiciaire, le jeu de cette résolution n'est pas soumis à l'exigence de gravité. Il suffit que l'obligation non respectée par le donataire soit visée par la donation. La question qui reste posée est de savoir si « une clause balai », c'est-à-dire qui prévoirait le jeu de la résolution conventionnelle pour toutes les clauses, conditions et charges de l'acte serait valable. La doctrine majoritaire ainsi que les débats parlementaires semblent favorables à cette interprétation extensive (540). Toutefois, eu égard à l'absence de position jurisprudentielle, il est conseillé au notaire rédacteur de la donation d'être à la fois général et précis (V. *infra*, n° 2365, formule) ;
- la clause résolutoire doit prévoir ses modalités d'exécution : une grande liberté est donnée aux contractants qui peuvent organiser les conditions de la résolution en cas d'inexécution. La seule exigence est celle d'une mise en demeure préalable. Cette condition peut également être écartée par les parties elles-mêmes en prévoyant que la résolution résulterait de la seule inexécution (C. civ., art. 1225, al. 2) (541).

(536) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, n° 4400. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités, op. cit.*, n° 607. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.*, n° 497.
(537) Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, 491, not. : Cass. 1re civ., 14 févr. 1956 : *JCP* 1956, II, 9343, note Voirin. – Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-13.747 : *RTD civ.* 2013, 879, obs. M. Grimaldi.
(538) Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 300.
(539) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 798.
(540) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 798.
(541) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 651.

– La mise en œuvre de la clause résolutoire. – Le donateur, créancier, doit mettre en demeure le donataire de s'exécuter en rappelant qu'il entend faire valoir cette clause résolutoire. En l'absence d'exécution des obligations par le donataire dans le délai prévu dans la clause, la donation sera résolue. La mise en demeure devra respecter les règles de forme prévues au contrat (542) lui-même, lettre recommandée ou acte d'huissier. Il est une autre condition dans l'exercice de cette condition résolutoire : celle de la bonne foi (543). En effet, il n'est pas question pour le donateur, afin de récupérer son bien, de prétexter une inexécution futile que pendant longtemps il a tolérée. Il s'agit tout simplement d'une application de l'exigence de bonne foi qui s'impose aux contractants tout au long du process contractuel (C. civ., art. 1104). **2365**

Clause résolutoire

« En application de l'article 1226 du Code civil, donateur et donataire sont expressément convenus qu'en cas d'inexécution par le donataire d'une ou de plusieurs des charges lui incombant en vertu des présentes, dont celles suivantes :
- le non-paiement d'une échéance de l'emprunt ;
- le non-versement ou la non-exécution de la rente ci-dessus prévue ;
- *etc.* ;

le donateur pourra, si bon lui semble, résoudre unilatéralement la présente donation. Cette résolution aura lieu à défaut d'exécution par le donataire de ses obligations dans le délai d'un mois après mise en demeure faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par exploit d'huissier. Cette mise en demeure devra mentionner l'intention pour le donateur de résoudre la donation.

La résolution sera constatée par un acte notarié dressé à la requête du donateur. Le notaire procédera à toutes les formalités, notamment celles de publicité foncière. Les frais dudit acte seront avancés par le donateur qui pourra les réclamer au donataire, ce qui est expressément accepté par lui. »

§ IV La clause pénale

– Renvoi au droit commun des contrats. – Dans une donation simple, la clause pénale se conçoit parfaitement en cas d'inexécution des charges imposées au donataire. Elle sera un simple complément à la clause résolutoire et permettra au donateur d'être éventuellement indemnisé du préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution fautive ou de la non-exécution du donataire. Cette pénalité (pour reprendre les termes de la réforme du droit des obligations) est l'allocation d'une somme forfaitaire au donateur pour le couvrir de son préjudice. Le juge est toutefois autorisé à réviser la clause pénale qui serait manifestement excessive. Cette faculté est d'ordre public et les parties ne pourraient exclure cette possibilité de réduction judiciaire de la pénalité (C. civ., art. 1231-5, al. 2 à 4) (544). **2366**

– Les « clauses pénales » dans les donations-partages : renvoi. – Il est couramment appelée « clause pénale » la clause qui, dans une donation-partage, priverait un des copartagés de droits sur tel ou tel bien ou sur la quotité disponible s'il venait à attaquer le partage ou intenter une action en réduction contre l'un ou l'autre de ses cohéritiers. Ces clauses, **2367**

(542) V., toutefois, cette tendance jurisprudentielle qui autorise le créancier à s'écarter des formes initialement convenues (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 800).

(543) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 652. – F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 801.

(544) Sur le droit commun de la clause pénale : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n^{os} 687 et s. – F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n^{os} 887 et s.

dont la qualification de « clause pénale » est contestable dans la mesure où le copartagé ne fait qu'exercer un droit et n'est pas « en faute », sont à manipuler désormais avec la plus grande précaution, leur validité étant douteuse à plusieurs titres. Nous les aborderons avec plus de précision lorsque nous traiterons des donations-partages.

§ V L'interdiction d'aliéner : la protection de l'exécution des charges

2368 **– Une possibilité de principe, mais doublement limitée. –** En inscrivant à l'article 900-1 du Code civil la licéité des clauses d'inaliénabilité, le législateur de 1971 (545) n'a fait qu'entériner une jurisprudence de la Cour de cassation (546). La clause d'inaliénabilité n'est valable que si elle limitée dans le temps et justifiée par un intérêt sérieux et légitime (547). Cet intérêt est apprécié souverainement par les juges du fond. L'article 900-1 a même innové par rapport à la jurisprudence qui a rendu licite cette clause en permettant de lever cette interdiction faite au donataire si l'intérêt qui l'avait justifié a disparu ou si un intérêt supérieur ultérieur justifie sa suppression.

Cet intérêt est parfaitement présent lorsque la donation est assortie d'une réserve d'un droit d'usufruit ou de jouissance, du versement d'une rente, de l'obligation de soins et d'hébergement, d'un droit de retour, et de la charge d'incorporer à une donation-partage future si sa licéité est admise (548).

2369 **– Les effets de l'interdiction d'aliéner. –** La clause a des effets radicaux : elle interdit au donataire d'aliéner, sous quelque forme que ce soit, la chose donnée sous peine de nullité de l'acte d'aliénation. Ses effets, s'ils permettent la prise d'une inscription d'hypothèque judiciaire ou légale, n'autorisent pas la mise en œuvre d'une saisie (549). L'interdiction d'aliéner induit nécessairement l'interdiction d'hypothéquer. Il est possible que le donateur renonce à cette interdiction soit à l'occasion d'un acte d'aliénation que souhaite accomplir le donataire, soit « en blanc » ; c'est une charge de la donation qui disparaît. Cette renonciation, si elle porte sur un immeuble, doit être publiée au fichier immobilier. La Cour de cassation a, dans une espèce récente, estimé que l'autorisation par le donateur d'hypothéquer le bien donné vaut renonciation implicite tant à l'interdiction d'aliéner qu'au droit de retour qu'il s'était réservé (550).

2370 **– Conclusion sur l'interdiction d'aliéner : une vraie protection. –** La clause d'inaliénabilité est l'une des meilleures protections que le donateur peut prévoir pour lui et pour ses proches. En effet, elle peut être stipulée à son bénéfice pour garantir un droit qu'il tient de l'acte de donation (réserve d'usufruit, rente, droit de retour). Elle peut être stipulée dans le souci de protéger le donataire contre son inexpérience, de protéger le patrimoine ou l'entreprise familiale (bloc d'actions qui contribue à la majorité familiale), *etc.*

(545) L. n° 71-523, 3 juill. 1971.

(546) Cass. civ., 20 avr. 1858 : *DP* 1858, 1, 589 ; *S.* 1858, 1, 589.

(547) Sur la clause d'inaliénabilité : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 356 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 392 et s.

(548) Une interdiction d'aliéner sur une somme d'argent est un non-sens, car que peut faire un donataire qui reçoit une somme d'argent mais ne peut s'en servir ? C'est l'essence de l'acte lui-même qui est en cause ; où est l'intention libérale ? Elle est à proscrire. Par contre, la charge imposée au donataire d'employer la somme donnée au financement d'une acquisition immobilière ou d'études supérieures, *etc.*, couramment pratiquée, est licite dans la mesure où la charge est imposée au donataire dans le but de le protéger contre sa prodigalité.

(549) Cass. 1re civ., 15 juin 1994 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 211 ; *Defrénois* 1995, 51, note X. Savatier ; *RTD civ.* 1995, 666, obs. J. Patarin. – Cass. 1re civ., 8 déc. 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 351 ; *RTD civ.* 2000, 146, obs. J. Patarin.

(550) Cass. 1re civ., 5 déc. 2018, n° 17-28.130 : *RTD civ.* 2018, 162, obs. M. Grimaldi.

Sous-section II Protéger en préservant l'avenir du donateur

§ 1 Préserver l'avenir économique du donateur et de son conjoint

2371 **– La réserve d'usufruit. –** Nous ne reviendrons pas sur le démembrement de propriété et la répartition de ses attributs qui en résulte entre plusieurs personnes. Dans beaucoup de donations, le donateur se réserve l'usufruit du bien donné ce qui lui permet, tout en ayant transmis la propriété du bien de manière irrévocable, d'en conserver l'utilité économique, le donateur, nu-propriétaire, ne recevant que les attributs correspondant à l'*abusus*. La réserve d'usufruit est fréquente dans les donations puisqu'elle permet de répondre au souci de transmettre son bien, c'est-à-dire protéger son donataire, en ménageant ses propres intérêts. L'acte de donation qui provoque ce démembrement de propriété doit organiser cette répartition des droits mais aussi celle des pouvoirs entre donateur et nu-propriétaire, car il peut arriver que les règles du Code civil ne donnent pas pleine et entière satisfaction. Ainsi le notaire sera particulièrement avisé de demander si les parties entendent déroger à la répartition légale des travaux, à l'obligation d'emploi et à l'obligation pour le nu-propriétaire donateur de fournir caution. En cas de donation sur des droits sociaux, les droits et les pouvoirs des uns et des autres pourront également être aménagés dans les statuts de la société. Le droit offre une liberté qui permet de s'adapter aux situations des personnes et de répondre à leurs préoccupations. Pour cette organisation du démembrement de propriété, nous renvoyons au chapitre qui lui est consacré. Dans l'autre sens, le donateur peut ne donner qu'un usufruit viager ou temporaire à un donataire, souhaitant lui transmettre ou l'usage d'un bien déterminé, ou les revenus qu'il peut procurer.

2372 **– La réversion d'usufruit. –** Non seulement le donateur peut se réserver la vie durant l'usufruit du bien qu'il donne, mais il peut en outre stipuler que cet usufruit, à son décès, se reportera sur la tête de telle ou telle personne pour finalement durer jusqu'à son décès ou jusqu'à l'expiration d'un délai (usufruit temporaire). Cette possibilité a longtemps été qualifiée de donation de bien futur et donc frappée, sauf entre époux où elle est spécialement autorisée, de nullité au titre de la prohibition des pactes sur succession future (551). La jurisprudence a évolué et il est désormais admis que la réversion d'usufruit est une donation à terme de bien présent (552). Nous pouvons en tirer deux conséquences importantes :

- la réversion d'usufruit peut être stipulée au bénéfice de toute personne ; elle n'est plus réservée à l'époux ou à l'épouse, pourvu que le bénéficiaire l'accepte dans l'acte ;
- pour les époux, puisqu'il s'agit d'une donation de bien présent, elle n'est plus révocable.

La réversion d'usufruit est donc un outil de protection précieux soit au bénéfice d'un partenaire, d'un ascendant, soit même d'un enfant dont le besoin de protection est plus important que celui des autres. Elle gagne donc à être pratiquée, car elle peut répondre à de nombreux besoins.

2373 **– Les charges d'entretenir et de recueillir le donateur. –** Le donateur peut également, dans l'acte de donation, imposer à son donataire de lui prodiguer des soins, de lui verser des

(551) Cass. 1re civ., 20 avr. 1983, no 82-10.848 : *Bull. civ.* 1983, I, no 124 ; *D.* 1986, 31, note M. Grimaldi ; *Defrénois* 1983, 33158, note G. Champenois ; *RTD civ.* 1984, 349, obs. J. Patarin.

(552) Cass. 1re civ., 20 avr. 1991, no 89-18.361 : *RTD civ.* 1992, 165, obs. J. Patarin et 598, note F. Zénati puis Cass. 1re civ., 21 oct. 1997, no 95-19.759 : *RTD civ.* 1998, 721, obs. J. Patarin et 937, obs. F. Zénati. – Cass. 3e civ., 6 nov. 2002, no 01-00.681 : *RTD civ.* 2003, 133, obs. J. Patarin ; *JCP* N 2003, 1448, obs. M. Dagot ; *Defrénois* 2003, 792, obs. S. Piédelièvre, et enfin : Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, no 05-10.727 : *Bull. civ.* 2007, ch. mixte, no 6. – Cass. 1re civ., 31 oct. 2007, no 06-18.996 : *Bull. civ.* 2007, I, no 343. Sur cette évolution, lire : F. Sauvage, *Libres propos sur les récentes tribulations de la réversion d'usufruit entre époux* : *Defrénois* 2007, 1340. – F. Fruleux, *Turbulence autour du régime fiscal des réversions d'usufruit et des rentes viagères* : *JCP* N 2007, 1255.

aliments, de l'accueillir tant en santé qu'en maladie chez lui ou dans le bien donné, de participer aux frais d'hébergement en maison de retraite. Ces charges ne doivent, bien évidemment, pas être contraires à l'ordre public. Si elles deviennent trop lourdes pour le donataire, le juge peut l'en relever. Elles peuvent justifier à elles seules l'interdiction d'aliéner que nous avons déjà étudiée.

§ II Préserver sa liberté de gratifier d'autres personnes

2374 Ces clauses que l'on peut insérer dans un acte de donation prédéfinissent des règles liquidatives dérogatoires au droit commun. Elles ont toutes pour objectif que le donateur, tout en donnant, conserve sa faculté de disposer à titre gratuit en faveur de toute personne. Ces clauses vont aménager le rapport à succession et la réduction des libéralités. Nous envisagerons donc successivement la clause d'imputation sur la réserve globale (**A**), puis la clause imposant « le rapport » en cas de renonciation à la succession (**B**).

A/ La clause d'imputation sur la réserve globale

2375 **– Mécanisme. –** L'article 919-1 du Code civil dispose que la donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire acceptant s'impute principalement sur sa part de réserve et subsidiairement sur la quotité disponible. Cela signifie que sur le plan de l'imputation des donations, la réserve individuelle de chaque réservataire est prise en compte et c'est sur cette part de réserve individuelle que s'impute la donation. Si la part de réserve individuelle ne suffit pas (si la donation la dépasse), alors le surplus s'impute sur la quotité disponible. Si elle le dépasse, elle est alors réductible à hauteur de cet excès. Les parts de réserve des autres héritiers ne sont pas touchées. Pour autant, la donation étant rapportable, tous les héritiers en bénéficieront. La règle paraît logique. Elle peut néanmoins ne pas donner entière satisfaction si le *de cujus* a fait des libéralités ultérieures. En effet, ces libéralités ultérieures pourront ne pas recevoir pleine et entière exécution puisque le disponible aura été amputé des donations faites aux héritiers qui en réalité bénéficient du rapport et ne sont donc pas lésés. Aussi le texte lui-même prévoit que la donation peut déroger à cette règle d'imputation en stipulant que la donation s'imputera non pas sur la réserve du gratifié mais sur la réserve globale (553), celle de tous les réservataires, et subsidiairement sur la quotité disponible.

2376 **– Effets. –** Au-delà des questions purement théoriques (554) que pose cette clause, nous pouvons simplement insister sur ses effets : les donations rapportables seront imputées sur la totalité de la réserve héréditaire avant de venir entamer le disponible. Son atout est donc de retarder le plus tard possible la perte pour le disposant de sa faculté de disposer à titre gratuit hors part successorale. Cette clause est vivement conseillée dans la mesure où elle protège la faculté pour le disposant de gratifier ultérieurement en fonction de ce que la vie lui réservera.

(553) Sur la clause d'imputation sur la réserve globale : M. Grimaldi (ss dir.), *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 264-103 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n°s 33085 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1188. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2018, n°s 848 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, n° 722. – N. Duchange, *La clause d'imputation sur la réserve globale et la protection des héritiers réservataires* : *JCP* N 1991, I, 373.

(554) V. C. Brenner : *JCl. Civil Code*, Art. 912 à 930-5, Fasc. 30, n°s 17 et s. – B. Vareille, *Volonté, rapport et réduction*, thèse, Limoges, préf. P. Spitéri, PUF, 1988, n°s 213 et s.

Exemple

Le défunt laisse deux enfants A et B.
B a reçu une donation en avancement de part successorale de 300. Il a institué sa compagne C comme légataire universelle.

Calcul de la quotité disponible et de la réserve :

L'actif net existant est de	300
La réunion fictive des libéralités de	300
Total formant la masse de calcul	600
Soit une quotité disponible de 1/3	200
Soit une réserve globale de 2/3	400
Et une réserve individuelle de 1/3	200

Imputation

I) En l'absence de clause d'imputation de la réserve globale

La donation faite à B s'impute sur sa part de réserve qu'elle absorbe en totalité :
200 – 300.
Le surplus s'impute sur la quotité disponible et il reste disponible :
200 – 100 = 100.
Le legs fait à C ne peut s'exécuter qu'à hauteur de 100.

2) Avec clause d'imputation sur la réserve globale

La donation faite à B s'impute sur la réserve globale (400 – 300 = 100) qu'elle ne dépasse pas, la quotité disponible reste intacte et C peut donc bénéficier d'un legs de 200.

Conclusion

Avec la clause d'imputation sur la réserve globale, le donateur préserve son disponible mais ne remet pas en cause l'égalité entre ses héritiers débiteurs du rapport.

Formule de clause d'imputation sur la réserve globale

Par dérogation à l'article 919-1, la présente donation en avancement de part successorale s'imputera prioritairement sur la réserve globale des héritiers et subsidiairement sur la quotité disponible.

Les effets de cette clause d'imputation sur la réserve globale, s'ils permettent au disposant de se ménager du disponible, peuvent être déjoués par la seule volonté de l'héritier-donataire simplement en renonçant à la succession. Cette clause, à elle seule, n'est pas suffisante pour garantir cette volonté du disposant de préserver son disponible.

B/ La clause de rapport en cas de renonciation

– Rappel sur les effets de la renonciation à succession. – Le droit à renoncer à une succession est un droit fondamental et une liberté individuelle. Cette branche de l'option successorale ne peut s'exercer qu'au décès du *de cujus* et il ne peut y avoir renonciation par anticipation. On voit bien la difficulté ou le paradoxe qui peut exister entre la volonté d'anticiper le règlement d'une succession selon une dévolution légale par le biais de donation en avancement de part successorale et la liberté totale, discrétionnaire, que le présomptif aura de renoncer à la succession de celui qui, en lui donnant certains de ses biens, avait voulu anticiper. **2377**

Rappelons que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais hérité (C. civ., art. 805, al. 1) et que s'il a reçu des donations en avancement de part successorale, n'étant plus rapportables,

elles viennent s'imputer à leur date sur la quotité disponible (C. civ., art. 845) : « La libéralité conserve sa date mais change d'assiette » (555).

2378 – Les conséquences malheureuses. – La renonciation par l'héritier donataire à la succession aura pour effet de déjouer complètement les prévisions du *de cujus* quant aux libéralités qu'il avait pu faire sur son disponible. En effet, dans son esprit, les donations rapportables devaient s'imputer à titre principal sur la réserve individuelle du donataire, voire sur la réserve globale, et ce n'est qu'à titre secondaire qu'elles pouvaient venir grignoter le disponible. Par la renonciation, la règle d'imputation va s'inverser et c'est le disponible qui va être mangé par la donation devenue préciputaire par la seule renonciation, acte unilatéral s'il en est. Les donations ultérieures, notamment celles consenties hors part successorale et les legs risquent d'être réduits, voire impossibles à exécuter faute de disponible. Cette règle permet ainsi aux héritiers de mettre en place une stratégie de la renonciation pour barrer la route de la succession à des tiers bénéficiaires de libéralités.

Cette situation est également à rapprocher de la nouvelle règle qui veut que le renonçant n'est plus pris en compte pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible. La renonciation peut également avoir pour effet d'augmenter le disponible. En renonçant, le donataire non seulement s'extrait du rapport (556) qui l'obligeait à partager ce qu'il avait déjà reçu, mais cela lui permet aussi de minimiser le risque de réduction...

Les effets de la renonciation sur le rapport : en l'absence de la clause imposant le rapport

Premier exemple : la rupture de l'égalité provoquée par la renonciation

Le *de cujus* a six enfants : Aubin, Pierre, Domitille, Hugues, Quitterie et Foucauld. Il a consenti à Aubin une donation en avancement de part successorale de 800 (valeur au décès). Ses biens existants au décès sont de 400. En l'absence de renonciation, le rapport est de 800 et l'actif à partager de 1 200. Chacun reçoit 200. Aubin doit simplement verser aux autres 600. Si Aubin renonce, sa donation s'impute sur le disponible qui est d'un quart, soit 300. Elle est réductible pour 500, qu'il doit verser à ses frères et sœurs. On voit bien que sa renonciation lui fait gagner 100 et rompt l'égalité dans la fratrie, car il n'est pas astreint au rapport.

Second exemple : la méconnaissance des dernières volontés du *de cujus*

Le *de cujus* a quatre enfants : Paul, Marc, Étienne et Philomène. Il est veuf et a une compagne, Élisabeth. Il a consenti une donation à chacun de Marc, Étienne et Philomène de biens qui valent 400 et à Paul 600. Les biens existants, à son décès, sont de 300. Le *de cujus* a fait un legs au bénéfice d'Élisabeth, sa compagne, portant sur les biens existants :

La masse de calcul de la quotité disponible est de :

400 × 3 + 600 + 300 = 2 100

et la QD est de ¼, soit : 575.

En l'absence de renonciation, le legs des biens existants fait au profit d'Élisabeth peut s'exécuter intégralement puisqu'il est inférieur à la quotité disponible.

Les enfants, par le rapport auquel ils sont tenus, reçoivent chacun 450.

Si Paul, l'un des enfants, renonce, alors la QD est non seulement totalement utilisée mais dépassée par l'imputation de sa donation de 600 (elle est réductible de 25).

Le legs fait à Élisabeth ne peut s'exécuter.

Paul reçoit 575 et les autres enfants se partagent le reste, soit 508,33.

Cette renonciation est profitable à tous les enfants.

(555) B. Vareille, *Volonté, rapport et réduction*, thèse préc., nos 117 et s. – M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 731 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 877.

(556) 13 % des renonciations sont motivées par la volonté de se soustraire au rapport (source : C. Pérès [ss dir.], *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, *Defrénois*, 2017, p. 148).

Le législateur de 2006, dans son élan de libéralisme, a proposé une parade à cette situation, en permettant de prévoir dans la donation « une clause de rapport en cas de renonciation ». Nous verrons que si cette nouveauté va dans une bonne direction, elle n'est pas suffisante.

– Le remède : la clause de rapport en cas de renonciation. – La seconde partie de l'article 845 du Code civil autorise la stipulation dans l'acte de donation d'une clause imposant le rapport en cas de renonciation (557). La présence de cette clause (558) va avoir deux effets sur les règles liquidatives : **2379**

- l'héritier renonçant va être pris en compte pour le calcul de la réserve héréditaire et la quotité disponible (C. civ., art. 913 *in fine*) ;
- l'héritier renonçant pourra être amené à dédommager les autres héritiers lorsque la « valeur rapportée » au titre de la donation qu'il a reçue va dépasser les droits qu'il aurait eus s'il avait participé au partage. Ce dédommagement sera égal à cet excédent.

Formule : la clause de rapport en cas de renonciation

À titre de condition essentielle et déterminante, le DONATEUR impose au DONATAIRE qui s'y soumet, dans le cas où il viendrait à renoncer à la succession du DONATEUR, de rapporter la présente donation conformément à l'article 845 du Code civil.
DONATEUR et DONATAIRE reconnaissent avoir été informés par le notaire soussigné des conséquences de cette stipulation quant au règlement de la succession du DONATEUR.

Les effets de la renonciation sur le rapport : en présence de la clause imposant le rapport

Reprenons les précédents exemples en leur appliquant les règles liquidatives imposées par la clause de rapport :

Premier exemple

Aubin, s'il n'avait pas renoncé, aurait reçu 200. Il a reçu en réalité 800. Il verse donc 600, mais à ses frères et sœurs qui reçoivent chacun 200 : l'égalité initialement voulue est obtenue !

Second exemple

Paul, s'il n'avait pas renoncé aurait reçu :
2 100 (total des biens) – 300 (legs) = 1 800 / 4, soit 450.
Il a reçu 600 et il doit indemniser ses frères et sœur pour 150.
Au final :
Paul reçoit 450,
Marc, Étienne et Philomène reçoivent 450.
Élisabeth reçoit 300.
L'égalité entre les enfants est ainsi préservée et le legs fait à la compagne s'exécute.

(557) M. Grimaldi, *La représentation de l'héritier renonçant* : *Defrénois* 2008, art. 38698. – J. Leprovaux, *Des conséquences de la renonciation de l'héritier donataire* : *Defrénois* 2011, art. 38188. – B. Vareille, *Réflexions sur l'imputation en droit des libéralités* : *RTD civ.* 2009, p. 1. – D. Vigneau, *Le rapport d'une donation à un renonçant* : *JCP* N 2006, 1327. – C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse, Paris 2, LGDJ, 2014, préf. M. Grimaldi, nos 659 et s. – C. Pérès (ss dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?, op. cit.*, no 666.

(558) Compte tenu de l'impact liquidatif et indirectement l'influence que la clause exercera sur l'option, tout comme pour l'autorisation d'aliéner de l'article 924-4 du Code civil, l'ascendant (parent ou grand-parent) ne peut accepter seul cette charge pour le compte du mineur sans l'autorisation du juge des tutelles.

2380 **– Un remède moyennement satisfaisant. –** Il est vivement conseillé d'insérer dans les donations la clause imposant le rapport en cas de renonciation (559), car si l'impact liquidatif est relativement complexe, elle est dotée d'une force dissuasive certaine. En effet, l'existence de la clause qui, au final, fait que l'héritier renonçant ne peut tirer aucun bénéfice de sa renonciation, va l'inciter à ne pas procéder à de telles renonciations calculées. Néanmoins, la clause peut provoquer de réelles injustices si le défunt a consenti plusieurs donations et que certaines contiennent cette clause alors que les autres non. Il s'ensuivra une injustice totale de traitement entre les héritiers. La solution serait de rendre homogènes les donations établissant un acte complémentaire prévoyant le rapport en cas de renonciation pour chacune (560).

2381 **– *De lege ferenda*. –** On ne peut que louer le législateur d'avoir voulu remédier aux effets pervers d'une renonciation calculée. Néanmoins, il est permis de penser qu'en voulant entrer dans une distinction purement liquidative, il n'a pas été en mesure d'envisager tous les cas qui peuvent se présenter et ainsi l'objectif initial n'est que partiellement atteint. Aussi nous pouvons, avec M. Charles Bahurel, estimer qu'il y aurait une solution plus simple et sans doute plus juste. Il s'agirait non plus de jouer sur l'assiette de l'imputation, mais sur sa date en édictant la règle selon laquelle la donation rapportable faite à un renonçant s'imputera non pas à sa date, mais en dernier lieu après les legs (561).

§ III Protéger le dessein successoral du donateur

A/ La charge imposant l'incorporation à une donation-partage future

2382 **– Rappel sur l'incorporation à une donation-partage. –** On sait que la donation-partage, jadis le partage d'ascendant, permet d'attribuer à un des copartagés le bien qu'il avait reçu auparavant dans une donation (562). Il est alloti d'un bien qu'il a déjà reçu. Ce mécanisme d'incorporation sera étudié avec davantage de précision avec les donations-partages. La question que nous nous posons ici est celle de savoir si, en toute légalité, un donateur peut, dans la donation qu'il consent, imposer au titre des charges l'obligation pour le donataire d'incorporer une donation-partage ultérieure qu'il ferait à ses présomptifs héritiers. Après

(559) En ce sens : F. Letellier, *La proportionnalité liquidative* : *Defrénois* 2016, p. 429. – N. Randoux et P. Caignault, *La représentation du renonçant : quand les rapports s'entremêlent* : *JCP* N 2012, 1325. 34 % des notaires ne prévoient jamais cette clause, 28 % la prévoient dans la plupart des cas et enfin 37 % la systématisent (source : C. Pérès [ss dir.], *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, *op. cit.*, n° 201 ; de cette étude, il résulte que ce sont les notaires les plus jeunes qui ont recours à cette clause et qui la conseillent).

(560) On peut se demander si l'incorporation de toutes ces donations dans une donation-partage qui, elle, prévoirait le rapport en cas de renonciation est possible. La question revient à s'interroger sur la possibilité de ce rapport en cas de renonciation dans une donation-partage. La question est peu abordée en doctrine. On peut répondre par l'idée qu'une donation-partage, par essence, est non rapportable, et que cette idée de rapport même s'il n'en est pas un revient à changer la véritable nature de la donation-partage. À cela on pourrait répondre qu'il ne s'agit pas d'un rapport, mais de dédommager des successeurs auxquels la renonciation préjudicie et de préserver le disponible du disposant.

(561) C. Bahurel, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse, Paris 2, LGDJ, 2014, préf. M. Grimaldi, n° 666 qui va même jusqu'à penser (très prudemment) que cette solution pourrait être prévue dans l'acte de donation puisque ce changement de nature s'opère sur la seule volonté du gratifié et une fois la succession ouverte... nous sommes malgré tout un peu perplexes.

(562) C. civ., art. 1078-1 à 1078-3. Sur l'incorporation : 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, nos 1376 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1262. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 1066. – M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, nos 1772 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 10570 et s. – P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, *Defrénois*, 3e éd. 1982, nos 124 à 126. – S. Gaudemet et T. Semere, *L'incorporation des donations antérieures* : *Defrénois* 2014, p. 366.

quelques discussions doctrinales, l'incorporation s'analyse aujourd'hui comme un *mutuus dissensus*, la donation est ainsi conventionnellement révoquée pour aboutir à cet allotissement (563).

– Intérêt de la clause. – On voit bien au travers de cette clause la préoccupation du donateur. Il a plusieurs enfants, il donne à l'un mais pas aux autres. Les raisons de cette situation peuvent être multiples : **2383**

- la consistance actuelle de son patrimoine ne le permet pas (il veut donner une somme d'argent à chacun de ses enfants, mais pour l'instant il n'a pas les liquidités suffisantes pour tous les allotir et celui à qui il donne a un besoin immédiat d'argent car il achète son logement) ;
- la situation juridique de certains biens ne lui permet pas d'en disposer librement (il a deux appartements de valeur identique qu'il pourrait donner à chacun de ses deux enfants, mais pour l'un il reste lié par des engagements fiscaux lui ayant procuré des avantages qui seraient remis en cause par la donation) ;
- la situation purement personnelle ou familiale (le dernier de ses enfants est trop jeune pour recevoir un tel bien, l'un d'eux est en instance de divorce et une donation risquerait d'alourdir la prestation compensatoire qu'il pourrait devoir, *etc.*).

Ce donateur pourrait-il, par une charge de la donation, signifier au donataire que non seulement il s'agit d'une donation en avancement de part successorale, mais également d'une « avance sur donation-partage » à laquelle il s'engage de participer ? Cette préoccupation peut même revêtir un caractère essentiel et déterminant dans cette donation simple qui ne serait qu'une première étape vers une libéralité-partage. Le refus par ce donataire d'y participer mettrait en péril son projet successoral (564).

B/ La licéité de la clause

– Les obstacles à la licéité de la clause. – Il est permis de douter de cette charge à plusieurs titres. En effet, ne s'opposerait-elle pas au principe d'irrévocabilité spéciale des donations, le donateur donnant provisoirement puisque le donataire devra remettre le bien sur la table de la donation-partage ? Les conditions de la donation seraient, elles aussi, modifiées (valeur). De plus, cette clause ne porterait-elle pas atteinte à cette liberté dont dispose le présomptif héritier de renoncer à une donation et à une donation-partage ? Cette restriction ne serait-elle pas trop attentatoire à la liberté individuelle contractuelle, et spécialement en matière de donation ? Si l'on s'arrête à cette analyse, une telle charge prévue dans la donation serait frappée de nullité. **2384**

– Les éléments en faveur de la validité de la clause. – L'incorporation peut apparaître comme une atteinte au principe d'irrévocabilité spéciale des donations. À cela on peut répondre qu'en dehors du cas où le bien incorporé est attribué à un autre que le donataire, c'est-à-dire dans le cas le plus fréquent où le donataire initial est attributaire de ce qu'il a déjà reçu, il n'y a pas véritablement remise en cause de sa propriété, puisqu'il conserve le bien. La seule exigence de l'incorporation à une donation-partage étant le consentement du **2385**

(563) Sur la nature juridique de l'incorporation : B. Vareille, *Volonté, rapport et réduction*, *op. cit.*, nos 325 et s.

(564) Cette charge imposée au donataire appelle plusieurs observations quant à sa sanction :
1) elle ne saurait justifier une exécution forcée car elle reviendrait à accepter une donation-partage avant l'acte, par anticipation, ce qui est inconcevable ;
2) elle pourrait alors justifier une exécution par équivalent, mais on aura du mal à le chiffrer ;
3) sa seule véritable sanction serait la résolution pour inexécution des charges, ce qui permet au donateur de reprendre la main sur son projet successoral. Il est donc utile de compléter cette clause par une interdiction d'aliéner et une clause résolutoire.

donataire, pourquoi ne pourrait-il pas donner son consentement par anticipation ? Il s'agit là du consentement à l'incorporation et non pas de l'acceptation à la donation-partage, qui sera l'étape suivante. Si cette incorporation est possible dans le testament-partage pour les donations en avancement de part successorale, pourquoi ne serait-il pas possible de le prévoir dans la donation ? Car, en cas de refus de ce donataire, le *de cujus* pourrait valablement opérer par un testament-partage qui, finalement, lui serait peut-être plus défavorable (absence de gel des valeurs). Cette dernière observation ne vaut à l'évidence pas pour l'incorporation d'une donation hors part successorale qui, dans la donation-partage, change véritablement de nature.

2386 **– La sanction en cas d'illicéité de la charge d'incorporation. –** Il faut distinguer si la charge revêt un caractère essentiel et déterminant ou pas :

- dans le premier cas, qui risque d'être fréquent, la nullité de la charge d'incorporation entraînerait également la nullité de la donation dans sa globalité et le retour au *statu quo ante*. Au donataire qui l'invoque de restituer le bien qu'il a reçu... ;
- si cette clause n'a pas un caractère aussi important, alors elle sera simplement réputée non écrite et le reste de l'acte produira tous ses effets.

2387 **– En conclusion. –** La question de la licéité de cette charge d'incorporer la donation à une donation-partage future ne peut-être que nuancée (565) :

- dans une donation consentie hors part successorale, elle est à proscrire car contradictoire avec l'idée même d'un avantage préciputaire ;
- la clause ne doit pas conduire à obliger le donataire à remettre le bien qu'il a reçu dans la donation-partage pour qu'il soit attribué à un autre copartagé. Ce procédé parfaitement licite ne peut avoir lieu que du consentement du donataire initial qui se voit attribuer un autre bien en remplacement ;
- la clause doit sans doute être assez précise quant à l'évaluation du bien incorporé. Le bien doit bien évidemment être estimé à la date de l'incorporation mais dans l'état au jour il a été reçu. Cette estimation peut être faite à dire d'expert ou par la moyenne de plusieurs avis de valeur établis par des professionnels. La clause doit être assez précise à ce sujet ;
- enfin, il est sans doute prudent de prévoir un certain délai dans lequel la donation-partage doit intervenir.

Section II Mieux protéger le donataire

2388 **– Pourquoi protéger davantage le donataire ? –** La donation contient cette particularité, qui est de son essence, d'impacter de manière plus ou moins lourde le règlement et la succession du donateur. En effet, la donation sera prise en compte et c'est en cela qu'elle n'englobe pas tous les caractères d'une propriété définitivement acquise pour le donataire. Ses droits résultant de la donation pourront être remis en cause intégralement ou partiellement lors du règlement de la succession du donateur. Même si désormais la réduction et le rapport ont lieu en principe en valeur et par exception en nature. La place du donataire est donc, quant à la propriété du droit transmis, quelque peu inconfortable. Les attributs de son droit de propriété sont amoindris et sa sécurité juridique ainsi que celle des tiers s'en trouvent affectées. Aussi le droit s'est-il assoupli en la matière en autorisant certaines

(565) Plutôt favorable à la licéité de la clause : 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contraintes*, no 4147 : « Si cette obligation semble envisageable pour une simple réincorporation, elle est plus incertaine pour imposer un éventuel changement d'attributaire ».

techniques juridiques qui permettent de renforcer ce droit de propriété ainsi transmis. Cette protection conventionnelle peut avoir un effet immédiat, les droits donnés vont être renforcés au jour de la donation (**Sous-section I**), mais aussi un effet qui sera retardé au jour de la succession du donateur (**Sous-section II**).

Sous-section I Protéger le donataire en confortant son droit

2389 Étudions successivement la mise à l'abri immédiate d'une action en réduction par une renonciation des héritiers réservataires (**§ I**) et l'autorisation donnée dès la donation d'aliéner le bien donné (**§ II**).

§ I Protéger en mettant à l'abri d'une réduction

2390 **– Une nouveauté. –** Le premier des risques lorsque l'on donne est celui d'une réduction future. La réduction, nous l'avons vu lorsque nous avons abordé la réserve héréditaire, est un pan fondamental de notre droit des successions, voire de notre droit civil en son entier. Elle le cœur de l'ordre public successoral. Toutefois, le législateur a, en 2006, assoupli la rigueur de cet ordre public successoral en permettant, sous réserve de respecter certaines conditions, aux héritiers réservataires de renoncer à leur part de réserve au moins en ce qui concerne le bien donné. La renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) (566) est le pacte sur succession future spécialement autorisé par la loi par lequel une personne, présomptive héritière réservataire, va renoncer à agir en réduction contre une ou plusieurs libéralités. Les effets de la RAAR sont d'une particulière gravité, car son auteur fait un abandon immédiat et définitif de sa réserve héréditaire au bénéfice d'une autre personne gratifiée : on voit qu'il s'agit ici, comme très souvent, d'un transfert de protection qui va d'un réservataire au profit d'un gratifié qui l'est donc doublement !

2391 **– Utilité de la RAAR. –** Il se peut qu'en raison de la nature du bien ou de circonstances patrimoniales ou familiales, une ou plusieurs libéralités (on raisonne par rapport aux donations, mais cela vaut également pour les legs et même les avantages matrimoniaux) (567) soient exposées à un risque important de réduction, ce qui, à terme, peut conduire le gratifié à devoir aux héritiers réservataires une somme importante au titre de l'indemnité de réduction. S'il se trouve dans l'incapacité financière de les dédommager, alors il lui faudra se séparer du bien. Certes il est possible que les réservataires non remplis de leurs droits renoncent après le décès à agir en réduction, mais cela n'est pas de nature à garantir, à sécuriser et donc à protéger le gratifié dès avant le décès de son auteur. La RAAR permet de donner cette protection, sous réserve bien évidemment d'un consentement particulièrement éclairé de la part des réservataires.

(566) Sur la RAAR, parmi une littérature abondante : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 907 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 729 et s. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 38830 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1229 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 766 et s. – D. Brac de la Perrière, *Les pactes successoraux et la réserve héréditaire* : *JCP* N 2006, 1302. – I. Combes, *La renonciation anticipée à l'action en réduction : une avancée pour les organismes philanthropiques* : *JCP* N 2006, no hors-série, p. 22. – I. Dauriac, *La renonciation anticipée à l'action en réduction* : *D.* 2006, 2574. – I. Dauriac et M. Van Seggelen, *Prévenir l'insécurité* : *JCP* N 2011, 1138. – M. Nicod, *L'anticipation de la succession* : *JCP* N 2006, 1136. – B. Vareille, *Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction* : *Defrénois* 2008, p. 159.

(567) On parle alors de renonciation à l'action en retranchement.

2392 – Modalités. – Les conditions de la validité de la RAAR sont les conséquences de la particulière gravité de l'acte.

- L'acte notarié doit être reçu par deux notaires. En effet, le législateur a confié à un second notaire, celui qui n'est pas le notaire de la famille auteur de l'acte, la fonction d'éclairer et de recueillir le consentement du renonçant. Ce second notaire, dont la responsabilité est importante, est d'ailleurs désigné par le président de la chambre départementale ou interdépartementale des notaires (568). Cela est de nature à donner une certaine indépendance dans cette mission particulière. Il en résulte trois choses :
  - l'acte est forcément reçu en deux temps. Le consentement du ou des renonçants ne peut être recueilli simultanément à celui des bénéficiaires de la renonciation et du disposant ;
  - l'acte comportera généralement plusieurs dates et si les renonçants, les bénéficiaires et les acceptants le signent le même jour, les notaires devront indiquer l'heure à laquelle la signature intervient pour chacun ;
  - enfin, à l'image du testament authentique et en l'état du procédé numérique de signature du notaire, la RAAR ne semble pas pouvoir être signée sur support électronique.
- La RAAR doit être exempte de tout vice du consentement.
- La RAAR doit être faite au bénéfice de personnes désignées. Ainsi, on ne peut concevoir qu'un présomptif réservataire renonce à l'aveugle à sa réserve. Il doit savoir à qui profite sa renonciation et ce bénéficiaire nommé dans l'acte doit l'accepter.
- Aucune contrepartie ne doit être mise à la charge du bénéficiaire de la RAAR. La renonciation est obligatoirement gratuite ou le fruit d'un marchandage ou d'un échange antérieur, que l'avantage soit sous forme monétaire ou en nature. La conséquence de la moindre contrepartie est la nullité de l'acte.
- La capacité exigée du renonçant est une capacité renforcée : aucune RAAR ne peut être faite pour le compte d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle (V. les travaux de la première commission). Le moindre doute sur la liberté du consentement ou la compréhension par le renonçant à l'acte de renonciation doit emporter, pour le notaire désigné par le président de chambre, le refus d'instrumenter l'acte.

2393 – Étendue et effets de la RAAR. – L'étendue de la RAAR est déterminée par l'acte lui-même. Une grande liberté est offerte aux parties. La renonciation peut ne porter que sur une partie ou sur la totalité de la réserve. La RAAR peut ne concerner qu'un acte déterminé : telle donation ou tel testament. La donation, objet de la RAAR, peut être une donation antérieure à 2007. Elle peut également porter sur une fraction de la réserve, cela revient à réécrire conventionnellement l'article 913, alinéa 1er du Code civil. La RAAR peut devenir un véritable pacte de famille par lequel le disposant redéfinit, avec l'accord de tous, les parts réservataires des uns et des autres. Les effets de la RAAR sont simples : ils paralysent l'action en réduction dont était titulaire le renonçant. Les effets se manifestent donc au décès du disposant et le renonçant ne peut agir en réduction contre le bénéficiaire de la libéralité protégée par la RAAR. Cette privation du renonçant est limitée par la RAAR elle-même. S'il n'a renoncé que partiellement, alors pour le surplus il recouvre la possibilité de demander la réduction. La RAAR est pleinement opposable aux représentants du renonçant quelle que soit l'origine de la représentation (renonciation, prédécès ou indignité) (569). Si la RAAR porte sur une donation de biens présents, alors elle doit être

(568) L. nº 2006-728, 23 juin 2006, art. 34.

(569) On peut imaginer un usage détourné de la RAAR. Si un père, en mésintelligence totale avec ses propres enfants, souhaite que ses frères et sœurs ou neveux ou nièces héritent, alors il peut consentir une RAAR totale au profit de ces derniers....

publiée au service de la publicité foncière et le donataire peut librement aliéner le bien sans aucun risque de revendication, mais à la seule condition que tous les présomptifs réservataires soient renonçants. La RAAR, si elle ne peut être consentie à titre gratuit, n'est pas en elle-même une libéralité. Aussi est-elle fiscalisée au seul droit fixe de 125 €.

– Appréciations du dispositif : protection des uns et « dé-protection » des autres. **2394**
– Comme souvent en matière de protection ou de libéralité, une RAAR revient à « déshabiller Paul pour habiller Jacques », sans doute car le besoin de protéger Jacques est plus impérieux, prioritaire. Mais il s'agit là d'une appréciation relativement subjective et en particulier de la part du donateur. Cette priorité dans le choix de protéger est faite à l'instant « t » de la RAAR, mais que présager de l'avenir ? Qui dit que demain ou après-demain, ce n'est pas Paul qui mériterait des égards supplémentaires, alors qu'on l'aura privé de droit ? Tout cela n'est qu'arbitrage délicat, voire prédiction (570)...

– Un système relativement hypocrite. – Nous nous bornerons à ce que Pierre Catala a si parfaitement exprimé au lendemain de la réforme de 2006 instaurant cette RAAR : « L'opération, du reste, n'est pas exempte d'hypocrisie. Sous le couvert rassurant mais fallacieux d'une renonciation à l'action en réduction, c'est d'une renonciation à la réserve, c'est-à-dire à la succession qu'il s'agit : le législateur n'a pas appelé les choses par leur nom (peut-être parce que la renonciation *in favorem* vaut normalement acceptation tacite de la succession). Au surplus, la renonciation se présente comme une décision unilatérale de son auteur, mais qui peut imaginer qu'un héritier présomptif se présentera spontanément pour répudier sa réserve s'il n'y a pas été induit par d'affectueuses pressions ? Les successibles inexpérimentés, faibles ou mal conseillés courent des risques : ces mêmes héritiers que la loi veut protéger par le mandat à effet posthume au prix de la saisine, elle les dénude par la renonciation anticipée en sacrifiant la réserve. Est-il bien raisonnable de jouer ainsi avec des notions fondamentales ? » (571). **2395**

– Le faible succès de la RAAR. – Il ressort de quelques éléments statistiques que la « RAAR est rare » (572). Faut-il s'en satisfaire (573) ou faut-il le déplorer en l'encourageant (574) ? Très probablement il n'y a pas d'attitude tranchée à adopter. La pratique mesurée de la RAAR démontre la gravité, voire la dangerosité de l'acte dont les notaires et les praticiens sont bien conscients et, comme l'a souligné Pierre Catala (575), ce n'est pas de seulement de la réserve dont il s'agit, mais de l'héritage lui-même. Cette faible utilisation de la technique de la RAAR démontre sans doute l'attachement à la réserve, d'une part, mais aussi la faible demande en la matière, d'autre part. Les données statistiques démontrent que les RAAR sont très « rarement » faites au bénéfice de la philanthropie (576) ; la réserve serait-elle l'obstacle à la générosité envers le monde associatif ? Nous ne pouvons, à la vue de ces chiffres, qu'être dubitatifs. La RAAR peut trouver une certaine utilité lorsqu'elle émane du conjoint. On sait qu'à défaut de descendant, le conjoint **2396**

(570) Cela pose la question de la place de l'imprévision dans la RAAR (sur ce sujet, lire *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss dir. C. Pérès, *op. cit.*, n° 153). Ne serait-il pas sage de faire renoncer dans l'acte à la théorie de l'imprévision, car sinon la RAAR encourrait le risque important d'être sans aucun effet ?.

(571) P. Catala, *Prospective et perspectives en droit successoral* : *JCP* N 2007, 1206, n° 13 *in fine*.

(572) *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss dir. C. Pérès, *op. cit.*, n°s 125, 241 et s. et n° 438.

(573) B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée* : *JCP* N 2016, 1199.

(574) J.-M. Mathieu, *Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale. Plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction* : *JCP* N 2010, n° 5, 1060.

(575) P. Catala, *Prospective et perspectives en droit successoral*, *op. cit*.

(576) *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss dir. C. Pérès, *op. cit.*, n°s 125 et s.

survivant a, depuis 2007, droit à une réserve. Cette réserve du conjoint peut être vécue comme un obstacle à la conservation des biens des époux dans leurs familles réciproques. Aussi le conjoint pourrait-il renoncer à agir en réduction contre la libéralité faite par un époux à ses neveux ou nièces ou à ses frères et sœurs.

§ II Protéger le donataire en lui permettant d'aliéner le bien donné

2397 **– Recevoir la propriété d'un immeuble, c'est bien. Pouvoir en disposer librement, c'est mieux ! –** Il fallait bien trouver un juste milieu entre la protection de l'héritier réservataire pour qu'il puisse être rempli de ses droits et la protection du tiers acquéreur dont la sécurité juridique du titre pourrait être mise en péril par les héritiers réservataires. C'est cet équilibre que le législateur de 2006 a tenté de trouver par l'article 924-4, fidèle remplaçant de l'ancien article 930 du Code civil. Nous avons vu, la réserve héréditaire) que le réservataire dispose d'un droit de suite sur le bien donné dès lors que le bénéficiaire de la libéralité ne peut s'acquitter en valeur de son indemnité de réduction. L'action du réservataire est donc conditionnée par l'insolvabilité du gratifié. Cela fait peser un risque sur le tiers acquéreur qui pourra être amené à s'acquitter de la dette d'autrui. La seule parade pour écarter de manière définitive ce risque d'éviction, bien connu des notaires, est le consentement à l'aliénation lorsqu'elle se présente. L'ancien article 930 du Code civil visait cette seule autorisation des présomptifs héritiers réservataires. Consentement parfois difficile à obtenir... Le législateur, fortement incité par la doctrine la plus autorisée (577), permet désormais que ce consentement par le donateur et les présomptifs réservataires à la vente puisse être donné *ab initio*, dès la donation (578). Là aussi la pratique notariale, dans un souci de sécurité juridique et pour éviter que des actions en réduction fragilisent des droits de propriété, prévoit de manière quasi systématique cette clause. Ne nous méprenons pas. Cette protection du gratifié, qui lui permet de vendre le bien librement et de sécuriser le droit du tiers acquéreur, porte une atteinte évidente à la protection de l'héritier réservataire qui risque de se retrouver sans arme pour faire valoir ses droits (579).

Sous-section II Protéger le donataire dans le traitement futur de sa donation

2398 Le donateur va pouvoir manifester sa volonté de protéger de manière préférentielle le donataire. Cet avantage va se traduire par la nature qu'il va donner à la donation qu'il lui consent. La donation pourra donc être consentie hors part successorale (**§ I**) ou avoir une nature mixte. Elle pourra être rapportable pour partie et préciputaire pour l'autre (**§ II**). En cas de donation par des époux, il sera possible d'aménager l'imputation sur les successions des époux (**§ III**). Enfin, il peut être important de préconstituer la preuve de l'état du bien au jour de la donation (**§ IV**).

§ I La donation hors part successorale

2399 **– Rappel de la distinction entre donations hors part successorale et donations en avancement de part successorale. –** C'est sur le plan de l'imputation que la distinction

(577) M. Grimaldi : *Defrénois* 1996, 3.
(578) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 875.
(579) Cette renonciation, faussement appelée « consentement à l'aliénation », ne peut être consentie pour le compte d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle (V. *supra*, les travaux de la 1re commission).

entre donation en avancement de part successorale et donation hors part successorale va se manifester.

- La donation en avancement de part successorale est la donation faite à un héritier légal, elle sera donc un acompte sur ses droits dans la succession. Il sera tenu à son rapport et elle s'imputera en priorité sur la part de réserve du donataire, puis subsidiairement sur la quotité disponible. Il résulte deux choses de cette nature rapportable de la donation :
  - elle ne remet pas en cause l'égalité entre les héritiers ;
  - et si elle dépasse la part de réserve du gratifié, alors la partie de la quotité disponible qu'elle entame profite à tous les héritiers réservataires.
- La loi présume que la donation faite à un successible est consentie en avancement de part successorale, estimant qu'à défaut de manifestation de volonté contraire le disposant ne veut pas rompre l'égalité entre ses héritiers.

Pour la donation hors part successorale, jadis appelée « préciputaire », la règle va s'inverser partiellement. La donation va s'imputer sur le disponible et le surplus sera sujet à réduction. Le surplus ne s'impute pas sur sa réserve individuelle. Cette donation va donc nécessairement provoquer une inégalité entre les héritiers légaux si le donataire est lui-même un héritier légal ou conférer à un tiers des droits dans la succession, le tout bien évidemment dans la limite de la quotité disponible.

– La volonté d'avantager. – Il est donc loisible au disposant qui souhaite avantager un de ses héritiers par rapport aux autres de stipuler que la donation est consentie hors part successorale. Cette volonté est formulée bien naturellement dans l'acte de donation lui-même. La dispense de rapport peut également résulter d'un acte respectant les formes de la donation (le donateur et le donataire doivent donc intervenir) ou d'un testament dans lequel le disposant va unilatéralement changer la nature de la libéralité. La supériorité du testament en la matière est évidente, car il est librement révocable jusqu'au décès. Le bénéfice pour le gratifié est donc certain, puisqu'il se voit ainsi avantagé par rapport aux autres. La dispense de rapport permet d'assouvir un besoin de protection supplémentaire d'un héritier. On pense à un enfant atteint d'un handicap ou à celui qui témoigne davantage d'affection envers ses parents. **2400**

– Les risques inhérents de la donation hors part successorale. – La dispense de rapport contient par sa nature même le risque d'une réduction. Aussi est-il vivement conseillé d'alerter les parties de ce risque, et éventuellement de projeter une hypothétique liquidation pour anticiper cette réduction. Rappelons simplement que la réduction a lieu en valeur et se traduit par un versement aux réservataires qui revendiqueraient leurs droits. **2401**

Ces risques peuvent être complètement supprimés par le biais d'une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR).

§ II La clause de rapport forfaitaire

– Définition et fonctionnement. – Dans le but de sécuriser et donc de protéger encore un peu plus le donataire, le donateur peut conférer une nature mixte à la donation en aménageant le rapport à la succession. Il est ainsi possible, ainsi que l'article 860, alinéa 4 du Code civil l'autorise, de prévoir une indemnité de rapport définitivement fixée dans l'acte de donation à une somme (580) forfaitaire. Il est également possible de prévoir que le rapport **2402**

(580) Sur les formes que doit respecter la clause de rapport forfaitaire, V. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 769. Nous ne pouvons que conseiller la forme exigée pour la donation.

sera de la valeur du bien au jour de la donation (581). Au décès du disposant, lorsqu'il faudra liquider et partager la succession, la donation prendra une nature mixte. Elle sera à la fois rapportable et préciputaire. Elle sera rapportable pour ce qui est prévu dans le forfait et, à ce titre, s'imputera prioritairement sur la réserve individuelle du gratifié et subsidiairement sur le disponible. Elle sera préciputaire pour l'avantage procuré au donataire par cette clause dérogatoire. Il faut donc calculer le rapport qui serait normalement dû, en déduire le forfait, et la différence ira s'imputer sur le disponible.

2403 **– Les dangers de cette clause. –** Protéger, c'est aussi donner une certitude, une visibilité à celui que l'on gratifie. L'héritier débiteur d'un rapport est inévitablement soumis à une incertitude en raison des règles légales d'évaluation de son rapport (C. civ., art. 860). Ce qu'il devra à la succession est fonction de la conjoncture économique au jour du partage. Ce n'est pas toujours confortable. On peut alors comprendre que le disposant veuille figer le rapport pour donner cette certitude. Mais ce subterfuge n'est qu'illusoire, car ce n'est que déplacer l'incertitude puisqu'il faudra chiffrer cet avantage supplémentaire pour l'imputer sur le disponible. Il pourra être sujet à réduction (582). La seconde incertitude est relative à l'absence de règle dans le cas où la part rapportable (forfaitaire) dépasse la réserve individuelle du donataire et s'impute donc pour cet excès sur le disponible. Dans quel ordre imputer ces deux fractions de la donation ? Si le disponible est dépassé, l'enjeu est important pour les parties car le donataire aura intérêt à ce que la partie préciputaire s'impute en premier, l'autre partie étant toujours sujette au rapport. La doctrine reste hésitante (583). Il est donc vivement conseillé de prévoir un ordre d'imputation dans l'acte. La logique voudrait, dans le but de protéger au maximum le donataire, de prévoir que la part préciputaire s'imputera en premier sur le disponible et la part rapportable en second. Sans doute cette clause devrait, pour produire le maximum d'effet, être couplée avec la clause d'imputation sur la réserve globale pour la part rapportable...

§ III L'aménagement de l'imputation de la donation d'un bien commun par les deux époux

2404 Il est possible que les époux, dans la donation de biens communs faite à un enfant commun, prévoient que la donation s'imputera sur la succession du prémourant en totalité ou principalement sur celle du prémourant, et subsidiairement sur celle du second époux, ou bien même sur la seule succession du second époux.

2405 **– Imputation totale à la succession du premier. –** Si cette clause est prévue, au décès du premier des époux la donation ne sera prise en compte que dans sa succession. L'exigence de ce rapport donnera lieu à une récompense due par la succession du prémourant à la communauté. L'équité et l'équilibre communautaire commandent que cette récompense soit égale au rapport qui sera calculé en fonction des règles de l'article 860 du Code civil, c'est-à-dire que le rapport sera égal à la valeur du bien au jour du partage dans son état au jour de la donation. Il s'agit d'une dette de valeur. La récompense devra être du même montant, sinon la succession se trouverait fictivement enrichie au détriment de la communauté (l'application stricte des règles en la matière voudrait que la récompense soit égale à

(581) Sur la clause de rapport forfaitaire : M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, nos 768 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, no 33095.

(582) Pour un exemple, Cass. 1re civ., 5 déc. 2018, no 17-27.982 : *JCP* N 2019, 1307, note A. Tani (dans cette espèce, la Cour suprême rappelle que la fraction préciputaire est sujette à réduction et ne s'impute que sur le disponible, il ne peut y avoir imputation subsidiaire sur la part de réserve du donataire).

(583) Sur cette question : M. Grimaldi, *La portée des clauses diminuant le rapport dû par le donataire* : *Defrénois* 1990, p. 1. – P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, *Defrénois*, 3e éd. 1982, no 78. – B. Vareille, *Étude critique de l'art.icle 860 alinéa 4 du Code civil*, in *Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 402, note 16.

la dépense faite, c'est-à-dire à la valeur du bien au jour de la donation) (584). L'impact de la clause est également fiscal, car il faut procéder à une nouvelle liquidation des droits de succession ; puisqu'une seule succession est concernée, il faut calculer les droits par rapport à un seul ascendant. Le donataire risque de ne bénéficier que d'un seul abattement et de grimper plus rapidement dans les étages du barème fiscal. Il y aura également lieu de liquider les droits des cohéritiers en fonction de ce rapport.

Sous l'angle de la protection, on ne voit pas vraiment l'intérêt de cette clause, si ce n'est d'anticiper le sort définitif de la donation au décès du premier et de donner un peu plus de sérénité au donataire une fois que son compte aura été fait au décès du prémourant. Cette clause n'est peut-être pas si fréquente en pratique. Elle peut néanmoins, dans certaines situations, s'avérer utile.

– Imputation supérieure à la succession du premier et inférieure à celle du second. **2406**
– Par exemple, il est convenu que la donation s'imputera pour les trois quarts sur la succession du premier et pour le quart restant sur celle du second. Il y aura dans ce cas deux récompenses : une première due par la succession du prémourant (trois quarts) pour la part de la donation imputable à sa succession, et une seconde due par le survivant pour la part correspondant à celle qui sera imputable à sa propre succession (un quart). Comme dans l'hypothèse précédente, il faudra recalculer les droits de donation du donataire, mais aussi des cohéritiers. Ces conventions ne sont pas sans impact sur les droits du conjoint survivant, impact qu'il est important de mesurer pour éviter d'alourdir sa situation.

– Imputation totale au décès du second. – Le rapport est intégralement différé au décès **2407**
du second. Le conjoint survivant devra alors à la communauté une récompense égale à la valeur du bien au jour de la donation. C'est au décès du second que la donation sera traitée comme telle.

– Conclusion sur ces clauses. – Si ces modalités dérogatoires du rapport peuvent dans **2408**
certaines situations bien spécifiques trouver preneur, elles suscitent malgré tout la perplexité. En effet, elles ajoutent un aléa quant au rapport : celui lié à l'ordre des décès. Difficile d'anticiper un rapport à une succession quand on ne sait de quelle succession il s'agit. Sur le plan fiscal, l'intérêt ne semble pas exister.

§ IV Les plus-values apportées par le donataire

– La prise en compte de l'état du bien au jour de la donation. – On sait que le rapport, **2409**
en application de l'article 860 du Code civil, est égal à la valeur du bien au jour du partage dans l'état où il était au jour de la donation. En d'autres termes, les créanciers du rapport ne peuvent pas bénéficier des plus-values apportées par le donataire. L'application de cette règle, parfaitement juste et équitable, se heurte à la preuve de l'état du bien au jour de la donation. Il est donc important de se ménager cette preuve dès l'acte de donation :

- pour les immeubles, ce pourra être à l'image de ce qui est exigé pour les ventes : des diagnostics techniques établis par un professionnel certifié, un rapport rédigé par un homme de l'art, ou tout simplement des photos qui seraient annexées à l'acte. La technologie facilite l'intégration de telles pièces à l'acte authentique de donation ;

(584) Sur cette question : *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, n° 7535. Une clause dans l'acte de donation fixant la règle de calcul de la récompense (en ce sens, P. Catala, *La réforme des liquidations successorales, op. cit.*, form. 24, note 119, *in fine*) nous semble inefficace puisqu'elle constitue une convention matrimoniale qui n'en respecterait pas les formes et serait donc nulle.

- pour les titres de société de personnes dans laquelle le donataire a effectivement une activité : annexer les comptes de la société (bilans et comptes de résultats), voire le compte client, pour que le donataire ne soit pas victime de son dynamisme.

Ces précautions peuvent sembler un peu simplistes, mais elles éviteraient sans doute bien des discussions au moment du partage. La preuve de l'état du bien au jour de la donation peut également jouer en faveur des cohéritiers, car si les plus-values dues au donataire ne leur profitent pas, ils ne doivent pas non plus subir les dégradations et les moins-values qu'il pourrait avoir provoquées.

CHAPITRE III La donation-partage : une large protection des proches

2410 **– Propos introductifs. –** Les libéralités-partages sont un outil complexe de protection en ce qu'elles permettent de transmettre, comme toute libéralité, mais aussi de partager. La donation-partage est la forme « entre vifs » de la libéralité-partage, le testament-partage en est la forme *mortis causae*. Il s'agit d'aborder ici le régime de la donation-partage sous l'angle de la protection, et de distinguer ce qui en elle est protecteur de ce qui ne l'est pas, voire même de ce qui devient un véritable handicap dans son régime. Les libéralités-partages n'étaient autrefois que les partages d'ascendants. Elles ne s'offraient donc qu'au cercle réduit de la famille en ligne descendante. Le domaine de la donation-partage a été élargi de manière importante par des réformes successives, et plus spécialement la grande réforme de 2006. La conception de la donation-partage a donc évolué, ce qui a provoqué des conséquences importantes sur sa nature et sur son régime. Nous envisagerons dans une section introductive la notion même de donation-partage, qui lui donne ses atouts protecteurs (**Section I**). Nous aborderons ensuite la protection conférée par la donation-partage en ce qu'elle est une donation (**Section II**), puis en ce qu'elle est une opération de partage (**Section III**).

Section I Introduction à l'étude de la donation-partage sous l'angle de la protection

2411 Envisageons rapidement la notion de donation-partage (**Sous-section I**), pour en déduire sa nature hybride (**Sous-section II**).

Sous-section I La notion de donation-partage

2412 **– Définition et passé de l'acte de donation-partage. –** La donation-partage désigne le contrat par lequel une personne procède à la donation et au partage de ses biens entre ses présomptifs héritiers (585). Elle est la forme entre vifs de la libéralité-partage, dont le

(585) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2013, no 1246.

modèle *mortis causae* est le testament-partage (586). À la seule lecture de la définition de la donation-partage, son caractère hybride apparaît. Elle est à la fois une donation et un partage (587). Ces deux concepts, ces deux mécanismes et ces deux actes influencent la donation-partage dans son régime juridique, qu'il s'agisse de ses règles de forme (588) ou de fond (589). Autrefois, la donation-partage n'était ouverte qu'à l'ascendant au profit de ses enfants. On parlait de « partage d'ascendant » et cet acte devait cumulativement respecter les règles propres à la donation et au partage. Ainsi pouvait-il faire l'objet de rescision pour lésion. Il devait également respecter la parité des lots, et l'omission d'un enfant pouvait le remettre complètement en cause. Ces règles successorales ont été écartées en 1938 (590). La donation-partage s'est ainsi vu « attribuer » une sécurité juridique complémentaire. Et la mise à l'écart de certaines des règles du partage a permis de fortifier cette opération en évitant de « refaire les comptes » au décès de l'ascendant. La loi du 3 juillet 1971 (591) est allée plus loin en permettant l'incorporation à une donation-partage de donations antérieures (592) ou de fusionner dans une même donation-partage les biens des deux parents (donation-partage conjonctive). En permettant qu'un « non-descendant » soit attributaire d'une entreprise dans un acte de donation-partage, le législateur de 1988 a transfiguré cet acte, qui a muté de « partage d'ascendant » en véritable « libéralité-partage » (593). La réforme des successions et des libéralités de 2006 a accentué cette tendance en prévoyant la possibilité de procéder à des donations-partages transgénérationnelles (594) dans l'ordre des descendants, ou de réaliser des donations-partages entre présomptifs héritiers et non entre les seuls descendants (595).

Sous-section II La nature hybride de la donation-partage : source de richesse protectrice

– Une donation. – La donation-partage (596) est une donation à part entière. Elle procède **2413**
d'une intention libérale et constitue un appauvrissement du donateur envers ses présomptifs héritiers. Le donateur perd ainsi la propriété de ses biens qu'il ne peut plus aliéner, qu'il ne peut plus consommer et dont il ne peut ni user ni retirer les revenus (sauf réserve d'usufruit

(586) Si, par le passé, les deux types de partages d'ascendant que sont la donation-partage et le testament-partage étaient traités ensemble et analysés sous un même angle de vue, aujourd'hui il paraît nécessaire de les dissocier et de leur refuser cette gémellité tant ces deux modes de transmission se sont écartés l'un de l'autre dans leur véritable nature. La facette libérale du testament-partage est restée à son faible niveau d'origine alors que pour la donation-partage, elle n'a cessé de croître. Le testament-partage est l'émanation la plus visible de l'autorité du *de cujus* sur la répartition de ses biens. Sur le testament-partage : M. Nicod, *Les perspectives du testament-partage* : *JCP* N 2014, n° 1186 ; sur la nature du testament-partage.

(587) Sur la nature hybride de la donation-partage : M. Nicod, *La fonction de partage de la donation-partage*, Defrénois, 2014, p. 348.

(588) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1256.

(589) *Ibid.*, n° 1257.

(590) L. 7 févr. 1938.

(591) L. n° 71-523.

(592) C. civ., art. 1078-1.

(593) L. n° 88-15, 15 janv. 1988.

(594) C. civ., art. 1075-1 et 1078-4 et s.

(595) C. civ., art. 1075, al. 1.

(596) La donation-partage, pacte sur succession future licite, n'est pas reconnue dans tous les pays. Aussi l'existence d'un élément d'extranéité implique la vérification de la validité de l'acte dans le pays étranger concerné. Sur cette question, V. 115e Congrès des notaires de France, Bruxelles, 2019, *L'international*, et C. Crône et L. Perreau-Saussine, *Donations-partages et DIP* : *JCP* N 2019, 1311.

ou de droit d'usage). La donation-partage, comme toute donation, permet donc de gratifier, de transmettre la propriété d'un bien susceptible d'apporter une utilité ou des revenus à celui que l'on veut protéger. Mais ce n'est pas le seul attrait protecteur de la donation-partage.

2414 **– Un partage. –** La donation-partage est, par essence, un acte répartiteur. Elle permet ainsi de procéder de son vivant à la distribution de ses biens entre ses héritiers. Ainsi une personne pourra d'elle-même composer les lots en considération des besoins, des aptitudes, de la localisation, de l'état de fortune, de la situation familiale de chacun de ses présomptifs héritiers. Bien évidemment, le lot doit être accepté par son attributaire. Néanmoins cette opération, si elle est faite de manière objective et réfléchie, permet de prévenir les risques de mésentente familiale.

De cette nature hybride, autonome pourrions-nous avancer, va découler le double attrait de la protection par la donation-partage. Celle-ci n'est plus réservée au cercle restreint des héritiers présomptifs. Elle n'est pas non plus limitée aux seuls biens du disposant. Son domaine est donc particulièrement large, ce qui accroît ses vertus protectrices (**Section II**). Sur le plan liquidatif, la donation-partage obéit à des règles particulières dans le but de sécuriser la transmission, même s'il existe un certain nombre de zones d'ombre (**Section III**).

Section II La donation-partage : un acte protecteur par son domaine

2415 La donation-partage témoigne d'une volonté affirmée de protéger, car elle est une libéralité et concentre en elle une intention libérale. Cette protection va concerner certains proches (**Sous-section I**) et porter sur certains biens (**Sous-section II**).

Sous-section I La donation-partage : une conception très large des proches à protéger

2416 **– Annonce de plan. –** « Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits. » C'est le principe affirmé par l'article 1075 du Code civil (**§ I**). L'article 1076 ajoute que toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs (**§ II**). Enfin, l'article 1075-2 autorise qu'un non-successible, voire un non-parent participe à la donation-partage si les biens à lui attribués sont constitués par une entreprise, que celle-ci soit détenue sous forme d'un fonds ou par le biais de droits sociaux (**§ III**).

§ I Les héritiers présomptifs : le principe

2417 **– Les héritiers présomptifs. –** Avant 2007, la donation-partage n'était ouverte qu'en ligne directe, de l'ascendant envers ses descendants et présomptifs héritiers (597). Le législateur de 2006 a ouvert la donation-partage à tous les héritiers présomptifs. Ainsi, on peut

(597) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1249 et s. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, nos 411-30 et s. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, ss dir. B. Vareille, nos10315 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, nos 1060 et s.

procéder à un tel acte au sein de chacun des ordres de la dévolution légale. C'est cette dévolution légale qui sert de référence pour définir le domaine de la donation-partage. Peu importe la nature de la parenté. Ainsi la parenté adoptive (que l'adoption soit plénière ou simple) produit les mêmes effets que les liens du sang. Ce principe implique également la possibilité de faire jouer la représentation.

– Tout ou partie des héritiers présomptifs. – Avant l'entrée en vigueur de la grande réforme des liquidations successorales du 3 juillet 1971, le partage d'ascendant devait être consenti à tous les enfants. Cette règle est apparue inappropriée en cas de survenance d'enfant. Aussi le législateur de 1971 l'a-t-il abandonnée en admettant que la donation-partage pouvait être consentie à certains des présomptifs héritiers seulement, ou parce que le donateur ne veut pas de lui, ou bien parce que cet héritier exclu n'a pas accepté son lot. La loi a simplement donné la possibilité à cet héritier de composer son lot héréditaire au décès sur l'actif existant et de recourir à son action en réduction en cas d'insuffisance. Cela ne vaut que s'il est réservataire, car dans le cas contraire il ne pourra prétendre à rien, sauf s'il était héritier présomptif non encore conçu lors de la donation-partage (C. civ., art. 1077-2, al. 3). En présence de réservataire, il y aura malgré tout une incidence importante lors des opérations de liquidation et de partage de la succession. En effet, les conditions de la règle d'exception de l'article 1078 du Code civil n'étant pas remplies, les règles classiques de calcul de la réserve héréditaire et de l'imputation s'appliqueront. Pour ce calcul, les biens seront pris pour leur valeur au jour du décès dans leur état au jour de la donation. Par contre, en tant que donation-partage, les copartagés ne seront pas assujettis au rapport. Leur protection est donc moindre, mais elle demeure malgré tout. **2418**

– Indifférence de la qualité de réservataire. – Lorsque la donation était partage d'ascendant, elle ne se concevait qu'en contemplation de la réserve héréditaire des descendants à laquelle elle s'accrochait. Désormais, libre à une personne de consentir une donation-partage à ses neveux, à ses frères et parents dès lors qu'au jour de la donation-partage ils sont ses présomptifs héritiers. Par contre, il n'est pas possible de sauter une génération en dehors de l'ordre des descendants. Ainsi un célibataire ne peut consentir une donation-partage directement à ses neveux. Il n'est pas pour autant dépourvu de moyens : il peut procéder par une série de donations simples, mais préciputaires (donc avec dispense de rapport). **2419**

– Dans l'ordre des descendants. – Les applications sont bien connues. Contentons-nous de rappeler que l'ascendant donateur peut réaliser une donation-partage en faisant jouer les règles de la représentation successorale si un ou plusieurs de ses enfants sont prédécédés. C'est une donation-partage par souche, que l'on retrouve également dans les donations transgénérationnelle. Il n'est pas obligatoire que tous les présomptifs héritiers réservataires concourent à la donation-partage. Dans ce cas, elle sera privée de certains effets liquidatifs propres (C. civ., art. 1078). L'héritier absent à l'acte bénéficiera alors d'une action propre pour être rempli de ses droits réservataires. **2420**

– Dans les autres ordres. – En l'absence de descendant, la donation-partage peut profiter aux ascendants privilégiés, aux collatéraux privilégiés, aux collatéraux ordinaires, aux ascendants ordinaires. Chez les collatéraux privilégiés, la représentation successorale pourra jouer, et chez les ascendants ce sera la fente qui œuvrera pour assurer l'égalité des lignes. On peut légitimement s'interroger sur l'utilité de consentir une telle donation-partage. En effet, une série de donations consenties hors part successorale à chacun d'eux peut permettre d'aboutir au même résultat. Ce mode opératoire est même plus protecteur des gratifiés, car ils ne sont pas exposés, par donation simple préciputaire, à l'obligation de fournir son lot au présomptif héritier non conçu au jour de la donation-partage (C. civ., art. 1077-2). Toute- **2421**

fois, il est avancé l'idée que le donateur peut préférer la solennité collective de la donation-partage (598), argument peu décisif dans la mesure où le disposant attaché à cette solennité, peut, dans un même acte au sens de l'*instrumentum*, consentir autant de donations simples qu'il a de présomptifs héritiers en édictant des conditions et charges communes aux donations. Le meilleur argument pour faire usage de la donation-partage est l'incorporation d'une donation antérieure lorsqu'il est d'une volonté collective d'attribuer le bien primitivement donné à un autre. La fiscalité de l'incorporation se limite alors au droit de partage. La donation-partage peut, par contre, avoir un véritable intérêt en présence d'un conjoint.

2422 – Le conjoint. – Quel que soit l'ordre auquel appartiennent les héritiers présomptifs à la donation-partage, le conjoint peut y être également alloti. L'intérêt peut être réel, notamment en l'absence de descendants. En effet, dans cette hypothèse, le conjoint est réservataire. Aussi, s'il concourt à la donation-partage et si tous les héritiers présomptifs sont allotis, alors l'article 1078 du Code civil et le gel des valeurs qu'il édicte pourront recevoir application. Les lots seront sécurisés et le risque de réduction des copartagés sera amoindri. La difficulté née de la présence du conjoint à la donation-partage est que son lien avec le disposant n'est pas, à la différence de ceux du sang, immuable. En effet, le conjoint d'un jour n'est pas forcément le conjoint du dernier jour. Se poseront donc les questions liquidatives.

Le conjoint à la donation-partage, divorcé au décès de son époux

Au décès, le conjoint alloti n'est plus conjoint. Il en résulte plusieurs conséquences : (599)

- il conserve les biens qui lui ont été attribués ;
- le secteur d'imputation change, car il a perdu le bénéfice de la quotité disponible spéciale entre époux. Sa donation s'imputera donc, à la date de la donation-partage, sur la quotité disponible ordinaire ;
- par contre, le conjoint divorcé semble pouvoir continuer à bénéficier de l'article 1078 du Code civil, ses conditions d'application devant être appréciées au jour de l'acte et non pas au décès (600).

En conclusion, le conjoint divorcé encourt un risque de devoir une indemnité de réduction. Cela paraît bien normal puisqu'il a perdu cette qualité de proche privilégié qu'est celle d'époux ou d'épouse ! Il n'est pas non plus exclu que le *de cujus* se soit remarié et ait consenti une nouvelle donation-partage en y invitant son nouveau conjoint...

§ II Le saut de génération : première exception

2423 – Une volonté de protéger ses petits-enfants. – La donation transgénérationnelle est sans doute, avec la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR), une des plus grandes innovations de la réforme de 2006 des successions et des libéralités. Ces deux

(598) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 411-35.

(599) Sur cette question, B. Vareille, *L'ouverture de la donation-partage à des bénéficiaires autres que les descendants. Études offertes à J. Combret, Defrénois*, 2017, p. 167, n° 13.

(600) V. toutefois la position de B. Vareille (*L'ouverture de la donation-partage à des bénéficiaires autres que les descendants*, *op. cit.*) qui semble exclure l'application de l'article 1078 du Code civil à celui qui n'est plus conjoint. La réponse à cette question n'est pas neutre. La donation encourt davantage de risques de réduction. Par exemple, Armand a deux enfants, Adrien et Alexandre. Il donne à chacun d'eux ainsi qu'à sa conjointe Alberte un bien en pleine propriété qui vaut 50. Supposons qu'il ait tout donné. Au décès la masse de calcul de la QD est de 150 et la QD de 50. La part reçue par Alberte si l'article 1078 du Code civil s'applique n'est pas réductible, et chacun a sa part : tout va bien ! Si Alberte est divorcée et si son bien vaut au décès 80, la masse de calcul est donc de 180 et la QD de 60, sa donation est réductible de 20.

innovations sont de la même veine et procèdent de l'idée qu'une personne, une génération, va renoncer à une partie de ses droits héréditaires même s'ils relèvent de l'ordre public successoral. La donation-partage transgénérationnelle était souhaitée par le notariat (601). Toutefois, le succès escompté n'est pas au rendez-vous. On note, d'après les quelques éléments statistiques en notre possession, que ce nouveau procédé d'anticipation successorale à plus long terme est utilisé principalement dans les très grosses agglomérations – plus spécialement à Paris –, au sein des offices notariaux importants, et est réservé à la frange la plus fortunée de la clientèle notariale (602). Ce constat est très probablement dû à un défaut d'incitation fiscale supplémentaire. Pour autant la donation transgénérationnelle est un merveilleux outil symbolisant la solidarité entre plusieurs générations. Cette solidarité des grands-parents envers les petits-enfants est d'autant plus utile qu'aujourd'hui les enfants n'héritent de leurs parents le plus souvent qu'à l'âge de leur retraite, c'est-à-dire à l'âge où, en principe, leurs besoins financiers, que ce soit pour installer leur vie de famille (acquisition d'un logement) ou lancer leur activité professionnelle (reprise ou création d'entreprise) sont passés ; tel n'est pas le cas de leurs propres enfants.

La donation-partage transgénérationnelle est un acte par lequel un ascendant va transmettre et partager des biens qui auraient dû revenir à ses descendants immédiats à la génération suivante (603).

– Les conditions de ce « saut de protection ». – Elles ont trait aux personnes, aux biens attribués, et à un consentement spécial : **2424**

- **les personnes :** la donation-partage transgénérationnelle n'est autorisée qu'en ligne directe et descendante, c'est-à-dire qu'elle n'est ouverte qu'à un ascendant. Elle peut également être consentie par deux époux sous la forme d'une donation conjonctive. La donation transgénérationnelle, à la différence de la donation-partage, n'est pas possible en faveur de neveux ou nièces. Il n'est pas de limitation dans le degré, et des arrière-petits-enfants pourraient être ainsi gratifiés. Mais les conséquences liquidatives, à l'égard de la renonciation du petit-enfant qui laisse sa place à ses propres enfants, sont mal maîtrisées. Le conjoint du donateur peut également être alloti dans une donation-partage transgénérationnelle. De la même manière, il est possible d'y allotir des descendants de degrés différents. Cette forme de libéralité est relativement souple ;
- **les biens :** l'allotissement se fait par souche. C'est-à-dire que la donation-partage transgénérationnelle, à l'image de la donation-partage simple, doit contenir en elle-même constitution et attributions de lots divis à chacune des souches invitées à cet acte, l'attribution pouvant être indivise au regard des descendants de chaque souche. Il n'est pas obligatoire que toutes les souches soient représentées, tout comme une donation-partage peut avoir lieu au bénéfice de seulement une partie des présomptifs héritiers. S'il est souhaitable que la donation-partage transgénérationnelle soit dominée par le principe d'égalité entre les souches, elle n'est en rien obligatoire. La seule limite est le respect de la réserve héréditaire considérée ici par souche (ce sont les enfants qui comptent pour déterminer son *quantum*) ;
- **l'abandon par la génération intermédiaire :** la condition de fond essentielle est le consentement de la génération « sautée ». L'idée est que les enfants renoncent à leur part au bénéfice de leurs propres enfants. Cette renonciation est capitale, car elle va avoir un

(601) 96e Congrès des notaires de France, Lille, 2000, *Le patrimoine au XXIe siècle*.
(602) C. Pérès (ss dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, *Defrénois*, 2017, nos 122 et s. – J. Combret et S. Gaudemet, *ibid.*, nos 235 et s.
(603) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, no 411-41. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1279 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 1061. – J.-F. Sagaut : *JCP* N 2006, 1231.

impact sur la succession du successible qui s'efface au profit de la génération suivante. L'intensité libérale de la donation-partage transgénérationnelle est donc double puisqu'on l'observe à tous les étages !

L'enfant unique et la donation transgénérationnelle

La donation-partage transgénérationnelle est conçue comme une transmission par souche. En seraient donc exclues les familles avec enfant unique. Toutefois, l'article 1078-5, alinéa 1 du Code civil prévoit qu'il est possible à l'ascendant qui n'a qu'un seul enfant de procéder par voie de donation-partage transgénérationnelle. C'est la condition de pluralité de lots qui va ainsi compter ; si l'enfant n'a lui aussi qu'un seul enfant, alors il faudra que l'ascendant allotisse à la fois son enfant et son petit-enfant ; si l'enfant a plusieurs petits enfants, il peut alors allotir ses petits-enfants, son enfant donnera bien évidemment son accord à ce saut de génération.

Schéma :

Première possibilité :

GP

P **P s'efface**

E

(les deux générations sont alloties)

Seconde possibilité :

GP

P s'efface

E1 **E2**

(seule la deuxième génération est allotie)

2425 – Intérêts civil et économique évidents, intérêt fiscal réduit. – La donation-partage transgénérationnelle était attendue avec impatience eu égard à son utilité pratique. Toutefois, son utilisation semble limitée en raison d'une attractivité fiscale insuffisante :

- **sur le plan économique :** la donation transgénérationnelle répond à des besoins sociaux économiques dus à l'allongement de la durée de la vie. Jadis on héritait de ses parents à la force de l'âge, entre quarante et cinquante ans, c'est-à-dire à l'âge où l'on était en pleine activité économique et où, familialement parlant, un afflux patrimonial permet de poursuivre des projets. Aujourd'hui c'est dix à quinze plus tard que l'on hérite, lorsque les besoins sont moindres, la vie professionnelle, les projets familiaux, l'éducation et l'installation des enfants sont des préoccupations passées. L'héritage devient une prime de retraite. Sur le plan économique, il n'est pas forcément bon que les patrimoines se concentrent entre les mains des plus âgés qui ont tendance à thésauriser, à ne pas consommer, à ne pas investir... Aussi la donation transgénérationnelle offre-t-elle un outil juridique licite pour accélérer cette transmission de patrimoine en permettant aux générations les plus jeunes de recevoir leur héritage par anticipation ;
- **sur le plan civil :** s'il a toujours été permis à une personne de gratifier ses petits-enfants par le biais de donations simples, ces transmissions subissent plusieurs limites :
  - celle de la quotité disponible, car la donation faite à un non-successible est forcément consentie hors part successorale. Ces donations non seulement encourent un risque supérieur de réduction, mais elles obèrent également la faculté pour le disposant de disposer par la suite à titre gratuit. Il aliène définitivement une part de sa liberté testamentaire. Cela peut naturellement préjudicier à son conjoint,

– pour le calcul de la quotité disponible et leur imputation, ces donations simples aux petits-enfants obéissent aux règles de l'article 922 du Code civil. Les biens donnés sont pris en compte pour leur valeur au jour du décès et, si subrogation il y a eu, c'est la valeur du bien subrogé qui est à considérer.

La donation-partage transgénérationnelle permet de contourner ces deux écueils. Par sa nature, elle constitue une donation en avancement de part successorale de la souche, et si ses conditions sont réunies elle bénéficie de la règle dérogatoire de l'article 1078 du Code civil. Si toutes les souches sont représentées à l'acte et s'il n'y pas de réserve d'usufruit sur une somme d'argent, alors les valeurs pour calculer la quotité disponible et les imputations sont définitivement fixées à celles de l'acte. À l'évidence, avec ce régime spécial, la donation-partage transgénérationnelle est un mode de transmission véritablement protecteur des plus jeunes générations des familles.

Ajoutons que la donation-partage transgénérationnelle peut également contenir une réincorporation d'une donation antérieure, ce qui, dans certaines hypothèses, peut s'avérer d'une particulière utilité car elle permet d'attribuer un bien qui avait été précédemment donné à une génération à celle suivante. La donation-partage transgénérationnelle bénéficie également de la prescription abrégée de cinq en cas d'atteinte à la réserve héréditaire (C. civ., art. 1077-2, al. 2) ;

- **sur le plan fiscal :** le succès de la donation-partage transgénérationnelle n'est pas au rendez-vous pour la raison principale qu'elle ne présente que très peu d'intérêt sur le plan des droits de donation (604). En effet les droits de mutation sont calculés en fonction des règles de droit commun, c'est-à-dire du lien de parenté. Les petits-enfants ne bénéficient pas de l'abattement de leur auteur. Les règles que l'on connaît en matière de représentation ne s'appliquent pas. Les petits-enfants ne peuvent donc bénéficier que des abattements qui leur sont propres. L'intérêt fiscal de la donation-partage transgénérationnelle demeure toutefois dans les cas suivants :
  – donations de sommes d'argent dans les conditions fixées par les articles 790 B et 790 G du Code général des impôts pour bénéficier des abattements spécifiques,
  – incorporation d'une donation antérieure de plus de quinze ans : le bien attribué à la première génération peut être attribué à celle suivante avec une simple taxation au droit de partage de 2,5 % ; lorsque la donation incorporée date de moins de quinze ans, il y a alors lieu d'imputer les droits initialement perçus sur ceux générés par la nouvelle transmission. Par ailleurs, sur le plan fiscal, le donataire incorporant récupère les tranches et abattements qu'il avait utilisés,
  – pour les patrimoines importants, la donation-partage transgénérationnelle permet de ne pas entrer dans les tranches supérieures du tarif. La fiscalité ignorant l'idée d'une transmission par souche, chacun des petits-enfants est taxé à son niveau par une application du barème applicable en ligne directe.

– Le traitement liquidatif de la donation-partage transgénérationnelle. – La donation-partage transgénérationnelle doit être prise en compte dans la succession du disposant, mais aussi dans la succession de celui qui s'est effacé au bénéfice de la génération suivante (605) : **2426**

- **dans la succession du donateur** (606) **:** on fait comme si les enfants immédiats du donateur avaient été allotis. Il en résulte que les lots recueillis par la souche s'imputent

(604) Sur la fiscalité de la donation-partage transgénérationnelle : G. Bonnet, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, nos 613-61 et s.

(605) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, nos 413-11 et s. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 11685 et s.

(606) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 1280.

sur la réserve individuelle de leur auteur (C. civ., art. 1078-8, al. 1). L'article 1078 s'appliquera si toutes les souches sont alloties et si la génération intermédiaire a, évidemment, consenti à l'acte. C'est tout simplement la règle de l'unanimité que l'on constate sur deux générations (C. civ., art. 1078-8) ;

- **dans la succession du successible représenté** (607) **:** là encore, une autre fiction est à appliquer. On fait comme si les biens reçus par les donataires finaux provenaient de leurs parents immédiats, de la génération représentée. Cette dernière règle mérite quelques précisions.
  Le principe est que les biens reçus par donation-partage transgénérationnelle sont traités sur le plan liquidatif dans la succession du représenté comme les donations simples. Ils sont donc soumis aux règles habituelles du rapport et de la réduction. La nature de donation-partage, en principe hermétique au rapport, s'efface puisque la donation est rapportable à la succession de l'auteur représenté. Mais il est une exception importante si toutes les souches sont représentées et qu'il n'y a pas de réserve d'usufruit sur une somme d'argent : alors la donation est exemptée du rapport. La seconde exception est que si ces mêmes conditions sont remplies, alors l'article 1078 du Code civil va recevoir application et les valeurs, pour le calcul de la quotité disponible et l'imputation, seront bloquées à la date de l'acte.

On notera plusieurs choses :

- dans la succession du donateur (grand-parent), l'article 1078 du Code civil présente un intérêt évident : il donne une certaine visibilité sur la liquidation de sa succession, et par là même il protège les donataires ;
- en revanche, dans la succession des enfants (la génération sautée), la règle de l'article 1078 peut présenter un certain handicap dans la mesure où elle va figer les valeurs à la date de la donation initiale qui, par définition, est relativement ancienne puisque deux générations se seront éteintes. L'érosion monétaire et l'évolution économique générales feront que les biens donnés seront réunis fictivement pour une maigre valeur, ce qui impliquera une forte minoration de la quotité disponible du représenté et donc de sa faculté de disposer à titre gratuit. Aussi est-il possible d'écarter l'application de l'article 1078 qui n'est pas d'ordre public dès lors qu'il est fait appel aux règles de droit commun (C. civ., art. 922) ;
- enfin, que se passe-t-il si l'un des gratifiés renonce à la succession du représenté ? Une fois encore, les prévisions initiales seront perturbées par la volonté d'un seul. Le législateur n'a pas envisagé cette situation. Aussi pensons-nous qu'il faut distinguer la situation des autres copartagés et celle du renonçant :
  - pour les autres copartagés, on fait abstraction de cette renonciation. La donation, si elle était unanime, n'est pas rapportable (il est inconcevable de rendre débiteurs du rapport les copartagés par la volonté d'un seul). On applique l'article 1078 du Code civil si les conditions en sont réunies. Ainsi ils ne subissent pas outre mesure cette renonciation,
  - pour le renonçant : la libéralité devient « hors part successorale ». Elle s'impute donc sur la quotité disponible en prenant rang à la date de l'acte initial. Ce renonçant, comme le conjoint divorcé, doit pouvoir toujours bénéficier de l'article 1078 du Code civil. Il en résulte que, par cette renonciation, le représenté voit sa faculté de disposer à titre gratuit se réduire, car la donation reçue par le renonçant vient s'imputer sur son disponible en prenant rang en fonction de sa date. Puisque la donation-partage transgénérationnelle est rapportable à la succession de la génération sautée (C. civ., art. 1078-9), nous

(607) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1281.

pensons qu'il est parfaitement possible de prévoir dans cette donation-partage transgénérationnelle la clause de rapport à la succession (C. civ., art. 845) de celui qui s'efface, en cas de renonciation à sa succession. Cette génération « sautée » ne doit pas être la victime de sa générosité et de son souci de protéger les plus jeunes. Il s'agit tout simplement du pendant de la règle qui permet à ce représenté d'incorporer une donation-partage transgénérationnelle de son parent à une donation-partage qu'il envisage de faire à ses propres enfants (C. civ., art. 1078-10).

§ III Le tiers à la donation-partage : seconde exception

2427 **– Une exception anecdotique. –** Le législateur, estimant que le départ en retraite d'un patron peut constituer un péril pour son entreprise et qu'il est le mieux placé pour choisir son successeur a, par sa loi du 5 janvier 1988, ouvert la possibilité d'attribuer par voie de donation-partage l'entreprise à un tiers non-parent ou plutôt non présomptif héritier. Cette forme de donation est particulièrement rare en présence de descendants. Son intérêt est également réduit en l'absence de réservataire. Par ailleurs, la fiscalité n'est pas non plus très incitative (608). La loi du 23 juin 2006 a élargi cette faculté à toutes les entreprises, y compris celles détenues sous forme de société. Le chef d'entreprise ne préfère-t-il pas céder son entreprise plutôt que la donner ?...

2428 **– Sur le plan liquidatif. –** Cette libéralité-partage faite à des présomptifs héritiers et à un tiers n'appelle pas d'observation particulière quant à la liquidation de la succession. Les règles des donations-partages classiques sont appliquées, avec les mêmes interrogations. La seule spécificité est que celui qui est alloti par l'entreprise, par définition, n'est pas réservataire. Et sa donation pourra être réductible si les héritiers ne sont pas remplis de leur réserve. L'article 1078 du Code civil pourra jouer pleinement.

Sous-section II L'élargissement de la donation-partage quant aux biens

2429 Le large éventail et la souplesse offerts par la donation-partage se manifestent également par les biens qu'elle peut avoir en objet. Il s'agira bien évidemment des biens du disposant (**§ I**), mais peuvent lui être intégrés ceux de la succession de son époux prémourant (**§ II**) ou ceux de son conjoint (**§ III**).

§ I Les biens du disposant

2430 **– Biens présents. –** À l'évidence, on ne peut donner que ce que l'on a, aussi la donation-partage ne peut-elle porter que sur des biens ou des droits qui sont la propriété du disposant. Même si la donation-partage est une forme autorisée de pacte sur succession future, elle n'en est pas moins une donation, et un appauvrissement est donc une condition essentielle. La donation-partage ne saurait donc permettre une donation de biens à venir. Cette prohibition est clairement énoncée à l'article 1076, alinéa 1 du Code civil.

2431 **– Diversité des biens donnés et attribués. –** Les biens objets de la donation-partage peuvent être de toute nature et de toute valeur pourvu qu'ils soient dans le commerce ou qu'ils ne soient pas frappés par une quelconque interdiction d'aliéner ou soumis à des autorisations ou agréments soit relevant de l'autorité publique (comme les cessions d'entre-

(608) Sauf engagement de conservation des titres (Pacte Dutreil).

prises réglementées), soit de personnes privées (clauses statutaires pour les donations de parts ou actions, interdiction d'aliéner consentie au bénéfice d'un tiers). Ces biens peuvent être donnés en usufruit, en nue-propriété ou bien évidemment en pleine propriété. Il n'en demeure pas moins qu'une donation-partage qui attribuerait des droits en pleine propriété à l'un, des droits en usufruit à l'autre, et des droits en nue-propriété au dernier n'est pas sans susciter quelques interrogations quant à l'équilibre global du partage. Enfin, la donation-partage peut comprendre des droits indivis, mais à la condition que l'attributaire ne soit pas en indivision avec ses copartagés. En ce cas l'acte est disqualifié en donation simple et perd sa nature de libéralité-partage. En cas de donation de droit indivis, le lot de l'attributaire sera suspendu aux opérations de partage de l'indivision à laquelle désormais il appartient. Le cadeau peut ainsi être empoisonné !

§ II Les biens du disposant et les biens de la succession de son conjoint prédécédé

2432 **– Notion et validité de la donation-partage cumulative. –** Il est également possible à l'ascendant survivant de consentir une donation portant sur ses biens pour les réunir aux biens dépendant de la succession de l'ascendant prédécédé. Il est ainsi procédé à un partage global dans un même acte. On parle de donation-partage cumulative (609). L'intérêt d'un tel acte est d'augmenter le nombre de biens à partager et d'y intégrer des droits indivis (pouvant provenir d'une communauté conjugale) sur certains biens, ce qui permet de les porter pour l'intégralité. Plus la masse est importante, plus il est facile de composer des lots. Cet acte a une nature hybride. Il est à la fois partage de succession avec des rapports et donation-partage avec des réincorporations.

La donation-partage cumulative semble être possible pour des enfants de lits différents dans la mesure où les règles édictées pour les donations-partages conjonctives sont respectées. L'enfant non commun ne peut se voir attribuer que des biens ayant appartenu à son auteur (C. civ., art. 1076-1).

2433 **– Régime spécial de la donation-partage cumulative. –** La donation-partage cumulative doit respecter les conditions de fond et de forme des donations et des partages (capacité). Par contre, l'action en complément de part est écartée pour la totalité de l'opération, pas seulement pour sa partie donation-partage (610). Son régime fiscal est donc double : le droit de partage est perçu sur les biens successoraux (dont les indemnités de rapport) et les droits de mutation à titre gratuit sont dus pour les biens donnés. Il faut ajouter le droit de partage sur les donations éventuellement réincorporées. L'action en réduction pourra être introduite dans les cinq ans qui suivent le second décès. L'éventuelle atteinte à la réserve sera appréciée en confondant les deux successions. L'article 1078 du Code civil pourra, si ses conditions d'application sont réunies, recevoir application (611).

Sur le plan de la protection, la donation-partage cumulative permet au survivant de procéder aux arbitrages d'un règlement successoral qui peut s'avérer complexe ou conflictuel. Elle permet également d'user des règles fiscales favorables à l'anticipation successorale.

(609) Sur la donation-partage cumulative, *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, nos 12020 et s. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, nos 411.111 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.*, no 1064.

(610) En ce sens, sous l'empire des anciens textes, Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, no 02-17.708 : *RTD civ.* 2006, p. 802, obs. M. Grimaldi.

(611) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, no 12045.

§ III Les biens du couple

Transmettre par donation-partage est dans bien des cas une opération au caractère familial important. Elle représente le projet des parents de transmettre et partager leurs biens entre leurs enfants. La donation-partage peut donc avoir un caractère collectif marqué. Envisageons le cas des époux (**A**), puis le cas des autres parents (**B**). **2434**

A/ La donation-partage par les époux

La donation-partage par deux parents mariés, dite « donation-partage conjonctive », est consacrée par les articles 1076-1 et 1077-2, alinéa 2 du Code civil, qui visent les donations-partages faites conjointement par des époux. La donation-partage va être influencée par le régime matrimonial des époux donateurs copartageants. **2435**

I/ Les distinctions selon le régime matrimonial

– Les époux communs en biens. – Il pourra être fait masse des biens propres et des biens communs pour en ressortir autant de lots que de copartagés sans considération de l'origine des biens paternels ou maternels. Les copartagés sont même réputés tenir leurs droits de chacun de leurs parents dans des proportions identiques. Il se peut que dans la masse des biens donnés, il existe des droits à récompense soit au profit de la communauté, soit au profit de l'un des patrimoines propres. Il est admis que la donation-partage conjonctive éteint ces droits à récompense parce qu'ils figurent dans la donation elle-même. La validité d'une telle extinction des récompenses a été longuement controversée en ce qu'elle constituait une liquidation partielle anticipée d'un régime matrimonial et qu'elle procédait d'une convention matrimoniale modificative sans en respecter les formes. Aujourd'hui cet abandon ne fait plus aucun doute (612). Il est néanmoins conseillé de préciser par une clause de la donation cette extinction des récompenses portant sur les biens donnés et partagés. Cette extinction des récompenses de la communauté, voire de créances entre patrimoines propres des époux n'est pas sans incidence sur le règlement de leurs propres successions. En effet, l'un des époux peut ainsi se trouver appauvri et les droits de ses héritiers amoindris. **2436**

– Les époux séparés de biens. – Leur situation est encore plus simple que celle des époux communs en biens. La donation-partage peut porter sur des biens personnels à chacun des époux ou sur des biens indivis entre eux. De la même manière, chacun des copartagés est réputé tenir ses droits des deux donateurs même si son lot ne comprend qu'un bien personnel de l'un ou l'autre. Tous les biens donnés et partagés font masse. Il est également conseillé de prévoir que l'acte de donation-partage éteint toute créance entre époux au sujet des biens donnés et attribués, à l'image des récompenses sous la communauté. **2437**

– Les époux en participation aux acquêts. – Si ce régime, comme la communauté d'acquêts, procède de l'idée d'un partage des richesses en fin de mariage (613), au cours de régime les biens restent personnels à chacun. Aussi l'époux, seul propriétaire de ses biens, peut accomplir sur ceux-ci tout acte de disposition. Il peut notamment les aliéner par donation ; les deux époux, comme sous la séparation des biens, peuvent consentir une donation-partage. À l'image de ce que nous avons dit pour le régime de la séparation des **2438**

(612) Cass. 1re civ., 6 févr. 2007, no 04-13.282 : *Defrénois* 2008, 2191, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2007, 608, obs. M. Grimaldi et 623, obs. B. Vareille.

(613) J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, LexisNexis, 2004. – C. Farge, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, nos 171.00 et s.

biens (créances entre époux) ou pour le régime de la communauté (récompenses), il y aura lieu de prévoir un abandon entre les époux de toutes les créances entre époux afférentes aux biens donnés et partagés et de préciser que ces biens et les plus-values qui auraient pu leur être apportées au cours de régime et financées par des acquêts ne seront plus pris en compte dans la liquidation de leur régime.

II/ Les distinctions selon les configurations familiales

2439 – Attribution à des enfants de lits différents. – Les époux et les parents non mariés peuvent consentir une donation-partage à leurs enfants communs, mais aussi à leurs enfants issus d'autres lits. Le récent article 1076-1 du Code civil le permet désormais, mais cette faculté est soumise à plusieurs conditions :

- il doit y avoir au moins deux enfants communs, car une donation-partage ne peut être faite qu'à plusieurs présomptifs héritiers. S'il n'y a pas au moins deux enfants communs, l'un d'entre eux se trouvera seul dans l'opération de partage par son parent (614) ;
- le ou les enfants non communs ne peuvent être attributaires que des biens propres de leur auteur, ou de biens communs. Cet allotissement devra être autorisé, bien évidemment, par le conjoint (C. civ., art. 922). Ce second époux n'est pas codonateur et cette donation-partage fera naître une récompense au bénéfice de la communauté (C. civ., art. 1437).

Sur le plan fiscal, les droits dus par l'enfant attributaire sont calculés sur la valeur totale du bien mis dans son lot au tarif qui le lie au donateur (CGI, art. 778 *bis*).

Il ne semble pas possible d'attribuer à l'enfant non commun des biens indivis au donateur, de sorte que sont exclus de ces donations-partages à enfants de plusieurs lits non seulement les époux séparés de biens ou en participation aux acquêts, mais aussi les concubins et les partenaires liés par un Pacs (615).

III/ Les distinctions quant à l'action en réduction

2440 – L'exception peu protectrice : le report de l'exercice de l'action en réduction. – En matière de donation-partage conjonctive, il est une exception au principe de prescription de cinq années à compter de chacun des décès. Le délai est ici décompté à compter du deuxième décès (616). Cette règle de l'article 1077-2, alinéa 2 du Code civil part de l'idée que les deux successions doivent être réglées de manière confondue et que les droits réservataires doivent être appréciés en considération des deux successions. La règle peut être lourde de conséquences au regard de la protection des différents ayants cause. Au décès du prémourant, une liquidation de sa succession sera effectuée pour éventuellement déterminer des indemnités de réduction des autres donations qui auraient pu être consenties par le *de cujus*. Cette première liquidation ne sera que provisoire, car pour calculer une éventuelle réduction de la donation-partage, il y aura lieu de procéder à une nouvelle liquidation au décès du second, et c'est à la date du second décès qu'il faudra se placer pour calculer les indemnités de réduction éventuelles. Il faudra alors reprendre la première liquidation et l'actualiser ; tous les biens seront donc réévalués au second décès (617). Si une longue période sépare les deux décès, alors les fluctuations dans les valeurs peuvent être impor-

(614) Rép. min. n° 12920 : *Defrénois* 2008, p. 1248 ; *JCP* N 21 mars 2008, n° 12, act. 313.
(615) En ce sens : G. Champenois et M. Klaa : *Defrénois* 2014, p. 377 et s.
(616) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, n° 413-72. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, n° 11845.
(617) En ce sens, et sous le droit antérieur à la réforme de 2006 : Cass. 1re civ., 16 juin 2011, n° 10-17.499 : *Defrénois* 2012, art. 40365, note B. Vareille ; *AJF* 2011, 443, obs. C. Vernières ; *RTD civ.* 2011, 789, obs. M. Grimaldi.

tantes et remettre en cause les résultats de la première liquidation ; elles peuvent rendre réductible ce qui ne l'était pas, ou inversement ! Ce système n'est sans doute pas très protecteur, non pas des copartagés qui sont logés à la même enseigne, mais des autres héritiers ou gratifiés (par ex., un légataire universel...). Ce report a été, à juste titre, critiqué (618) et une analyse globale de la donation-partage sans considération de l'origine des biens pourrait permettre de l'éviter, en revenant à la règle classique (619).

2441 **– L'exception à l'exception : retour au principe général. –** Si la donation-partage a été faite a des enfants communs et à des enfants nés d'autres lits, alors, pour ces derniers, l'action en réduction contre la donation-partage faite par son auteur doit être introduite dans les cinq ans du décès de son auteur (C. civ., art. 1077-2, al. 2 *in fine*) (620).

B/ La donation par d'autres que les époux

2442 **– Des textes discriminatoires ? –** La donation-partage conjonctive serait-elle réservée aux seuls époux et les parents seulement pacsés ou concubins (621) en seraient-ils exclus ? Les textes qui traitent de la donation-partage conjonctive ne mentionnent que les époux codonateurs, mais il est de l'avis unanime de la doctrine que ces libéralités-partages sont ouvertes aux parents non mariés (622). Une solution contraire reviendrait à sortir du champ de la donation-partage une grande partie des familles, le mariage étant en forte diminution et probablement voué à devenir minoritaire dans quelques décennies. Le Droit doit être fait pour le plus grand nombre et non réservé à une minorité. Aussi faut-il admettre que même non mariés, des parents peuvent valablement consentir une donation-partage à leurs enfants tant au moyen de biens qui leur sont personnels qu'au moyen de biens qui leur sont indivis.

Section III La protection liquidative de la donation-partage

2443 La donation-partage est un acte libéral, de générosité, et c'est par cette première nature qu'elle constitue un support important de protection. Mais, à cet attrait, s'ajoute celui de sa fonction répartitrice. La donation-partage est réellement une opération de partage. Elle permet donc d'anticiper la répartition de ses biens entre ses présomptifs héritiers et d'éviter ainsi les effets pervers d'une mésentente entre les héritiers, les méfaits d'un tirage au sort et les conséquences malheureuses d'une procédure de partage judiciaire. Cet allotissement est une condition essentielle de la donation-partage (**Sous-section I**) et ce sont ces attributions qui, à la succession du donateur, vont être prises en compte sur le plan liquidatif (**Sous-section II**).

(618) B. Vareille, *Volonté, rapport et réduction*, thèse, Limoges, préf. P. Spitéri, PUF, 1988, n° 380. – 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, nos 3398 et s., par G. Bonnet et D. Vincent.

(619) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 413-75 ; *RTD civ.* 2011, 789.

(620) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 413-73.

(621) B. Pavy, *Les donations-partages cumulatives et conjonctives sont-elles possibles en dehors des liens du mariage ? Defrénois* 1994, p. 695. – G. Champenois et M. Klaa : *Defrénois* 2014, p. 376.

(622) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 411-102. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 11825. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1250 *in fine*. – G. Champenois et M. Klaa, *Les donations-partages conjonctives et cumulatives* : *Defrénois* 2014, p. 374.

Sous-section I Un allotissement libre, mais nécessaire

2444 La donation-partage est la fille du partage lui-même. À ce titre, elle implique que le disposant procède à cette répartition en confectionnant autant de lots que de donataires copartagés (623). Cette répartition est primordiale dans la donation-partage. Le disposant jouit d'une grande latitude pour établir ces lots (**§ I**), mais cette liberté se heurte à une exigence conceptuelle de la donation-partage (**§ II**).

§ I Une grande liberté pour mieux protéger

2445 Cette liberté est bien évidemment présente dans la répartition des biens (**A**) jusqu'à permettre de déroger au principe d'égalité (**B**).

A/ La liberté dans la composition des lots

I/ Une liberté tous azimuts

2446 **– Liberté dans la diversité. –** Le disposant jouit d'une grande liberté pour confectionner les lots qu'il entend attribuer à ses présomptifs héritiers. Tous les biens dépendant de son patrimoine et dont il peut disposer librement peuvent faire l'objet d'une donation-partage. Celle-ci peut donc porter sur des immeubles, sur des parts ou actions de société, sur un fonds de commerce, artisanal ou libéral (sous réserve que l'attributaire respecte les conditions d'exploitation de ces fonds lorsqu'elles sont réglementées), un portefeuille de titres, des objets mobiliers (meubles corporels) ou des biens incorporels (brevets), ou enfin une somme d'argent.

Les seules limites sont l'ordre public et les clauses d'inaliénabilité ou d'aliénation contrôlée qui peuvent s'appliquer à certains de ces biens et, évidemment, le patrimoine du donateur lui-même car on ne peut donner ce que l'on n'a pas. Ainsi la donation-partage ne peut comprendre des biens à venir du disposant. Pour autant le donateur pourrait également disposer par donation-partage sinon de tous ses biens, au moins des principaux biens constituant son patrimoine. Il répartira ainsi tous ses immeubles, tous ses meubles de valeur (objets d'art), éventuellement ses titres de sociétés qu'elles soient cotées ou non, *etc.*, et conservera le strict minimum pour « finir sa vie ».

Les lots de chacun des copartagés peuvent comprendre plusieurs biens.

2447 **– Liberté dans la nature des droits. –** Les lots attribués dans la donation-partage peuvent comprendre des droits de nature différente. Ainsi il peut être fait usage du démembrement de propriété et il peut être attribué des biens en nue-propriété, le donateur s'en réservant l'usufruit, ou bien l'usufruit de ce même bien figurera dans le lot d'un autre copartagé. Il peut être également donné et attribué un droit d'usage et d'habitation.

2448 **– L'ajustement des lots par des soultes. –** Enfin, lorsqu'il apparaît une différence de valeur entre les lots, alors il peut être convenu le versement d'une soulte entre les copartagés (624). Une donation-partage pourrait même prévoir l'attribution du seul bien donné à l'un des présomptifs héritiers, et aux autres une soulte due par le premier copartagé (625).

(623) *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2018, V° *Lot* et spéc. *Formation et composition des lots*.
(624) A. Karm et X. Grosjean, *Donation-partage avec soulte* : *JCP* N 2019, 1315 et 1316.
(625) Pour un exemple : Cass. 1re civ., 30 janv. 2001, n° 98-14.930 : *JCP* N 2002, n° 1194, obs. R. Le Guidec.

Si la soulte est payable à terme son bénéficiaire, devenant créancier d'une somme d'argent, pourra non seulement bénéficier du privilège de copartageant, mais aussi de la réévaluation de la soulte à la date de son paiement (626), si le bien attribué à son débiteur a augmenté ou diminué de plus du quart de sa valeur initiale apprécié bien évidemment dans son état au jour de la donation (627). Ce seuil du quart rappelle celui de la lésion ou du complément de part en matière de partage qui, nous le verrons, n'existent plus en matière de donation-partage. On voit ici que le créancier de la soulte, si le bien de son copartagé a perdu de sa valeur, subira une perte dans la même proportion. Ce qui peut lui paraître injuste, car non seulement par le paiement à terme de la soulte il n'entrera véritablement en possession de son attribution qu'à son paiement alors que son copartagé reçoit le bien immédiatement, mais de plus il subira une baisse de plus du quart de la somme à recevoir. Si l'un des copartagés est attributaire d'un bien en plein propriété à charge pour lui de verser une soulte à terme, alors l'acte devient déséquilibré. Par contre, si le bien est grevé d'un usufruit, il peut paraître logique de stipuler le paiement de la soulte au jour où l'usufruit sera éteint. La soulte devra être valorisée en fonction de la valeur du bien en pleine propriété car l'usufruit s'est éteint. En ce cas, la solution ne choque pas. Dans la donation-partage, ce système de revalorisation des soultes est d'ordre public.

Les soultes payables à terme et la protection des parties

À la fois le débiteur de la soulte payable à terme et le créancier de la soulte bénéficient d'une protection :

- lorsque l'acte de donation-partage porte sur un immeuble à usage d'habitation, la protection du consommateur, dite « Scrivener », s'applique au bénéfice du débiteur de la soulte. L'acte est donc présumé avoir lieu sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt, à moins que l'attributaire ait renoncé à cette protection en des termes exprès (la mention manuscrite n'est plus exigée dans les actes notariés. Sur cette question, V. *infra*, les travaux de la 4e commission) ;
- nous avons vu que le créancier de la soulte bénéficie d'un système de revalorisation de son dû. La question qui se pose est de savoir si ce système de revalorisation s'impose ou si les parties peuvent lui en substituer un autre. S'agissant d'un ordre public de protection du créancier de la soulte, il serait sans doute possible de prévoir un autre système de revalorisation, tant quant à son seuil de déclenchement (variation du quart de la valeur) que sur le plan du mode de revalorisation, par le recours à un indice par exemple (628), la seule condition étant que cela soit pour une « meilleure sauvegarde » (629) des droits du créancier de la soulte que le système légal actuel. Ce système de revalorisation serait le minimum légal. Pour conforter le système dérogatoire, il faut donc comparer celui de l'article 1075-4 du Code civil avec celui conventionnellement prévu, et adopter celui qui accorde la plus forte réévaluation (630).

(626) C. civ., art. 1075-4 qui renvoie à l'article 828 du même code.
(627) Sur la revalorisation des soultes dans la donation-partage : *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, n° 10775. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités, op. cit.*, n° 1261. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.*, n° 1071.
(628) En ce sens : P. Catala, *La réforme des liquidations successorales, Defrénois*, 3e éd. 1982, nos 115 b et 145 *in fine*. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités, op. cit.*, n° 1261.
(629) P. Catala, *La réforme des liquidations successorales, op. cit.*.
(630) Interprétation de Cass. 1re civ., 6 juill. 2011, n° 10-21.134 : *JCP* N 2011, 1278, note F. Sauvage ; *Dr. famille* 2011, comm. 152, obs. B. Beignier.

II/ L'incorporation de donations antérieures

2449 **– Notion d'incorporation. –** Au regard des grands principes qui gouvernent le droit des successions et des libéralités, la possibilité d'incorporer une donation antérieure à la donation-partage est remarquable, voire surprenante. En effet, l'incorporation permet d'intégrer aux opérations de partage initiées par le disposant une donation antérieure et de porter à la masse des biens donnés et partagés la valeur des biens antérieurement donnés. Cette faculté est prévue à l'article 1078-1 du Code civil. Cette faculté est remarquable en ce qu'elle permet de revenir sur une donation portant ainsi atteinte au principe d'irrévocabilité des donations. Remarquable encore en ce qu'elle permet de changer la nature rapportable ou hors part d'une donation antérieure, car cette faculté d'incorporation se conçoit parfaitement pour une donation en avance d'hoirie ; la donation-partage ne fait alors qu'anticiper le partage de succession avec le rapport de la donation qu'il implique, mais plus difficilement pour une donation préciputaire. Remarquable encore plus encore en ce qu'elle constitue une atteinte supplémentaire à la prohibition des pactes sur succession future. La faculté d'incorporation (631) est surprenante en ce qu'elle permet, dans la donation-partage, d'attribuer un bien antérieurement donné à un autre copartagé que le donataire initial. Le bien, après avoir été la propriété d'un successible pendant un temps certain, change de mains pour être la propriété d'un autre. On peut même aller plus loin en incorporant une ancienne donation-partage et refaire complètement les attributions. On redistribue les cartes !

2450 **– Les conditions de l'incorporation des donations antérieures. –** Toutes les donations antérieures sont concernées, quelle que soit leur forme (ostensible, manuelle, indirecte, déguisée) ou leur nature (hors part successorale ou en avancement de part successorale). L'objet de la donation incorporée est également indifférent. L'incorporation peut aussi comprendre les biens subrogés au bien initialement donné (C. civ., art. 1078-1). La seule exigence est le consentement, bien évidemment du copartagé qui incorpore sa donation, mais aussi des autres copartagés. On voit bien ici que le consentement unanime à ce pacte de famille prévaut et permet ainsi de revenir sur le passé, de tout « remettre à plat » dans le but de stabiliser les lots de chacun.

2451 **– La valeur de la donation incorporée. –** Elle se fait, comme pour le rapport à un partage successoral, pour la valeur à la date de la donation-partage du bien antérieurement donné, et bien évidemment dans l'état où le bien était au jour de cette donation antérieure. N'a pas à être considérée la valeur du bien au jour de la donation initiale. Ainsi les plus-values mais aussi les moins-values sont prises en compte dans la donation-partage. Les plus-values ne sont pas considérées comme un surplus de donation (C. civ., art. 1078-3) et ne donnent pas lieu à une taxation au titre des droits de mutation à titre gratuit, tout comme les moins-values ne peuvent engendrer de restitution. S'il y a eu emploi ou remploi des biens donnés, alors la valeur des biens subrogés sera prise en compte pour cette incorporation. Si le bien a été aliéné, alors c'est son prix de vente qui doit être porté dans la donation-partage.

2452 **– Les atouts protecteurs de l'incorporation. –** Cette incorporation d'une donation antérieure, qui s'analyse en une forme de *mutuus dissensus*, revêt bien des avantages permettant

(631) Sur l'incorporation : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1262 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 10555 et s. ; *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, nos 411-133 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 1066. – P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, *op. cit.*, nos 124 et s.

une meilleure protection de tous les intervenants. Car si elle permet de redistribuer tout ou partie des cartes, ce sont surtout ses atouts qui profitent aux parties :

- **pour le donataire « incorporant » :** la donation intégrée à la donation-partage n'est plus, par la nature de cette dernière, rapportable. Il est donc, comme tous les autres copartagés, exonéré du rapport. Il y aura donc unicité de traitement des héritiers, ce qui n'aurait pas été le cas si la donation antérieure n'avait pas été incorporée. Ainsi il ne sera plus comptable envers ses cohéritiers des plus-values (et des moins-values) afférentes au bien. L'avantage est donc considérable pour lui, car il n'est plus sous cette épée de Damoclès de l'évaluation fluctuante de son indemnité de rapport ;
- **pour tous les copartagés dont le donataire « incorporant » :** si tous les présomptifs héritiers participent à la donation-partage récapitulative (avec incorporation) et si les conditions de l'article 1078 du Code civil sont réunies (absence de réserve d'usufruit sur une somme d'argent), alors le gel des valeurs pour le calcul de la quotité disponible et l'imputation profitera à tous. Les seules valeurs à prendre en compte seront celles de la donation-partage ;
- **pour le disposant et pour tous les copartagés :** la faculté d'incorporation permet de rectifier les erreurs passées ou d'adapter la répartition des biens à une situation nouvelle. Il est possible de redistribuer les biens antérieurement donnés, que ces donations antérieures aient été faites sous forme de donations individuelles ou de donations-partages. Il n'est même pas nécessaire que la donation-partage procédant à ces incorporations comprenne d'autres biens. Aucune limite ne plafonne cette faculté d'incorporation. On pourrait donc envisager d'empiler ainsi plusieurs donations-partages en faisant changer les biens d'attributaires. Cela n'est pas sans difficulté, notamment si les attributaires ont apporté des améliorations sur les biens incorporés, car ils doivent en être dédommagés.

La fiscalité de l'incorporation

En la matière, le droit fiscal suit l'analyse civile de l'incorporation en ce qu'elle ne constitue pas une libéralité supplémentaire du disposant envers les copartagés ou entre les copartagés eux-mêmes. C'est donc le droit de partage (actuellement de 2,5 %) qui est dû sur les donations incorporées (les donations nouvelles sont exonérées du droit de partage). Si la donation incorporée est un don manuel non révélé, alors la révélation a lieu par la donation-partage, ce qui engendre sa taxation aux droits de donation et corrélativement sa non-soumission au droit de partage.
Le changement d'attributaire n'engendre pas de taxation particulière autre que celle du droit de partage, à l'exception de la contribution de sécurité immobilière si le bien est un immeuble (632). Cette mutation entre attributaires a donc lieu à moindres frais (633).

B/ La liberté quant à l'appréciation de l'égalité des lots

– La donation-partage : un partage qui peut être inégalitaire. – On sait que le principe d'égalité a toujours dominé les opérations de partage. D'abord égalité en nature, puis égalité en valeur. Ce principe d'égalité était sanctionné par la rescision pour lésion puis par l'action en complément de part. La donation-partage n'est plus, depuis la loi du 3 juillet 1971, soumise à ce principe d'égalité et peut donc être inégalitaire. La donation-partage s'est ainsi **2453**

(632) Cette règle ne s'applique pas en cas d'incorporation à une donation transgénérationnelle (sur cette question, *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 11615).
(633) Elle évite également un échange qui, sur le plan de l'imposition des plus-values, peut-être très lourd.

détachée de la dévolution légale, laissant ainsi une place importante à la volonté du disposant et des copartagés. Le souci d'une bonne répartition est devenu la priorité plus qu'une égalité arithmétique. La donation-partage « a vocation à gratifier autant qu'à partager » (634). La nature de pacte de famille permet d'entériner que certains soient davantage gratifiés que d'autres. La seule limite à cette rupture de l'égalité est le respect de la réserve individuelle de chacun des héritiers. Mais il faut être conscient que ce désavantage de certains peut certes être acquis au jour de la donation-partage parce que la différence des valeurs des lots en témoigne, mais peut aussi être démultiplié au décès par le jeu de l'article 1078 du Code civil qui énonce que si tous ont concouru à la donation-partage et si l'acte de donation ne porte pas sur une somme d'argent avec une réserve d'usufruit, les valeurs figurant à l'acte seront prises en compte pour le calcul de cette réserve individuelle. Cet article 1078 n'est pas d'ordre public et il est loisible, voire conseillé en cas de donation-partage inégalitaire d'en exclure l'application.

La donation-partage inégalitaire étant licite, la clause apparue en pratique, dite de « donation d'excédent de lot », est devenue totalement inutile (clause qui conférait un avantage préciputaire si le lot d'un des copartagés s'avérait supérieur à celui auquel il aurait pu prétendre) (635).

Si la donation-partage inégalitaire est valide, il est naturel et conseillé de respecter autant que possible l'égalité dans la valeur des lots. Pour autant, il ne faudrait pas que les valeurs de ces lots soient « arrangées » pour rendre égalitaire une donation qui ne l'est pas. Ces évaluations fictives (sous-évaluation d'un lot ou surévaluation d'un autre) pourraient être remises en cause par la suite, et l'héritier réservataire défavorisé pourrait invoquer la valeur réelle des biens au jour de l'acte pour leur voir appliquer l'article 1078 du Code civil (636). Il est de bonne précaution de faire procéder par des professionnels à une juste et précise évaluation des biens objet des donations-partages afin de les rendre encore plus puissantes et incontestables. On ne peut également que conseiller de décrire avec précision les biens dans l'acte de donation-partage. Il pourrait même être annexé un dossier de diagnostics techniques comparable à celui obligatoirement annexé aux ventes d'immeubles.

Chercher davantage l'équilibre que l'égalité

Nous venons de le voir, une donation-partage peut être inégalitaire, mais cette rupture d'égalité, ostensible dans l'acte, ne posera pas véritablement de difficultés dans la mesure où elle est connue et acceptée par tous. Il peut en aller différemment si une donation-partage est d'apparence parfaitement égalitaire, mais profondément inéquitable. Ce sera le cas lorsque certains biens seront donnés en nue-propriété et d'autres en pleine propriété, car certes le contrat devient aléatoire en raison du droit viager qu'est l'usufruit, mais si l'extinction de ce droit se fait attendre ou si elle a lieu de manière précoce, la donation peut devenir un partage profondément injuste. Sans parler de revenir à un principe d'égalité en nature, il est malgré tout nécessaire, afin d'éviter des querelles futures, que les lots soient constitués par des biens et droits de même nature. En cas de démembrement, si certes le barème fiscal s'impose pour le calcul des droits d'enregistrement, rien n'empêche de faire appel à un barème plus précis ou à une évaluation économique de l'usufruit pour composer et évaluer les lots.

(634) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 411.171.
(635) M. Grimaldi et C. Vernières, *De quelques clauses des donations-partages* : *Defrénois* 2014, p. 386.
(636) En ce sens Cass. 1re civ., 4 nov. 2015, n° 14-23.662.

§ II L'impossibilité d'attributions indivises

– L'indivision chasse la donation-partage. – Par deux arrêts importants (637), la Cour de cassation (638) a rappelé qu'une donation-partage devait réaliser à titre de condition essentielle un partage entre les gratifiés. La Cour suprême a ainsi disqualifié (ou déqualifié) (639) des actes conçus comme « donations-partages » en donations simples les actes dans lesquels tout ou partie des copartagés se sont vu attribuer des biens en indivision. La première espèce ne faisait aucun doute et la sanction s'imposait dans la mesure où tous les copartagés étaient attributaires de quotes-parts indivises. Il n'y avait là aucun allotissement et, bien évidemment, l'acte n'avait rien d'une libéralité-partage. La seconde espèce était plus nuancée, car l'un des trois présomptifs héritiers avait reçu un bien divis et les deux autres demeuraient en indivision. La sanction fut identique alors que l'acte en lui-même comprenait une attribution divise partielle, laquelle constitue véritablement une opération de partage (640). Cette décision a pu surprendre une partie de la doctrine et émouvoir les praticiens. En effet, pour beaucoup d'entre eux la libéralité-partage pouvait, sans risquer la moindre remise en cause, ne procéder qu'à un partage partiel (641). Les hypothèses exposées à cette remise en cause sont nombreuses (642). Ce sera le cas lorsque nos « faux attributaires » auront : **2454**

- chacun dans son lot des droits indivis sur des mêmes biens (quotités identiques ou non) ;
- les uns des droits indivis sur des biens, les autres des biens divis ;
- certains des droits indivis et une soulte (somme d'argent) et les autres des biens divis ;
- chacun des biens divis, et tous ou seulement certains d'entre eux en plus des droits indivis sur d'autres biens (643) ;
- tous des droits divis et des droits indivis (644).

Autant le premier modèle ne réalise aucun partage et mérite sans objection possible cette déqualification (645), autant les suivants intègrent des opérations de partage et gagneraient à être confortés en tant que donation-partage.

(637) Ces décisions, publiées au bulletin et énoncées en des termes généraux, ne peuvent être considérées comme de simples arrêts d'espèce. Elles montrent à l'évidence la volonté de la Haute juridiction d'affirmer sa position sur la qualification de l'acte de donation-partage.

(638) Cass. 1re civ., 6 mars 2013, no 11-21.892 : *Defrénois* 15 mai 2013, p. 463, note F. Sauvage ; *RTD civ.* 2013, p. 424, obs. M. Grimaldi ; *JCP* N 2013, 1162, obs. J.-P. Garcon ; *AJF* 2013, 301, obs. C. Vernières. – Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, no 12-25.681. – M. Grimaldi, *Pas de donation-partage sans partage* : *Defrénois* 30 déc. 2013, p. 1259. – P. Potentier, *La donation-partage, à propos de deux arrêts de la Cour de cassation : consonances et dissonances* : *JCP* N 2014, p. 1168. – P. Brenner, *Turbulences sur la donation-partage avec attribution de quotités indivises : le sens de la jurisprudence* : *JCP* N 2014, 1183. – C. Brenner et A. Bouquemont, *Disposer en indivision par voie de donation-partage* : *JCP* N 2015, 1140.

(639) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000.

(640) C. civ., art. 838.

(641) P. Murat, *Turbulences sur la donation-partage avec attribution de quotités indivises : le sens de la jurisprudence*, *op. cit.*, nos 41 et s.

(642) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 10710 et s.

(643) Quel serait le sort de l'acte qui attribuerait à un des donataires des droits indivis avec d'autres personnes que ses codonataires ?.

(644) Exemple cité par P. Murat (*Turbulences sur la donation-partage avec attribution de quotités indivises : le sens de la jurisprudence*, *op. cit.*, no 16) qui parle de « zone grise » pour le juriste et plus spécialement le notaire, le « gris » se lit comme dangereux parce qu'exclusif de toute sécurité juridique et par là même de protection.

(645) Laquelle, sur le plan de ses conséquences, n'est pas bien grave parce que chacun a eu la même chose !

2455 – Les conséquences de cette conception restrictive (646). – La relégation de la donation-partage en donation simple a pour conséquences non négligeables que :

- la donation devient sujette au rapport et chacun des héritiers devra rapporter son lot alors qu'en principe la donation-partage n'est pas rapportable. Ce n'est *a priori* pas le plus gênant si l'on s'arrête là, car si les lots ne sont pas équivalents en valeur au jour du partage de la succession, alors il y aura des indemnités de rapport à verser par certains ;
- l'article 1078 du Code civil ne pourra s'appliquer et les biens donnés seront réunis fictivement pour le calcul de la quotité disponible pour leur valeur au jour du décès (C. civ., art. 922). Cela devient un peu plus ennuyeux, car celui qui pensait pouvoir estimer le montant de son attribution est menacé de réduction si son bien a bénéficié de fortes plus-values ;
- la prescription abrégée de cinq ans à compter du décès spécifique aux libéralités-partages (C. civ., art. 1077-2) ne s'appliquera pas et le délai de droit commun porté à dix années maximum aura vocation à jouer ;
- le partage successoral qui sera fait suite à cette disqualification sera lui-même sujet à lésion, alors que la donation-partage ne l'est pas ;
- les éventuelles réincorporations figurant dans la donation-partage pourraient être remises en cause (647) ;
- l'article 1077-1 du Code civil et ses règles liquidatives particulières ne s'appliquent pas et c'est le droit commun qui le remplace.

On peut également se demander si le consentement à l'aliénation donné en application de l'article 924-4, alinéa 2 du Code civil n'est pas entaché. En effet, ce consentement n'avait-il pas été donné parce qu'au plan du calcul de la quotité disponible et de la réserve, la valeur des lots de chacun était considérée figée et donc, en principe, égalitaire ?

La pratique de ces « fausses donations-partages » a été fortement incitée par le législateur fiscal lequel, brandissant la fameuse autonomie de sa matière, admet sans rechigner la donation-partage de biens indivis (648). Sur le plan de la sécurité juridique, cette solution jurisprudentielle, théoriquement fondée, nous place dans une certaine inquiétude dans la mesure où elle menace des situations que l'on croyait définitivement acquises par le jeu de l'article 1078 du Code civil. Ces pactes de familles pourraient être remis en cause, même s'ils remontent à plusieurs décennies avant la survenance du décès du donateur.

Cette jurisprudence, que nous estimons un peu sévère, exclut du domaine de la donation-partage toutes les familles dont le patrimoine ne comprend pas suffisamment de biens distincts de valeur équivalente. Si les parents ont trois enfants, il leur faut être propriétaires de trois biens de valeur approximativement égale. Consentir une donation-partage en attribuant à l'un le bien de moindre valeur et aux deux autres enfants l'autre bien en indivision ne semble plus possible.

(646) M. Chetaille, *La pratique notariale et la nouvelle position de la Cour de cassation en matière de donation-partage* : *JCP* N 1182, spéc. nos 24 et s.

(647) M. *Grimaldi La nature et les enjeux de l'incorporation*, *Defrénois*, 2016, p. 991 et s.

(648) Avant le 1er avr. 1996, seules les donations-partages bénéficiaient d'une réduction de droits d'enregistrement qui était fonction de l'âge du donateur, et la doctrine fiscale admettait cette qualification de donation-partage même lorsque les attributions étaient faites en indivision. V. *Doc. fisc. Lefebvre*, ENR. X, no 46860. – Rép. min. no 14614, Valleix : *JOAN* Q 15 août 1994, p. 4150 ; BOI-ENR-DMT-20-20-10, no 80. L'article 750, III du Code général des impôts vise expressément les donations-partages en indivision.

D'éminents auteurs et des praticiens aguerris (649) ont proposé des remèdes (650) pour corriger les effets d'une déqualification, comme la donation d'excédents de lots, l'impossibilité d'attaquer l'acte ou autres clauses pénales, la clause de rapport forfaitaire, voire de dispense de rapport (651)...

Aucun de ces « remèdes » ne donne pleinement satisfaction (652) et ne procure toute l'efficacité de la donation-partage, et plus spécialement celle de l'article 1078 du Code civil, à l'exception peut-être de la constitution d'une société civile immobilière et d'une répartition des parts (653) entre les copartagés. Si, sur le plan théorique, la solution est imparable, sur le plan pratique elle est à consommer avec modération. Si l'on refuse cette qualification de donation-partage aux donations de biens avec attributions indivises, c'est justement parce qu'elle ne procure pas cette partition et que l'on n'évite pas les difficultés et les contentieux liés à l'indivision. La société civile immobilière, si conflit il y a, n'arrangera rien. Bien au contraire, elle aura tendance à pérenniser les situations conflictuelles.

En conclusion, ces fausses donations-partages sont dangereuses et peu protectrices. Elles sont donc à bannir !

Sous-section II La donation-partage, une protection liquidative ?

2456 Il est admis que la donation-partage est un acte qui confère une bonne protection aux héritiers en leur garantissant une certaine pérennité dans leurs droits. Elle procède de l'idée qu'une partie au moins de la succession est d'ores et déjà réglée et partagée (**§ I**). Mais cette protection doit être tempérée par les incertitudes qui demeurent quant à l'impact liquidatif de la donation-partage sur la succession (**§ II**).

§ I Une protection de principe

2457 Rapport et réduction sont les maîtres mots des liquidations successorales. Confrontée à chacune de ces institutions, la donation-partage va se démarquer des règles habituelles dans le but de mieux protéger les copartagés.

A/ La donation-partage « par rapport au rapport »

2458 **– Exclusion du rapport. –** Le rapport est une opération préalable consistant à reconstituer en nature ou en valeur une masse, un ensemble de biens en vue de sa liquidation, de son partage ou de sa réalisation (654). Appliqué aux successions, le rapport est « l'institution en vertu de laquelle un héritier doit rendre compte à la succession des libéralités qu'il a reçues

(649) M. Grimaldi, *Que faire au lendemain des arrêts de mars et novembre 2013 ?* : *Defrénois* 2014, p. 355, n° 5. – M. Grimaldi et C. Vernières, *De quelques clauses des donations-partages*, *op. cit.* – 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, n° 3427, par G. Bonnet et D. Vincent.

(650) La qualification des actes étant de la compétence exclusive du juge, celle donnée par les parties est totalement inopérante.

(651) Le disposant risque d'obérer sa faculté de consentir des libéralités ultérieures, ces donations venant s'imputer sur la quotité disponible.

(652) M. Chetaille, *La pratique notariale et la nouvelle position de la Cour de cassation en matière de donation-partage*, *op. cit.*, spéc. nos 40 et s.

(653) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, n° 3428, par G. Bonnet et D. Vincent. – C. Brenner et A. Bouquemont, *Disposer en indivision par voie de donation-partage*, *op. cit.*, n° 17.

(654) G. Cornu (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, V. ce mot.

du *de cujus* » (655). De cette définition, il résulte que le rapport ne se conçoit pas lorsque le partage est déjà réalisé. On ne rapporte pas ce qui est déjà partagé. Comme la donation-partage, par nature et en elle-même réalise un partage, les biens objets de cette donation-partage ne sont jamais assujettis au rapport à la succession du disposant (656). Rapport et donation-partage, tout comme indivision et donation-partage – et les deux sont liés –, sont antinomiques. On a parfois du mal à comprendre ce principe, probablement en raison d'une lecture trop rapide de l'article 1077 du Code civil qui précise que : « Les biens reçus à titre de partage anticipé par un héritier réservataire présomptif s'imputent sur sa part de réserve, à moins qu'ils n'aient été donnés expressément hors part ». Ce texte n'est qu'une règle d'imputation. Il ne faut pas confondre les donations rapportables et les donations en avancement de part successorale. Car si toutes les donations rapportables sont forcément consenties en avancement de part successorale, toutes les donations consenties en avancement de part successorale ne sont pas rapportables : la donation-partage en est l'illustration et marque la différence entre ces deux notions, dont l'une relève d'une opération de partage (le rapport) et l'autre d'une opération purement liquidative visant à préserver la réserve héréditaire (l'imputation sur la réserve) (657). Précisons que cette exclusion du domaine du rapport de la donation-partage, à la différence du gel des valeurs que nous verrons plus loin (C. civ., art. 1078), n'est soumise à aucune condition particulière si ce n'est d'avoir véritablement la nature de donation-partage. Pas besoin donc que tous les présomptifs héritiers soient invités à l'acte ; pas de condition non plus quant à la nature des biens et droits donnés.

2459 – Les dangers de stipuler une clause de rapport dans une donation-partage. – La présence dans la donation-partage d'une clause de rapport à la succession du disposant confère à cet acte une ambiguïté existentielle (658). En effet, l'antinomie entre les notions de donation-partage et de rapport est si forte qu'il va falloir choisir entre les deux celle que l'on va faire prévaloir. Ou bien c'est la nature de partage qui supplante celle du rapport et cette stipulation de rapport sera simplement réputée non écrite (659), ou bien c'est le rapport qui est déterminant : dans ce cas, l'acte est disqualifié en donation simple et tous les lots seront assujettis au rapport, mais selon les règles de droit commun (660). De la même manière, l'application de l'article 1078 du Code civil sera écartée. L'acte initial perd donc la plupart de ses atouts. La solution est dictée par l'interprétation de la volonté des parties que donnera le juge du fond.

2460 – Les conséquences de la non-soumission de la donation-partage au rapport. – Cette exclusion du domaine du rapport, attrait majeur de la donation-partage en ce qu'elle est protectrice des droits des copartagés, a une portée principale qui est que toutes les plus-values afférentes aux biens allotis restent définitivement acquises à son attributaire. À la différence du rapport qui fait bénéficier toute la succession des plus-values (C. civ., art. 860), le revers de la médaille est que le donataire subit seul les moins-values. De la même manière, le sort qui a été réservé au bien donné n'a aucune incidence sur le règlement et le partage de la succession. Le bien attribué a pu être consommé, vendu ou bien un autre a pu lui être subrogé. À la différence du rapport qui fait jouer la subrogation en valeur, en matière de donation-partage tout cela importe peu. Le donataire peut donc investir le

(655) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 724.
(656) M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 741. – Cass. 1re civ., 16 juill. 1997, n° 95-13.316. – Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 11-21.368.
(657) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 413.14.
(658) M. Grimaldi et C. Vernière, *De quelques clauses des donations-partages*, *op. cit.* : « L'erreur est profonde ».
(659) Pour un exemple : Cass. 1re civ., 16 juill. 1997, n° 95-13.316, préc.
(660) Pour une illustration ancienne : Cass. civ., 7 mars 1876 : *DP* 1876, 1, 310.

produit de son bien sans être inquiété par l'obligation qu'il aurait de partager ses éventuels bons placements avec ses cohéritiers. C'est un atout protecteur majeur de la donation-partage. Il doit néanmoins être tempéré ou précisé en deux points :

- **la masse de calcul des droits du conjoint survivant :** la question est simple (661), les biens objets d'une donation-partage doivent-ils être intégrés à la masse de calcul des droits légaux du conjoint survivant ? La doctrine est divisée et la jurisprudence insuffisante pour avoir dégagé une solution. La première thèse consiste à faire une lecture littérale de l'article 758-5 du Code civil qui semble ne soumettre à cette masse que les libéralités rapportables, la donation-partage n'étant pas rapportable la logique veut qu'elle ne soit pas prise en compte dans cette masse de calcul (662). La seconde thèse tend à faire prévaloir l'esprit sur la lettre en considérant que ce n'est pas le caractère rapportable de la donation qui doit être pris en compte, mais celui d'avance sur part successorale, et c'est ainsi qu'une partie de la doctrine (663) est favorable à porter en cette masse les biens figurant dans les donations-partages réalisées par le *de cujus*. Seul un jugement du tribunal de grande instance de Paris a tranché la question dans un sens favorable à l'exclusion de ces biens de cette masse de calcul ce qui tend à réduire les droits du conjoint survivant. La question n'étant pas réglée, il semble possible de fixer conventionnellement la règle dans la donation-partage (664) ;
- **la limite de la réserve héréditaire de chacun :** si la donation-partage n'est pas rapportable et peut être inégalitaire, cela ne peut être que dans une certaine mesure, celle de l'ordre public successoral et plus particulièrement des droits réservataires de chacun des héritiers. En d'autres termes, la donation-partage est une exception à l'égalité et à la dévolution légale (ce que garantit le rapport), mais dans la limite de la quotité disponible. Nous verrons plus loin les modalités et les incertitudes quant à la liquidation des droits en présence d'une donation-partage.

B/ Quant à la réduction : le gel des valeurs et la prescription abrégée

2461 La donation-partage va conférer une certaine protection aux parties, aux héritiers en considération de l'écoulement du temps. Dans un cas, il s'agira de protéger contre les fluctuations de la valeur des biens donnés dans le laps de temps qui sépare la donation-partage du décès ; dans l'autre cas, il s'agira de protéger les héritiers d'un procès en réduction après le décès par un délai de prescription abrégé.

I/ L'article 1078 du Code civil : une protection liquidative

2462 **– Rappel de la règle de calcul de la quotité disponible (C. civ., art. 922). –** On sait qu'en application de l'article 922 du Code civil, pour calculer la valeur de la quotité disponible, il est fait une masse dite de « calcul » comprenant l'actif net existant au décès de

(661) Sur cette question, V. not. C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, n° 289. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 175, 3).

(662) P. Catala : *JCl. Civil Code*, Art. 756 à 767, Fasc. 10, n° 77. – M. Grimaldi : *JCl. Civil Code*, Art. 1075 à 1080. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 413.13 ; *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 186.

(663) M.-C. Forgeard, B. Gelot et R. Crône, *La réforme des successions*, *Defrénois*, 2002, n° 17. – I. Copart, *Successions et libéralités*, Vuibert, 2003, n° 89. – N. Levillain, M.-C. Forgeard et A. Boiché, *Liquidation de successions*, Dalloz, coll. « Référence », 2016-2017, n° 132-46. – S. Ferré-André et S. Berre, *Successions et libéralités*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2012, n° 157. – B. Vareille, *La loi du 23 juin 2006, dix ans après : propos cursifs sur quelques questions liquidatives choisies* : *Gaz. Pal.* 31 mai 2016 et *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 23485. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 99, note 20.

(664) En ce sens M. Grimaldi et C. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, IV, la validité d'une telle clause n'est pas acquise avec certitude.

la succession (biens existants sous déduction du passif et des charges) auquel on réunit fictivement la valeur des biens donnés de son vivant par le *de cujus*. La valeur prise en considération est celle des biens donnés au jour du décès, dans leur état au jour de la donation. Si des biens ont été subrogés à ces biens donnés, alors c'est la valeur de ces nouveaux biens au jour du décès qui va être prise en compte. Ces règles visent à reconstituer comptablement le patrimoine du défunt. Il en résulte :

- que les plus-values fortuites sont prises en compte, mais pas les plus-values dues aux améliorations faites par le donataire ;
- que, par le jeu de la subrogation, les investissements faits par le donataire au moyen des biens donnés profiteront aux cohéritiers. Ces règles peuvent sembler empreintes d'un certain aléa, voire d'une profonde injustice.

Ce sont ces mêmes règles de valorisation qui sont à considérer pour procéder à l'imputation des libéralités.

– La règle dérogatoire de l'article 1078 du Code civil. – L'article 1078 dispose que sous certaines conditions, pour le calcul de la quotité disponible et l'imputation des libéralités, les valeurs à prendre en compte sont celles des biens au jour de la donation-partage. Ces effets sont très larges, car ce gel des valeurs au jour de l'acte vaut :

- pour les héritiers allotis, mais aussi pour les tiers également allotis à cet acte (donation d'entreprise) ;
- pour les donations incorporées à la donation-partage (valeur à l'acte de donation-partage).

Cette règle n'empêche pas pour autant l'héritier de contester la valeur qui a été indiquée dans la donation-partage si elle ne correspond pas à la réalité (665).

Par contre, si réduction de la donation-partage il y a, l'indemnité de réduction doit être calculée conformément au droit commun au jour du partage de la succession (C. civ., art. 924-2) (666).

2463 – Les conditions de la règle dérogatoire. – Il y en a trois :

- **la présence ou la représentation de toutes les souches :** pour jouer, l'article 1078 du Code civil exige que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés aient non seulement accepté la donation-partage, mais aient également reçu un lot dans cette opération de partage. Il s'agira bien évidemment des descendants ; si un nouvel enfant apparaît postérieurement à l'acte de donation-partage, le jeu de l'article 1078 sera exclu. Si, à défaut de descendant, l'héritier réservataire est le conjoint, alors celui-ci devra avoir été impérativement alloti dans l'acte. Son simple consentement à l'acte ne suffit pas. N'oublions pas que le conjoint d'un jour n'est pas forcément celui du décès... ;
- **l'absence de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent :** l'hypothèse est simple. Un des copartagés se trouve attributaire d'une somme d'argent grevée d'un quasi-usufruit au profit du donateur. Il en résulte que son lot est une créance portant sur une somme d'argent qu'il pourra recouvrer sur la succession au décès du donateur. Le montant de cette créance est fixé dans l'acte de donation. Par le jeu de l'érosion monétaire son lot, inéluctablement, subira une baisse de valeur. Le gel des valeurs, s'il était applicable, ne tournerait qu'à sa défaveur et doublement : en ne bénéficiant pas des plus-values sur les autres biens et en subissant l'érosion de son lot... aussi la loi a-t-elle voulu corriger cette situation injuste. Cette protection consiste à faire profiter cet attributaire des plus-values faites par les autres ;

(665) Cass. 1re civ., 4 nov. 2015, no 14-23.662 : *Dr. famille* 2016, comm. 184, M. Nicod et Cass. 1re civ., 25 mai 2016, no 15-16.160 : *JCP* N 2016, no 1277, note M. Nicod.

(666) Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, no 94-17.911 : *D.* 1996, somm. 367, obs. B. Vareille.

- enfin, le jeu de l'article 1078 du Code civil est soumis à **l'absence de clause contraire dans l'acte de donation**. C'est-à-dire que ce gel des valeurs est supplétif de volonté et que les parties peuvent bien naturellement renvoyer au droit commun pour le calcul de réserve héréditaire, de la quotité disponible et des imputations. Ce rejet de l'article 1078 peut être justifié dans certaines hypothèses (par ex., dans la donation-partage transgénérationnelle).

– Raisons et opportunité de la règle : l'effet recherché de la donation-partage. **2464**
– Cette règle de l'article 1078 du Code civil fixant de manière définitive les valeurs des biens donnés à la date de la donation, ajoutée à la non-soumission au rapport de la donation-partage, est sans doute l'attrait majeur de l'acte de donation-partage. En effet ce pacte de famille, en associant tous les héritiers, permet de rendre presque définitifs tous les calculs relatifs aux droits des uns et des autres, et ce quelle que soit la destinée économique des biens attribués. Cela renforce cette opération de partage, sur laquelle on ne pourra pas revenir. La protection est donc majeure : protection des héritiers présomptifs qui sont assurés de ne pas avoir à reverser une quelconque indemnité à leurs copartagés (sauf inégalité manifeste), et protection du donateur dont le dessein successoral se trouve renforcé (667).

– Effets négatifs de la règle. – Ce gel des valeurs peut avoir un impact important. **2465**
Envisageons les différents cas :

- si le *de cujus* n'a pas consenti d'autres libéralités non incorporées à la date de la donation-partage. La règle produit tous ses bénéfices et le partage ne peut être remis en cause, sauf non-respect de la réserve individuelle de l'un ou l'autre des héritiers. Les comptes n'auront pas à être faits ;
- si le *de cujus* a consenti des donations autres que la donation-partage (non incorporée), alors il y aura deux règles d'évaluation : celle de la donation-partage avec des valeurs qui, en principe, devraient être minorées par rapport aux résultats qu'auraient donnés les règles normales, et celle de l'article 922. Pour les autres donations, il peut en résulter que les copartagés, par cette dualité de règle et la minoration dont ils bénéficient, ne soient pas remplis de leur réserve individuelle, et que par là même les autres donations subissent une réduction ;
- enfin, cette règle a pour effet mathématique de minorer la masse de calcul de la quotité disponible, ce qui hypothèque *de facto* la liberté testamentaire du disposant.

– Un aménagement de la règle ? – Il a été émis l'idée de pouvoir aménager la règle dans **2466**
l'acte de donation. De sorte que l'article 1078 du Code civil ne produirait ses effets que si le disposant n'a pas consenti d'autres libéralités que la donation-partage (668). Nous pensons qu'une telle clause n'est pas possible pour plusieurs raisons :

- sur le plan textuel, ce texte dérogatoire ne prévoit pas cette application alternative ;
- sur le plan purement contractuel, cela confère au disposant un pouvoir important qui lui permet de manière unilatérale, potestative, de changer profondément les règles du jeu auxquelles les héritiers avaient adhéré (imaginons : un père a donné tous ses biens par donation-partage, puis pour des raisons personnelles il se « brouille » avec l'un de ses enfants qui avait été alloti d'un bien dont la valeur a augmenté. Même s'il ne lui reste plus rien à donner, il lui suffirait d'instituer un autre de ses enfants légataire universel pour que celui avec qui il est fâché ait à rendre une portion de son lot qu'il se croyait définitivement acquis...). Cela conférerait un certain arbitraire dans cette protection que l'article 1078 du Code civil donne à tous les copartagés.

(667) B. Vareille et P. Sautjeau, *Mérites et maléfices de l'article 1078 du Code civil* : *Defrénois* 2014, p. 356.
(668) M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 413.61.

II/ La prescription abrégée offerte par la donation-partage

2467 **– Un délai raccourci. –** L'action en réduction à l'encontre d'une donation-partage est prescrite par cinq années à compter du décès du donateur. Pour les donations-partages conjonctives et cumulatives faites à des enfants communs, le délai court à compter du décès du survivant (C. civ., art. 1077-2).

§ II Les incertitudes liquidatives : une protection à préciser…

2468 Il nous faut envisager, dans un premier cas, l'hypothèse où l'un des héritiers n'est pas rempli de sa réserve héréditaire (**A**), puis les hypothèses ou un événement imprévu, voire imprévisible viendra modifier le projet de défunt qui s'était attaché à faire, de son vivant, son partage (**B**).

A/ La donation-partage et la protection de la réserve héréditaire

2469 **– La situation. –** Lorsqu'il s'agit de liquider une succession en présence de donation-partage par le *de cujus*, il faut considérer deux choses :

- la donation-partage est une libéralité en avancement de part successorale ;
- le liquidateur doit se borner à vérifier que chacun des réservataires est rempli de sa réserve héréditaire. Si ce n'est pas le cas pour l'un d'entre eux, alors il doit être rempli de ses droits soit au moyen de l'actif existant non légué, soit par le biais d'une indemnité de réduction. Ce dernier cas est le plus simple. L'indemnité de réduction est calculée conformément aux règles classiques : les legs sont réduits concurremment sauf stipulation de rang et les donations – dont la donation-partage – sont aussi réduites en commençant par les plus récentes. L'hypothèse où l'actif existant non légué est suffisant pour compléter la part de réserve de l'héritier insuffisamment alloti est curieusement plus complexe, car pas véritablement tranchée. Deux méthodes liquidatives s'opposent. Elles ont été retenues la première par le tribunal de grande instance de Carpentras (669), et la seconde par le tribunal de grande instance de Paris (670).

2470 **– La première méthode, dite « de Carpentras ». –** Cette première méthode consiste à d'abord remplir sur l'actif existant l'héritier lésé du montant de sa réserve individuelle, puis à répartir le solde de cet actif existant entre lui-même (non rempli de sa réserve) et tous les autres héritiers.

2471 **– La seconde méthode, dite « de Paris ». –** Cette seconde méthode consiste à diviser l'actif existant entre les héritiers selon leur vocation légale. Si cette répartition comble tous les héritiers de leur part de réserve, alors on en reste là et la donation-partage n'est pas remise en cause par des indemnités de réduction. Ce partage égalitaire de l'actif existant vient simplement s'empiler avec la donation-partage et suffit à « refaire les niveaux ». Par contre, si cette répartition ne suffit pas à remplir un héritier de ses droits réservataires, alors le complément sera prélevé de manière égalitaire sur la part des autres héritiers.

(669) TGI Carpentras, 4 mai 1999, n° 97-2525 : *RTD civ.* 2001, p. 182, obs. J. Patarin ; *JCP* G 1999, II, 10380, note F. Sauvage.
(670) TGI Paris, 13 févr. 2008, n° 05-00598.

Tableau comparatif : « Paris-Province » **2472**

Jean-Edern a deux enfants : Rika et Bernard-Henri.
Il leur a consenti une donation-partage inégalitaire : Rika reçoit 60 et Bernard-Henri reçoit 260 (l'article l078 du Code civil est applicable).
Jean-Edern décède et a fait un legs à titre particulier de 50 à Pierre.
L'actif net existant au décès est de 400.
Masse de calcul de la quotité disponible :
Actif net existant : 400.
Réunion fictive des donations : + 320.
Total formant la masse de calcul = 720.
Quotité disponible d'l/3 : 240.
Réserve globale des 2/3 : 480.
Réserve individuelle d'l/3 : 240.

Méthode dite « de Carpentras »	**Méthode dite « de Paris »**
• La réserve individuelle est de 240. • Bernard-Henri a reçu au-delà de sa réserve. Il est rempli de ses droits réservataires. • Rika n'a reçu que 60, il faut donc compléter en lui attribuant 180 sur les biens existants. • On paye le legs particulier à Pierre de 50. • Il reste donc sur les biens existants : 170 qui sont répartis par moitié entre Rika et Bernard-Henri, soit 85 chacun.	• La réserve individuelle est de 240. • Bernard-Henri a reçu au-delà de sa réserve. Il est rempli de ses droits réservataires. • On paye le legs particulier à Pierre de 50, • Il reste donc sur les biens existants : 350, qui sont répartis par moitié entre Rika et Bernard-Henri, soit 175 chacun. • Rika n'a au total que 235. Il lui manque encore 5 pour être rempli de sa réserve. Elle prend donc 5 sur les biens existants que reçoit Bernard-Henri, qui finalement prend 170 sur les biens existants.
Récapitulatif de ce que chacun reçoit selon la méthode	
Bernard-Henri : 345 (260 + 85). Rika : 325 (60 + 180 + 85). Pierre : 50.	Bernard-Henri : 430 (260 + 170). Rika : 240 (235 + 5). Pierre : 50.

– Appréciations des deux méthodes. – La première méthode revient à rétablir une meilleure égalité entre les cohéritiers : l'héritier qui n'avait pas reçu sa réserve reçoit davantage dans la mesure où non seulement il reçoit sa part de réserve individuelle, mais il prend également une part de l'actif existant. La seconde méthode, moins généreuse avec cet héritier aux droits minorés, revient à limiter ses droits à sa réserve héréditaire. Aucune doctrine dominante ne semble se dégager sur cette bien embarrassante question (671). Nous rejoignons Bernard Vareille dans l'idée qu'il ne faut peut-être pas avoir une position absolue et indifférenciée (672). La réponse sur la technique liquidative à adopter résulte sans doute de la volonté du disposant. La donation-partage inégalitaire était peut-être égalitaire au départ, mais parce que l'article 1078 du Code civil ne trouve pas à s'appliquer, elle ne l'est plus au décès ; dans ce cas, la méthode provinciale devrait être préférée. Par contre, si la volonté du *de cujus* était de véritablement limiter un des héritiers à sa réserve, alors la **2473**

(671) Lire M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, nos 413.25 et s. qui semble préférer la méthode parisienne en se fondant sur l'absence de base légale de la première méthode, sur ses résultats aléatoires ainsi que sur le non-respect de la volonté inégalitaire du disposant.
(672) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités, op. cit.*, no 1115.

méthode parisienne devrait prévaloir. Une indication dans l'acte de donation-partage serait la bienvenue !

B/ La protection du projet successoral du disposant

I/ L'apparition d'un nouveau successeur : la protection de l'héritier non conçu lors de la donation-partage

2474 **– Hypothèse. –** Le *de cujus* a procédé à une donation-partage entre tous ses enfants existants au jour où l'acte a été signé. Puis, entre cet acte et son décès, un nouvel héritier apparaît. Il ne s'agit pas du cas où un héritier a été volontairement évincé de ce partage ou de celui dans lequel un des héritiers n'a pas voulu concourir à l'acte. Il s'agit du cas de l'héritier non conçu au jour de la donation (673). La situation est différente dans la mesure où l'inégalité provoquée par la donation-partage ne peut pas être volontaire, puisque cet héritier présomptif était inconnu du disposant. Dans ce cas, la loi protège cet « héritier surprise ».

2475 **– Traitement liquidatif protecteur de l'héritier présomptif. –** L'article 1077-2, alinéa 3 du Code civil permet donc à cet enfant non conçu de reconstituer sa part dans la succession (674), laquelle part n'est pas limitée à sa réserve. Cet héritier a donc vocation à recevoir une part successorale complète. Cette part sera calculée en ajoutant fictivement à l'actif net existant (bien existant sous déduction du passif et des charges) les donations en avancement de part successorale et les donations-partages (valeur au jour du partage), ainsi que les éventuelles indemnités de réduction s'il y en a. Doivent être également déduits les legs et ne font pas partie de cette masse les donations préciputaires. Le total est divisé par le nombre d'héritiers et le résultat constitue les droits de chacun. L'héritier non conçu au jour de la donation-partage perçoit sa part sur l'actif net existant non légué et, s'il est insuffisant, au moyen d'une indemnité dite « de réduction » contre les autres héritiers déjà allotis. Cette action, malgré la lettre du texte, s'apparente davantage à une action en rapport qu'à une action en réduction (675) (« action en réduction aux fins d'égalité ») (676). Cette action est ouverte à tous les héritiers et pas seulement aux descendants titulaires d'une réserve héréditaire (677).

II/ La renonciation par un copartagé à la succession du donateur

2476 **– Cas de figure. –** La situation est simple : un des copartagés renonce à la succession. Il est donc écarté de la succession, mais cette renonciation risque de remettre en cause le partage qui avait été effectué, de son vivant, par le *de cujus*. Par sa renonciation, il disparaît de la scène successorale et perd complètement sa qualité d'héritier. Le lot qu'il a reçu lui devient préciputaire. Cette renonciation modifie la nature de l'acte initial en lui conférant une part préciputaire. Quelle valeur doit-on retenir de ce lot du renonçant pour le calcul de la quotité disponible et des réserves individuelles pour déterminer si chacun en est rempli (C. civ., art. 1077-1) ? Si les conditions de l'article 1078 du Code civil n'étaient pas remplies à la

(673) Ou dont la conception était inconnue du disposant au jour de l'acte ; s'il la connaissait, alors ce mécanisme protecteur n'existe pas car la volonté de ne pas l'allotir dans la donation est présumée.

(674) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1277 et s. – *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, no 1135. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, 1082. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, no 413.90.

(675) M. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 1082 : « Tout se passe comme si l'on faisait rapport des dispositions qui sont contenues dans la donation-partage en vue d'un nouveau partage ».

(676) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 11050 et 1135.

(677) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 1278.

signature de la donation, on appliquera les règles de droit commun, c'est-à-dire que les valeurs des biens attribués à tous les copartagés seront prises en compte au décès. Par contre, en cas d'application de l'article 1078, doit-on retenir la valeur au jour de la donation-partage tant pour les biens des acceptants que pour ceux des renonçants ? En d'autres termes, l'article 1078 du Code civil peut-il s'appliquer à une personne qui n'est pas héritière ?

La question est complexe et sans véritable solution. Les enjeux liquidatifs sont présents. Si le bien donné au renonçant a augmenté de valeur, et si l'on considère les valeurs au jour de la donation pour les acceptants et au jour du décès pour le renonçant, alors mathématiquement on va réduire le disponible après l'imputation de cette donation. La solution est injuste. Elle le serait d'autant plus si toute la donation-partage était réductible puisque celle du renonçant, plus importante, serait réduite proportionnellement et donc d'un moindre montant (ce pourrait être le cas d'un second conjoint réservataire non rempli de sa réserve). Aussi préférera-t-on appliquer dans sa globalité l'article 1078 du Code civil, dont le dessein est bien de protéger chaque attributaire. Il semble par ailleurs difficile de revenir sur cet acte, les conditions de l'article 1078 devant être appréciées au jour de l'acte lui-même et non pas au décès.

L'article 1078 du Code civil et la renonciation d'un copartagé

W consent une donation-partage à ses trois enfants A, B et C de 50 chacun (valeur DP).
W décède et C renonce à la succession. Le bien reçu par lui, qui valait 50, vaut au décès 75 (C n'est pas représenté),
Le défunt a institué un légataire universel D.
Les biens existants sont de 50.

- **Si l'on applique l'article 1078 à tous**

Masse de calcul : 150 + 50 = 200.
La quotité disponible est donc de 1/3 = 66,66.
La réserve héréditaire individuelle est de : 66,66.
Les deux réservataires doivent donc recevoir au minimum : 66,66.
Ils ont reçu par la donation-partage : 50,00.
Reste donc à recevoir par chacun : 16,66.
Reste sur les biens existant pour le légataire D : 16,68.

- **Si l'on prend la valeur au décès du bien du renonçant**

Masse de calcul : 225.
La quotité disponible est donc de 1/3 = 75,00.
La réserve héréditaire individuelle est de : 75,00.
Les deux réservataires doivent donc recevoir au minimum : 75,00.
Ils ont reçu par la donation-partage : 50,00.
Reste donc à recevoir par chacun : 25,00 × 2 = 50.
Ce qui épuise les biens existants et le légataire ne reçoit rien.

Conclusion :

La revalorisation n'est pas favorable au *de cujus* qui perd du disponible.
La revalorisation peut être favorable aux autres présomptifs héritiers réservataires, car elle peut rendre cette libéralité réductible.
L'esprit de l'article 1078 du Code civil est de sécuriser et de protéger les copartagés ainsi que le disposant. Aussi nous pensons que seule la première méthode vaut.

III/ La perte de qualité de présomptif héritier

2477 **– Le cas du conjoint à la donation-partage. –** Nous avons vu que la donation-partage avait été, en 2006, ouverte au conjoint. Autant le lien de filiation et la qualité d'héritier du sang sont relativement pérennes et ne risquent pas d'être perdus, autant la qualité de conjoint est de moins en moins acquise. Le conjoint d'un jour n'est plus forcément le conjoint de demain ou celui des derniers jours. Pour autant il a pu être alloti dans une donation-partage mais n'est plus héritier. Quelle est l'incidence du divorce entre la donation-partage et le décès ?

Tout d'abord, le bien attribué restera acquis à l'ex-conjoint, mais son lot ne pourra s'imputer que sur la quotité disponible ordinaire (il a perdu sa quotité disponible spéciale) à la date de la donation. Reste la question de l'évaluation : bénéficie-t-il de la règle de l'article 1078 du Code civil qui, c'est une certitude, reste acquise aux autres copartagés ? Une réponse négative a pu être donnée à cette question très rarement étudiée (678). Toutefois, nous reprenons l'idée développée dans le précédent paragraphe, à savoir que ne pas appliquer à l'ex-conjoint ce gel des valeurs serait trop défavorable à tous les successeurs. Considérons donc que cette protection de l'article 1078 s'applique également dans cette hypothèse.

SOUS-TITRE II

Protéger ses proches après sa mort

2478 **– Les dernières volontés : un impératif d'efficacité. –** La liberté de tester est une liberté fondamentale à valeur constitutionnelle. Elle autorise donc toute personne, dans les limites de la quotité disponible, à désigner par testament ses héritiers ou à disposer de certains de ses biens au profit de certains de ses proches. La difficulté inhérente au testament est qu'au moment de l'exécuter son auteur ne sera plus là. Il ne sera pas là pour expliquer ses dispositions de dernières volontés, il ne sera plus là non plus pour surveiller leur bonne exécution. Les dernières volontés sont donc livrées aux vivants. Elles encourent donc plusieurs risques liés à leur confection (**Chapitre I**) et à leur exécution (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La protection et la confection du testament

2479 Le testament, libéralité par excellence, est fondamentalement un outil de protection de ses proches. En raison de sa nature *mortis causae*, le testament étant à la fois révocable par nature et n'entraînant, à la différence de la donation, aucun dessaisissement, permet de protéger des proches tout en se protégeant soi-même.

2480 **– Définition du testament. –** L'article 895 du Code civil définit le testament comme « un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer ». Cette définition à elle seule ne suffit pas à définir le testament. En effet, trop réductrice, elle semble davantage correspondre à celle d'un legs, contenu testamentaire le plus fréquent, mais ne saurait s'identifier au testament.

(678) B. Vareille, *L'ouverture de la donation-partage. Études offertes à J. Combret*, *Defrénois*, 2017, n° 13.

De la même manière, cette définition ne souligne pas le caractère solennel du testament qui pourtant est de son essence (679). Le testament doit être défini plus largement.

Le testament est un acte unilatéral, à cause de mort, au moyen duquel une personne prend des dispositions d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial. Les dispositions patrimoniales peuvent consister en des legs, des charges, des modalités relatives à la transmission de son patrimoine, accessoires ou non des legs. Les dispositions extrapatrimoniales sont le plus souvent relatives aux conditions et modalités des obsèques ou de la sépulture du testateur, au devenir de ses droits non patrimoniaux, à la reconnaissance d'enfant naturel, à des tutelles datives ou autres dispositions familiales sans caractère économique, *etc.* (680)

2481 **– Nature du testament. –** La nature juridique du testament résulte de sa définition. Le testament est un acte unilatéral, solennel, à cause de mort. Unilatéral en ce que son auteur est unique, le testament ne saurait être l'œuvre de plusieurs personnes. Le testament conjonctif en droit français est frappé de nullité (681). Il est solennel en ce qu'il doit, à peine de nullité également, respecter des règles de forme. Cette exigence formelle est justifiée par l'idée que le patrimoine familial doit être protégé. Cette protection, comme pour toutes les libéralités, passe par la protection même du disposant. Protection contre lui-même, contre ses sautes d'humeur, ses élans passionnés et contre les pressions des tiers. La solennité permet également de différencier les véritables dispositions testamentaires des idées ou des vagues projets émis par le futur défunt. La portée juridique d'un testament est importante.

2482 **– Enjeux du testament. –** Le testament, malgré la solennité qui lui est attachée, peut consister en quelques lignes couchées sur un morceau de papier par son auteur. Acte simplissime s'il en est, il est à la portée de tous, mais ses conséquences juridiques peuvent être colossales. Cet acte, réduit à sa forme la plus simple, peut définir et organiser la transmission du patrimoine le plus important. Les enjeux du testament sont donc considérables et, à ce titre, il doit à la fois être correctement rédigé, compatible avec les règles de droit, adapté au patrimoine du testateur et conservé en lieu sûr pour être ouvert le jour après le décès de son auteur. Aussi pour tester, il est indispensable de prendre un peu de hauteur, de laisser de côté ses passions, ses humeurs et ses rancœurs. Si le testament, à la date où il est établi, n'est en général pas le dernier acte juridique de son auteur, ce seront bien ses dernières volontés en ce que ce seront les dernières qui seront exécutées, voire connues... c'est un peu la dernière chanson de l'artiste sur la scène juridique ! Mais ce refrain perdurera, tel un écho, pour continuer à chatouiller les oreilles du public encore vivant.

La liberté testamentaire est fondamentale. Elle est une base de notre structure sociale et juridique. Néanmoins, dans quelle mesure un mort, quelqu'un qui a quitté la scène juridique, peut-il encore imposer sa volonté aux vivants, à ceux qui restent, sans les enfermer dans un carcan nuisible à leur épanouissement ? C'est là toute la difficulté d'un système juridique à la fois juste et propice au développement humain. C'est le premier enjeu des règles qui encadrent le testament. Elles doivent protéger le défunt, les bénéficiaires du testament, mais aussi les successeurs, les héritiers et les légataires.

(679) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4e éd. 2014, no 374 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareilles, no 14745.
(680) G. Cornu (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, PUF, 12e éd. 2018, Vo *Testament*.
(681) C. civ., art. 968. Nous verrons un peu plus loin que cette prohibition est destinée à protéger l'auteur du testament.

2483 **– Difficultés inhérentes au testament. –** Lorsqu'une convention pose des difficultés d'interprétation, il est à la fois naturel et facile de se tourner vers ses auteurs et, à défaut, vers le juge pour en donner le sens et donc la portée juridique et permettre ainsi son exécution. De la même manière, lorsque le créancier d'une obligation n'est pas honoré de ce qui lui est dû, il pourra lui-même engager une action pour obtenir le paiement de son dû. S'agissant du testament, l'affaire est tout autre. En effet son auteur, par définition, ne sera plus de ce monde lorsqu'il s'agira d'exécuter les obligations qu'il a créées par son testament. Il ne sera plus là pour donner des précisions sur ce qu'il a voulu et pour veiller à son respect, à son exécution.

Section I La protection par les règles de validité du testament

2484 Acte solennel s'il en est, le testament, par l'importance et la gravité de sa portée, implique le respect de règles de fond et de forme dans le but de protéger à la fois le testateur et ses héritiers. Ces règles, en fonction du but qui leur est assigné, sont appliquées avec plus ou moins de rigueur. Envisageons d'abord les règles de fond (**Sous-section I**), puis celles qui s'attachent à la forme (**Sous-section II**).

Sous-section I La protection par des règles de fond : une protection du testateur

2485 Ces règles de capacité concernent le testateur (**§ I**), mais aussi les gratifiés (**§ II**). Elles ont toutes pour objet de mettre à l'abri le testateur des décisions prises sous influence, sous emprise, par faiblesse ou vulnérabilité, et ainsi de le protéger contre lui-même et contre les autres.

§ I La capacité du testateur : une protection contre lui-même

2486 **– Importance des règles de capacité pour tester. –** Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. Il s'agit là d'une règle générale applicable à tous les actes juridiques. Cette règle figure désormais (depuis la réforme des obligations) à l'article 1129 du Code civil. Le consentement exigé pour un testament ou une donation ne diffère en rien de celui nécessaire à tout acte juridique. C'est en ce sens que les règles édictées par les articles 901 et 1129 du Code civil sont identiques. L'appréciation de la situation cognitive du contractant en général est la même que celle du testateur ou du donateur. Toutefois, l'insanité du disposant et plus spécialement du testateur est plus fréquemment invoquée pour faire annuler les testaments que les autres actes. Les enjeux sont sans doute différents. Cette règle est une garantie de protection du disposant lui-même et de ses héritiers ou autres ayants cause.

En effet le testateur, plus ou moins âgé, plus ou moins en bonne santé, est en situation de vulnérabilité. Il peut faire l'objet de pressions, de chantage, et même de voies de fait en vue d'influencer, voire de lui dicter ses volontés testamentaires et d'orienter la dévolution de son patrimoine. Il est des cas simples, ceux des testaments faits par les personnes protégées, et des cas plus complexes qui nécessitent une certaine appréciation : ceux des personnes non soumises à un régime de protection.

A/ Le cas du mineur

– L'incapacité de tester du mineur. – Frappé par son incapacité de jouissance, le mineur dont l'âge est inférieur à seize ans ne peut tester (682). Son représentant ne peut lui non plus tester à sa place. Nous verrons un peu plus loin que la conception d'un testament, acte intime s'il en est, est réfractaire à toute forme de représentation. Le testament fait par un mineur est nul de plein droit (le juge est lié par cette nullité). Cette nullité frappe toutes les dispositions patrimoniales et celles qui concernent la sépulture ou les obsèques régies par la loi du 15 novembre 1887 (art. 3). Il est deux petites exceptions à ce principe : il est admis que ces règles ne s'appliquent qu'à ces dispositions et que le mineur, dès lors que son discernement est certain, pourrait prendre d'autres dispositions testamentaires comme la reconnaissance d'un enfant naturel, des dispositions non patrimoniales relatives au droit d'auteur (683). **2487**

– Première exception au principe de l'incapacité de tester du mineur. – La loi permet au mineur âgé de seize ans et non émancipé de tester dans la limite de la moitié de son disponible ordinaire. Le mineur de plus de seize ans bénéficie donc d'une demi-capacité de tester (684). C'est-à-dire qu'en l'absence de descendant, cas le plus fréquent, le mineur peut disposer de la moitié de ses biens, et qu'en présence de descendants il pourra léguer la moitié de la quotité disponible. L'appréciation de l'âge, bien évidemment comme tout contrôle de capacité, se fait au moment où l'acte est établi, c'est-à-dire le jour où le testament est fait, même s'il est ouvert après le décès. Par contre, l'appréciation de la quotité disponible se fait au jour du décès. Il ne faut pas se méprendre sur la nature de la règle. Il s'agit bien d'une règle de capacité qu'il faut compléter par les règles de la dévolution légale. En effet, ce mineur âgé de seize ans au moins peut léguer la moitié de ses biens s'il n'a pas d'enfant et la moitié de la quotité disponible en présence de descendants. Il ne s'agit pas d'une protection des héritiers légaux qui deviendraient en quelque sorte des super-réservataires. Il s'agit véritablement d'une règle de capacité. Aussi les héritiers du sang n'ont-ils pas besoin d'agir en une quelconque réduction comme ils l'auraient fait pour revendiquer leur réserve héréditaire. La règle s'applique automatiquement sans qu'il soit besoin d'agir en justice. C'est ainsi qu'un tel mineur ne pourra jamais faire un legs universel, il devra se contenter d'un legs à titre universel (685). **2488**

– Seconde exception : le mineur sous les drapeaux. – Une autre exception à l'incapacité de tester du mineur existe : le mineur appelé sous les drapeaux a la possibilité de tester comme s'il était majeur. Cette capacité n'est pas limitée dans son *quantum* comme dans le cas précédent, mais dans les bénéficiaires du testament qui ne peuvent être que les parents du mineur. Bien heureusement cette hypothèse, prévue par le législateur de 1916, ne peut plus se rencontrer aujourd'hui. **2489**

– Le mineur émancipé. – Le mineur émancipé est capable de tester et d'accomplir, comme un majeur, tous les actes de la vie civile. Cette règle est édictée par l'article 413-6 du Code civil. Elle est implicitement et *a contrario* rappelée à l'article 904 du même code. **2490**

– Appréciation. – Ces règles strictes sur la capacité de tester du mineur sont fondées sur la vulnérabilité inhérente à la jeunesse. Le manque de maturité, l'inexpérience, la dépendance, la fragilité, l'influençabilité des enfants justifient pleinement l'interdiction qui constitue un **2491**

(682) C. civ., art. 903.
(683) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 291.
(684) Le mineur ne semble pas pouvoir désigner la loi applicable à sa succession (*professio juris*), qui relève d'une capacité plus lourde que celle véritablement de tester.
(685) Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op. cit.*, n° 200.

vrai socle de protection de la jeunesse. Leur application stricte est une nécessité sociale, elle ne saurait souffrir d'autres exceptions. La situation du majeur protégé est différente. Les règles relatives à la capacité du testateur ne se distinguent pas de celles du donateur. S'agissant des incapacités relatives, seul l'article 995 du Code civil prévoit le cas particulier, aujourd'hui un peu désuet, de la prohibition de tester du passager d'un navire au bénéfice d'un officier de l'embarcation, sauf si testateur et légataire officier sont parents.

B/ Les majeurs protégés

2492 Si, en pratique, le cas du testateur mineur est relativement rare car il n'a, en général, pas de patrimoine et pas de volonté particulière quant à ses biens, celui du majeur protégé est bien plus fréquent. Il y lieu de distinguer les différents régimes d'assistance de protection.

I/ Le majeur sous tutelle

2493 **– Le testament fait après la mesure de protection. –** Depuis la loi du 3 janvier 1968, l'impossibilité pour le majeur de rédiger son testament a été fortement tempérée. La loi du 23 juin 2006 (686) est allée plus avant encore en permettant au majeur sous tutelle de tester. Désormais (687) le majeur sous tutelle, doit, pour établir valablement un testament, être autorisé soit par le juge des tutelles soit par le conseil de famille s'il en existe un. Ce texte a pour objet de permettre au majeur protégé d'exprimer sa volonté testamentaire. Le juge, préalablement à l'autorisation, auditionnera le majeur pour apprécier son aptitude à exprimer clairement ses dernières volontés. Il n'appartient certainement pas au juge de vérifier les dispositions testamentaires qu'envisage le majeur protégé, leur bien-fondé ou d'en limiter le contenu. Cette solution avait été discutée en doctrine (688) et la Cour de cassation semble avoir tranché dans ce sens (689). C'est le caractère éminemment personnel du testament qui l'a emporté. La forme de ce testament du majeur sous tutelle n'est pas imposée et il pourrait avoir recours à toutes les formes du testament. Néanmoins, au cas précis, la forme notariée du testament est vivement conseillée. En effet, le testament authentique apportera des garanties de respect des règles de forme, d'une bonne rédaction et de conservation, l'intervention du notaire permettant ainsi de compenser les insuffisances de la personne protégée. Le juge pourrait, dans sa décision, prescrire une forme précise – sans doute la forme authentique serait préférée – et surtout il peut limiter dans le temps la validité de son autorisation.

2494 **– La liberté de révoquer du majeur sous tutelle. –** Depuis cette même réforme de 2006 entrée en vigueur en 2007, le majeur sous tutelle peut librement révoquer un testament qu'il a fait précédemment, que ce testament ait été fait avant la mesure de protection ou après avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Le texte ne prévoit pas de forme particulière pour cette révocation qui pourra prendre la forme d'un testament ou d'un acte en la forme notariée prévu par l'article 1035 du Code civil. Cette capacité de révoquer un testament permet donc de priver d'effet une dévolution volontaire présumée valable pour refaire une place à la dévolution légale dont les fondements supérieurs apparaissent une nouvelle fois dans ces règles. On peut néanmoins s'interroger sur cette différence entre l'institution et la révocation de legs. Car révoquer un legs, c'est implicitement faire

(686) L. n° 2006-728 entrée en vigueur le 1er janv. 2007.
(687) C. civ., art. 476.
(688) Pour un exposé de la discussion et les arguments des deux thèses : C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse, Paris 2, LGDJ, 2014, préf. M. Grimaldi, nos 36 et s.
(689) Cass. 1re civ., 8 mars 2017, n° 16-10.340.

bénéficier les autres légataires ou les héritiers légaux des biens initialement légués. Une révocation par le majeur sous tutelle peut elle aussi être suspicieuse, car faite sous la pression et la contrainte.

– Le sort du testament antérieur à la mesure de tutelle. – Le testament fait avant la mesure de protection demeure valable. C'est le principe que pose l'article 476, alinéa 4 du Code civil. Toutefois, un tel testament, par la mesure de tutelle qui frappe son auteur, est atteint d'une fragilité supérieure. Outre que, comme toute libéralité, il peut être annulé pour insanité d'esprit, il peut également être annulé s'il est prouvé que la cause qui avait présidé à son élaboration a disparu. Il est encore quelques textes de loi qui font référence à la cause même si cette notion n'existe plus en droit des obligations depuis la réforme du 10 février 2016 (690). L'article 476 du Code civil en est un exemple. Ce texte se comprenait surtout par l'impossibilité pour le majeur sous tutelle de révoquer son testament. Aussi la règle n'a-t-elle plus la même portée depuis que le majeur sous tutelle peut librement révoquer son testament et que le divorce révoque de plein droit les legs entre époux (691). Par cause, il faut ici entendre un élément essentiel et déterminant dans la volonté du testateur qui n'aurait pas pris la disposition si cet élément n'était pas présent au jour du testament. L'appréciation de cette cause semble devoir être faite de manière objective comme la résiliation d'un Pacs, l'abandon d'un projet matrimonial ou la naissance d'un enfant. **2495**

II/ Les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice

– Capacité de principe. – Le majeur sous curatelle, s'il n'a pas la capacité de donner, peut valablement disposer par testament à la condition qu'il soit sain d'esprit. Cette règle figure à l'article 470, alinéa 1er du Code civil. Le majeur sous curatelle rédige son testament seul, sans aucune autre condition. L'assistance de son curateur ne se conçoit pas. Le testament est un acte intime, personnel, et nul ne saurait en influencer le contenu. Toutefois, comme pour toute libéralité, le testateur doit être sain d'esprit le jour où il établit son testament. On ne saurait que conseiller au notaire qui reçoit le testament d'un majeur sous curatelle ou qui en conserve le testament olographe d'être en possession d'un certificat médical attestant ses capacités cognitives pour prendre de telles dispositions car, par son existence même, la mesure fragilise le testament et le risque d'action en annulation du testament pour insanité d'esprit se fait plus grand. La situation du majeur sous sauvegarde de justice est identique. La simple existence d'une telle mesure de protection ne suffit pas à caractériser l'insanité d'esprit du testateur, ce qui oblige le demandeur en nullité à démontrer qu'à l'époque de la rédaction du testament son auteur était privé de discernement même si la mesure de protection était antérieure au testament (692). **2496**

III/ L'insanité d'esprit

– Une règle générale appliquée au testament. – « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. » La règle figure à l'article 414-1 du Code civil. Elle est reprise en son article 901 de manière identique (693), et on la retrouve également dans l'article 1129 pour les contrats. Il n'existe pas de différence dans l'appréciation des capacités cognitives du contractant ou du disposant. Simplement dans la plupart des contrats, il y a une contre- **2497**

(690) Ord. no 2016-31, entrée en vigueur le 1er oct. 2016.
(691) C. civ., art. 265, al. 2.
(692) En ce sens : Cass. 1re civ., 14 mars 2018, no 17-15.406 : *JCP* N 2018, 1223, obs. N. Péterka ; *Defrénois* 28 mars 2018, no 13, p. 7.
(693) « Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. ».

partie alors que pour les libéralités il n'y en a pas. L'acte de donation est un acte d'appauvrissement, le consentement revêt donc une certaine gravité qui justifie la solennité de l'acte. Il en est de même pour le testament avec cette spécificité que le testateur sera mort le jour où il faudra apprécier cette capacité cognitive.

2498 **– Annulation pour insanité d'esprit. –** Pour faire annuler un testament, il faut démontrer cette insanité d'esprit. Elle correspond à une altération importante des facultés mentales, voire à la démence. Démontrer l'incapacité pour le testateur de gérer ses affaires ne suffit pas à caractériser l'insanité d'esprit. À celle-ci doit correspondre l'incapacité de pouvoir exprimer ses dernières volontés. De la même manière, les troubles de mémoire n'emportent pas à eux seuls insanité d'esprit causant l'annulation du testament. La vieillesse et la maladie, en elles-mêmes, ne doivent pas avoir pour conséquence inéluctable l'impossibilité de tester, car n'est-ce pas quand il est vieux ou malade que la volonté de tester se fait plus prégnante pour l'homme ? L'action en annulation pour insanité d'esprit risque de se heurter à des obstacles de preuve. Comment prouver l'insanité d'esprit d'un testateur ? Cela pourrait bien évidemment avoir lieu au moyen d'éléments intrinsèques au testament s'il contient des dispositions incohérentes, contradictoires, fantaisistes. Mais cette preuve sera surtout apportée par des éléments extrinsèques tels des témoignages, des certificats ou expertises médicales qui pourraient même être ordonnées par le juge avant dire droit (694). Cette règle protège à la fois le testateur contre des influences extérieures cherchant à capter sa succession, mais aussi les proches, héritiers du sang ou bénéficiaires d'un testament antérieur. C'est aussi une protection de la liberté supérieure de pouvoir rédiger seul et en conscience ses dernières volontés. L'appréciation des juges du fond est souveraine en la matière (695).

§ II La capacité spéciale des légataires : une protection contre les autres

2499 **– Capacité du légataire. –** Bien évidemment vont s'appliquer les incapacités spéciales de recevoir à titre gratuit des personnels de santé ayant assisté le testateur dans sa dernière maladie, des mandataires à la protection des majeurs pour les protéger, qu'ils assistent ou représentent, et les ministres du culte (696). Ces dispositions communes à toutes les libéralités ont pour objectif d'éviter que le testateur, en fin de vie et dépendant soit du personnel de santé, soit de son soutien spirituel, perde son libre arbitre et leur consente des libéralités qu'il n'aurait pas faites dans un autre contexte. Il peut, malgré tout, les gratifier pour les services rendus au moyen de libéralités rémunératoires. Toutefois, la Cour de cassation exclut l'application de l'article 909 du Code civil si le légataire en question a un lien de parenté avec le testateur. Ainsi la nièce également curatrice de son oncle peut valablement recevoir de lui un legs (697).

Sous-section II La protection par des règles de forme

2500 **– Le testament : acte solennel par excellence. –** L'importance accordée à un acte par le droit se reflète dans ses conditions de forme. Le testament doit, à peine de nullité, revêtir

(694) Pour un exemple : Cass. 2e civ., 28 mars 2018, no 16-25.313 : *Defrénois* 8 nov. 2018, no 44, note D. Noguero (l'élément qui semble avoir pesé est une attestation du notaire de la testatrice).
(695) Cass. 1re civ., 11 avr. 2018, nos 17-17.347 et 17-17.364 : *Defrénois* 8 nov. 2018, no 44, note J. Combret.
(696) C. civ., art. 909.
(697) Cass. 1re civ., 17 oct. 2018, no 16-24.331 : *Defrénois* 15 nov. 2018, p. 9.

des formes précises imposées par la loi. La solennité du testament se comprend aisément quand on s'attache à ses enjeux. Il découle de cet acte, si simple soit-il, tout ou partie de la transmission d'un patrimoine. Cet acte unilatéral nécessite de son auteur liberté, sagesse, discernement, détachement des sentiments et des passions. Nous ne pouvons résister à citer ici les délicieux propos d'Hugueney écrits en 1922 : « Pour faire un acte juridique si intime qu'il soit, il faut se pénétrer d'une intention, prendre une attitude juridique, quitter la défroque de l'amoureux ou de l'homme du monde, se constituer prêtre du droit (...). Le testament olographe est commode mais il est dangereux. Il est bon de laisser à ses approches quelques écueils où viennent se briser les passions » (698). Ces règles de forme, souvent considérées comme des contraintes, permettent présumer que le testament reflète véritablement la volonté de leur auteur.

2501 **– Sanction des règles de forme. –** Le formalisme des testaments est requis à peine de nullité (C. civ., art. 1001). Il s'agit d'une nullité absolue et le testateur ne pourrait, par lui-même, confirmer un testament qui serait nul en la forme même par un testament postérieur. Si un testament est entaché, le testateur doit en établir un nouveau, respectueux des règles de forme et qui reprennent toutes les dispositions voulues, en ce compris celles du testament annulable (699). Si le testateur ne peut lui-même confirmer son testament nul, ses héritiers le peuvent, une fois le décès survenu, et en connaissance de l'irrégularité. Cette confirmation serait très probablement fondée sur une obligation morale qu'auraient les héritiers de respecter la volonté du mort même mal exprimée, à l'image du legs verbal.

§1 Le testament par acte notarié : une protection solennelle renforcée

2502 **– Un testament notarié. –** Le testament authentique est reçu par un ou deux notaires. Aussi aux règles générales applicables aux actes notariés (700) vont s'ajouter des règles spéciales à ce testament. Ces dernières vont amplifier la solennité qui entoure cet acte. Aussi la seule présence à l'acte du notaire et de son client ne suffit pas. Soit le testament authentique doit être reçu par deux notaires, soit il est reçu par un notaire en présence de deux témoins.

2503 **– Les notaires. –** Les deux notaires ont la même mission qui s'exerce simultanément : instrumenter le testament. Il n'est pas un notaire qui vérifie la forme et l'autre le consentement par exemple : ils ont la même fonction redondante dans l'acte. Leur rôle est de s'assurer de ce consentement afin de protéger la volonté du disposant (et sa liberté). Les deux notaires ne peuvent appartenir à la même structure d'exercice professionnel. Les mêmes prohibitions ne s'appliquent que pour leurs actes courants. Ils ne peuvent donc recevoir le testament de leurs parents jusqu'au troisième degré, leurs conjoints, alliés. Nous regrettons toujours qu'il ne soit pas interdit au notaire de recevoir les actes pour son partenaire pacsé. Le notaire doit recevoir lui-même le testament, et ce ne pourrait être un clerc habilité.

2504 **– Les témoins. –** Il s'agit du cas où le testament n'est reçu que par un seul notaire ; alors doivent être présents deux témoins instrumentaires. Leur mission est de garantir le respect du formalisme et la régularité des formalités : ils doivent donc être capables de voir,

(698) *RTD civ.* 1922, p. 208, obs. sur Paris, 30 déc. 1921.
(699) Cass. 1re civ., 31 mars 2016, no 15-17.039. En droit romain, on distinguait le testament qui devait répondre à des conditions de forme relativement strictes des codicilles dont les exigences de forme étaient moindres. Aujourd'hui il n'y a plus aucune distinction entre les deux types d'écrits testamentaires.
(700) L. 25 ventôse an XI et D. no 71-941, 26 nov. 1971.

d'entendre et de signer. La condition de nationalité a été supprimée en 2006 (701). Les témoins doivent comprendre le français, être majeurs et avoir la jouissance de leurs droits civils, ils ne doivent pas être mariés entre eux (deux partenaires pacsés pourraient être témoins ensemble...). Les témoins ne peuvent être choisis parmi les légataires du testament ni parmi les parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclus ainsi que les clercs (aujourd'hui employés) du notaire instrumentaire. Ces dernières interdictions semblent s'appliquer par rapport au testament lui-même. Ainsi un légataire dans un testament initial reçu en la forme authentique semble pouvoir être témoin à un codicille reçu en la forme authentique dans lequel il ne recevrait rien. Ces conditions sur la qualité des témoins étant d'application stricte, le partenaire pacsé peut valablement être témoin du testament authentique. Toutefois, il ne saurait bénéficier du moindre legs dans le testament (702). Cette analyse jurisprudentielle fait passer la lettre du texte sur son esprit : dans la mesure où le conjoint est exclu du cercle de personnes pouvant être témoins du testament, il eut été logique d'étendre cette incapacité au partenaire pacsé (703).

2505 **– L'interprète. –** Le testateur, soit parce qu'en raison de son handicap il ne peut s'exprimer qu'en langue des signes, soit parce qu'il ne parle pas le français, peut avoir recours au service d'un interprète inscrit sur la liste des experts judiciaires du ressort de la cour d'appel. Mention de ce recours devra être portée dans l'acte que l'interprète signera également.

2506 **– Le support. –** Bien évidemment le notaire doit recevoir cet acte si important en minute, c'est le décret du 26 novembre 1976 qui semble l'imposer. Il est évident que seul l'acte en minute permet d'en assurer la conservation. Ce testament sera également inscrit au Fichier central des dispositions de dernières volontés. La question qui est aujourd'hui posée est celle de savoir si le testament reçu par deux notaires peut l'être en la forme électronique. D'un côté, on peut s'opposer à cela en indiquant que les deux notaires ne peuvent avoir le même rôle en matière d'acte électronique, puisqu'aujourd'hui un acte électronique ne peut être reçu par les deux notaires usant chacun de leur clé Real, laquelle garantit la fiabilité du support électronique. L'autre thèse conduit à admettre cette forme électronique, le second notaire signant ledit acte sur la tablette numérique. La question n'est à ce jour pas tranchée : elle est pourtant primordiale.

2507 **– Le formalisme spécifique : un véritable rituel. –** Le testament est dicté (704) par le testateur au notaire, qui écrit lui-même ou le fait écrire par un clerc. Le notaire peut demander au testateur de préciser ses volontés, mais il ne doit pas s'y immiscer de sorte que sa liberté de tester doit rester entière. Depuis la loi du 16 février 2015 (705), si le testateur ne peut exprimer par oral ses volontés mais qu'il sait écrire en français, alors il peut exprimer ses volontés sur des notes que le notaire retranscrira sur le testament. Le notaire n'est pas lié par la terminologie utilisée par le testateur, il peut la transposer en des termes juridiques, bien évidemment sans la dénaturer (706). Une fois les volontés inscrites sur l'acte, le notaire donne lecture du testament au testateur pour lui permettre de vérifier leur exactitude. Le notaire doit mentionner que toutes ces formalités ont été accomplies, sans pour autant qu'il soit besoin d'user de formule sacramentelle. Le testateur signe ensuite

(701) L. 23 juin 2006.
(702) Cass. 1re civ., 28 févr. 2018, no 17-10.876 : *JCP* N 2018, 1188, obs. B. Beignier ; *Defrénois* 28 juin 2018, p. 23, obs. L. Thoraval ; *Defrénois* 25 oct. 2018, p. 51, obs. S. Gaudemet.
(703) En ce sens B. Beignier, *op. cit.*
(704) G. Rivière, *La dictée du testament authentique*, in *Mél. en l'honneur du Professeur G. Champenois*, *Defrénois*, 2012, p. 701 et s.
(705) L. no 2015-177.
(706) Cass. 1re civ., 18 sept. 2002 : *Defrénois* 2003, 554, obs. G. Champenois. – Cass. 1re civ., 24 nov. 1998 : *Dr. famille* 1999, no 9, note B. Beignier.

l'acte avec les témoins et le notaire. S'il ne peut signer, alors il en fait déclaration (707) et le notaire précise les raisons de l'impossibilité de signer (âge, maladie, *etc.*) (708).

2508 **– Conclusion sur le testament authentique : un testament supérieur. –** Le testament notarié tient sa force de sa rigueur formelle, car cet acte public va bénéficier de toute la force de l'acte notarié. Ainsi il est doté d'une force supérieure aux autres testaments, car l'héritier qui veut en contester le contenu devra emprunter la voie de la procédure du faux en écriture publique. Le testament authentique, par l'intervention du notaire, offre une garantie quant à son contenu même qui évitera des difficultés d'interprétation, car on peut supposer que l'homme de loi qu'est le notaire aura su le transcrire en des termes à la fois compréhensibles et juridiques, ce qui n'est pas toujours le cas pour le testament olographe. On a parfois avancé le côté non secret de ce testament, craignant les indiscrétions des témoins. La parade est alors simple : il suffit que le testament soit reçu par deux notaires, car tous deux sont tenus au secret professionnel. En outre, en l'absence d'héritier réservataire, le légataire universel sera immédiatement envoyé en possession sans avoir à accomplir les formalités d'interprétation, de vérification et de publicité prévues par l'article 1007 du Code civil. Il en est de même pour l'exécuteur testamentaire.

Le testament authentique nul requalifié en testament international

Les conditions de forme du testament authentique participent de sa puissance, mais en constituent également ses faiblesses par leur sanction radicale. Toutefois la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juin 2014 (709), confirmé depuis par d'autres décisions (710), a pu déclarer nul un testament en tant que testament authentique mais lui a maintenu sa validité en tant que testament international. Cela témoigne de la volonté des hauts magistrats de sauver et donc de protéger les dernières volontés.

§ II Le testament olographe : une protection accessible au plus grand nombre

2509 **– Le testament commun. –** Le testament olographe, par la simplicité de ses formes, par son accessibilité et par son coût réduit au minimum est la forme de testament la plus couramment utilisée. Ses conditions sont triples : il doit être écrit en entier de la main du testateur, daté et signé. Aucune autre condition n'est exigée. Pas de condition quant au support, pas de condition non plus quant à son libellé. Simplement cet écrit doit être l'expression d'une volonté posthume. Ses trois conditions ont plusieurs objectifs : s'assurer de son auteur, vérifier sa capacité, et que le contenu reflète sa volonté réelle. Selon l'objet de chacune de ces formes, la jurisprudence est plus ou moins stricte (711).

2510 **– L'écriture. –** L'écriture doit être manuscrite. Tout procédé mécanique ou informatique est nul (712). Et ce doit être à l'évidence celle du testateur. La condition d'écriture doit s'appliquer à l'intégralité du testament. Si un tiers en a rédigé même une infime partie, alors le

(707) C'est le testateur qui doit le déclarer et pas le notaire qui constate cette incapacité : Cass. 1re civ., 4 juin 2007 : *Dr. famille* 2007, no 151, obs. B. Beignier.
(708) Cass. 1re civ., 29 mai 1962 : *D.* 1962, 627. – Cass. 1re civ., 28 févr. 2008 : *D.* 2008, pan. 2074, obs. M. Nicod.
(709) Cass. 1re civ., 12 juin 2014, no 13-18.383 : *Defrénois* 30 sept. 2014, art. 117m3, p. 968, note M. Nicod ; *AJF* 2014, p. 433, note C. Vernières.
(710) Cass. 1re civ., 5 sept. 2018, no 17-26.010 : *Defrénois* 4 oct. 2018, art. 140y9, p. 21, note L. Thoraval ; *JCP* N 2018, 128, obs. S. Bernard ; *JCP* N 2018, 1314, note A. Tani.
(711) D. Guével, *Remarques sur l'évolution des conditions de forme des testaments olographes (dix ans de jurisprudence de la Cour de cassation)*, in *Mél. Gobert*, Economica, 2004, p. 449.
(712) Par ex., Cass. 1re civ., 24 févr. 1998, no 95-18.936 : *D.* 2000, 428, obs. M. Nicod.

testament est nul. L'écriture présume par elle-même que son auteur est pleinement conscient de ce qu'il fait et de la portée de son acte. Transcrire sur du papier de telles volontés est en soi une épreuve qui nécessite discernement et sagesse. L'écriture d'une personne lui est propre, bien souvent à nulle autre pareille et parfaitement reconnaissable même si l'âge venant elle n'est plus aussi sûre ou si elle devient tremblotante. L'écriture, comme la signature, permet de contrôler que le signataire en est bien l'auteur. La jurisprudence a accepté que la main du testateur soit guidée par une tierce personne si, en raison de sa faiblesse physique, l'écriture lui est trop éprouvante. Cette auxiliaire dans l'écriture ne doit être qu'une aide matérielle et c'est bien le testateur qui doit être « le pilote » de ses volontés (713). À défaut le testament, une fois encore, serait annulable. L'écriture ne suffit pas à démontrer la conscience de l'auteur de la portée de l'acte qu'il rédige. Ainsi le recopiage d'un testament prérédigé par une tierce personne ayant autorité sur un testateur dont la fragilité intellectuelle a toujours été reconnue est nul (714).

2511 – La date. – À la différence de l'écriture, il s'agit d'une condition qui n'est pas de l'essence de ce testament. L'exigence de la date a une fonction purement technique, à savoir la vérification de la capacité du disposant et éventuellement la capacité des légataires à recevoir la libéralité. La date comprend le jour, le mois et l'année. Si, volontairement, le testateur mentionne une fausse date, alors le testament est nul. Par contre, si la date est inexacte ou tout simplement oubliée et que par des éléments intrinsèques il est possible de reconstituer cette date, alors le testament pourra être validé (715) ces éléments intrinsèques au testament pouvant être complétés par des éléments extrinsèques (716). La jurisprudence a évolué de manière favorable au testament mal daté ou non daté. En effet, depuis 2007 un testament non daté n'est pas nul si par des éléments intrinsèques au testament et extrinsèques à celui-ci, il est démontré qu'au cours de la période pendant laquelle il a été rédigé son auteur n'était pas frappé d'une incapacité de tester et qu'il n'avait pas révoqué le testament (de manière expresse ou tacite) (717). La date permet également de hiérarchiser les testaments en cas de pluralité, les derniers révoquant ou modifiant les précédents.

2512 – La signature. – La fonction assignée à l'exigence de la signature est double :

- comme l'écriture, elle permet de s'assurer de la personne de l'auteur du testament. La signature est une émanation écrite de la personnalité qu'elle identifie. Une signature définit l'auteur d'une œuvre, d'un écrit, d'une lettre, d'un acte (718) ;
- la signature marque le caractère abouti des dispositions. Elle est en quelque sorte la confirmation du consentement du testateur à ses dispositions qui, signées, sont considérées comme définitives. Un document non signé est un projet, il n'a donc pas de portée juridique même s'il est écrit à la main. Voilà pourquoi la signature doit figurer en fin du texte (719).

La signature exigée est bien évidemment celle habituelle de l'auteur du testament. Les noms de l'état civil ne sont pas exigés, ce peut être le pseudonyme ou les surnoms habituels du

(713) Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, n° 95-13.382 : *D.* 1997, somm. 365, obs. M. Nicod ; *JCP* N 1997, 1187, obs. B. Beignier ; *Defrénois* 1997, 1452, obs. Champenois.

(714) Cass. 1re civ., 9 janv. 2008, n° 07-10.599 : *Defrénois* 2009, 819, note F. Letellier ; *Dr. famille* 2008, n° 31, note B. Beignier. Curieusement, dans la même affaire la Cour de cassation a reconnu valable la désignation des bénéficiaires d'assurance-vie par une souscriptrice débile moyenne de naissance qui n'a fait que signer le formulaire de la compagnie établi par son père : Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-13.401.

(715) Cass. req., 19 févr. 1818 : *S.* 1818, 1, 176. – Cass. req., 12 juin 1821 : *S.* 1821, 1, 339.

(716) Cass. 1re civ., 11 oct. 1955 : *D.* 1956, 5 ; *JCP* 1955, II, 8994. – Cass. 1re civ., 8 mars 1988, n° 86-14.944 : *Defrénois* 1988, note M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1989, obs. J. Patarin.

(717) Cass. 1re civ., 10 mai 2007, n° 05-14.366 : *D.* 2007, pan. 2135, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 2007, 604, obs. M. Grimaldi.

(718) I. Dauriac, *La signature*, thèse, Paris, 1997, ss dir. M. Gobert.

(719) Il n'est pas exigé que la signature figure sur chaque page du testament.

testateur. Il a été également admis que les simples prénom et nom écrits à la main, détachés du texte, même s'ils ne correspondent pas à la signature habituelle du défunt peuvent remplir cette condition de signature (720).

Le rôle du notaire dans la rédaction du testament olographe

Accessible, peu coûteux et finalement assez simple à mettre en forme, le testament olographe remporte un succès pratique considérable. À cette simplicité est souvent ajoutée l'efficacité notariale, par le conseil du praticien sur la rédaction et la conservation du testament. Cette intervention du notaire n'est pas sans péril. En effet, le recopiage par le testateur d'un modèle fourni par son notaire risque de faire douter de la réalité de son auteur. Le notaire est là pour aider son client et non pas pour faire le testament à sa place. Il doit se ménager la preuve de la pleine conscience par son client de ce qu'il écrit, les dispositions devant refléter la volonté du testateur. Le notaire engage bien évidemment sa responsabilité au titre du devoir de conseil (721).

Le notaire exerce, lorsqu'il est sollicité, une sorte de « police du testament olographe », par la vérification qu'il a faite du respect des règles de forme et par un contrôle quant à la clarté et l'aspect exécutable de son contenu, puis en assurant sa conservation et son inscription au Fichier central des dispositions de dernières volontés.

2513 **– Conclusion sur le testament olographe. –** Le testament olographe, nous l'avons dit, est le plus simple car considéré comme le plus accessible. Ses formes exigeantes étaient considérées à la portée de tous lorsque l'écriture sur papier était la base de l'éducation scolaire et de la communication entre les personnes. Aujourd'hui on constate que l'homme ne prend plus son stylographe pour écrire sur une feuille de papier. Il préfère taper ses écrits sur une tablette numérique, sur son ordinateur ou sur son smartphone et pour remplacer la signature, ce sont des codes spécifiques. Il est donc permis de se demander si, à notre époque moderne, ces règles de forme sont toujours d'actualité. Écrire une page entière à la main, pour une partie des citoyens, devient une épreuve. Le droit, ici, est peut-être un peu archaïque et sans doute existe-t-il un procédé technologique qui permette de remplir les mêmes fonctions que l'écriture, la signature et la datation.

L'inconvénient du testament olographe : le risque de perte ou de non-découverte

Si l'on fait son testament, c'est pour qu'il soit exécuté ! Le risque inhérent au testament olographe non détenu par un notaire est de ne pas être porté à la connaissance des successeurs au moment où il doit être exécuté. Le testament est caché, enfoui dans une somme importante de papiers ou autres documents qui ne seront jamais triés par les successeurs ; pire encore, une âme indélicate à laquelle le testament préjudicie pourrait le subtiliser pour le détruire. Dans tous ces cas, les dernières volontés du défunt seront bafouées. Il est donc vivement conseillé de mettre en lieu sûr son testament. Le coffre-fort de son notaire paraît tout désigné pour être ce lieu sûr. À cette garantie de conservation qu'implique le contrat de dépôt entre le testateur et son notaire s'ajoute celle de l'inscription au Fichier central des dispositions de dernières volontés qui, le décès survenu, sera forcément interrogé pour établir la dévolution successorale.

Le notariat, par ces missions anciennes, assure une véritable protection de la liberté testamentaire.

(720) Cass. req., 20 avr. 1813 : *S.* 1813, chron. p. 332. – Cass. 1re civ., 22 juin 2004, no 01-14.031 : *D.* 2004, 2953, note M. Nicod.

(721) Sur cette question, B. Beignier et A. Tani : *JCP* N 1018, 1264.

§ III Le testament mystique : une mauvaise protection

2514 **– Notion et confection. –** Le testament mystique est un testament hybride dans la mesure où il implique une première phase qui est la rédaction du testament dont les conditions de forme sont relativement souples par rapport à celle des testaments olographe et public, mais dont la perfection est complétée par un acte notarié dit « de suscription » qui va conforter le premier acte sous seing privé. Cette forme testamentaire est relativement rare en pratique, car jugée dangereuse. Pourtant, pour peu usitée qu'elle soit, elle permet à des personnes illettrées ou handicapées de tester (le sourd-muet, le paralytique). Ce testament est régi par les articles 976 à 979 du Code civil. De cette nature hybride il a résulté une controverse à savoir s'il était doté de la force de l'acte authentique ou demeurait un acte sous signature privée. C'est cette dernière tendance qui semble avoir reçu la bénédiction de la Cour de cassation (722), le notaire n'ayant pu vérifier le contenu de l'écrit testamentaire ni son auteur. Seul l'acte de suscription lui-même fait foi jusqu'à inscription de faux en écriture publique.

2515 **– Première phase. –** Le testament est rédigé par le testateur ou écrit pour lui par un tiers et sous ses instructions. Cet écrit doit être signé par le testateur sauf s'il est atteint par une incapacité de signer. Cet écrit peut être manuscrit ou mécanique.

2516 **– Seconde phase. –** Le document écrit par le testateur ou un tiers est ensuite remis au notaire sous pli clos, cacheté et scellé en présence de deux témoins. Le testateur déclare au notaire que cet écrit est bien son testament et, s'il ne l'a pas écrit lui-même, qu'il a pu personnellement en vérifier la teneur. Le notaire dresse l'acte de suscription sur l'enveloppe du testament ou sur le support même du testament. Cet acte comprend le lieu, la date, la déclaration du testateur (qui doit également préciser l'auteur de l'écriture du testament). Cet acte de suscription est signé par le testateur, les témoins et bien évidemment le notaire. Il sera éventuellement fait mention de l'incapacité du testateur à signer et des raisons de cette incapacité.

2517 **– Conclusion sur le testament mystique. –** Ce modèle testamentaire est considéré comme dangereux, car il recèle les inconvénients du testament authentique et du testament olographe :

- du testament authentique il hérite de mentions obligatoires que doit contenir l'acte de suscription à peine de nullité. Il en a également la lourdeur par la présence des deux témoins (ici pas de possibilité de faire dresser cet acte de suscription par deux notaires) ;
- comme le testament olographe il encourt les risques d'une mauvaise rédaction, obscure ou imprécise, avec des contresens et donnant évidemment lieu à interprétation. Ce risque est accru par rapport au testament olographe en raison de son caractère secret.

Pourtant ce testament pourrait, sous réserve que le législateur le fasse évoluer, inscrire l'écrit testamentaire dans la révolution numérique que nous vivons.

§ IV Le testament international : une protection des testateurs internationaux

2518 **– La nécessaire prise en compte de la mobilité géographique. –** La loi du 25 avril 1994 (723) a enfin autorisé la ratification de la Convention de Washington du 26 octobre

(722) Cass. 1re civ., 16 juill. 1956 : *Bull. civ.* 1956, I, no 309.
(723) L. no 94-320.

1973, et la loi du 25 avril 1994 (724) a précisé les personnes pouvant instrumenter ce nouveau testament international sur le territoire français : ce sont les notaires et, pour les Français vivants à l'étranger, ce sont les agents diplomatiques et consulaires. Cette forme de testament a intégré le *corpus* législatif au moyen du décret du 8 novembre 1994 (725). Ce testament permet donc aux étrangers en France de tester valablement même s'ils ne pratiquent pas la langue française, et aux Français de l'étranger de tester valablement dans le pays où ils résident.

2519 **– Parenté avec le testament mystique. –** Dans un premier temps, le testateur rédige ses dispositions ou les fait rédiger par une tierce personne. Aucune langue n'est imposée. Il peut être écrit à la main ou par un procédé mécanique. Dans un second temps, le testateur déclare devant deux témoins et une personne habilitée (en France le notaire et à l'étranger les agents diplomatiques et consulaires) que ce document constitue son testament et qu'il en connaît le contenu. Puis le testateur signe le testament avec les deux témoins et la personne habilitée. Toutes les feuilles du testament doivent être signées. Cette forme testamentaire est relativement peu utilisée, à l'image de son modèle qu'est le testament mystique.

§ V Les autres formes de testaments

2520 Nous distinguerons les formes licites puis les formes illicites. Certaines formes testamentaires autorisées à titre exceptionnel ont pour objectif de permettre à des personnes de tester alors que la situation dans laquelle elles se trouvent les empêche de le faire dans des conditions normales. Ces formes, relativement rares, sont autant de protections du principe fondamental de la liberté de tester (**A**). D'autres formes sont prohibées en raison justement de l'atteinte qu'elles portent à cette liberté (**B**).

A/ Les formes licites

2521 **– Les testaments privilégiés. –** Certaines personnes en raison de circonstances particulières (mission militaire, maladie contagieuse, localisation insulaire) sont habilitées à formuler leurs dispositions de dernières volontés auprès d'une autorité supérieure en présence de deux témoins. Le testament est écrit en deux exemplaires et il est doté de la force authentique (ils font foi jusqu'à inscription de faux). En principe la validité de ce testament s'arrête six mois après que les circonstances qui l'avaient exceptionnellement autorisé ont cessé. Au testateur de tester selon les formes classiques. Ces testaments sont exceptionnels et peu usités, néanmoins leur force est d'exister ; encore faut-il les connaître.

B/ Les formes illicites

2522 Deux types de testaments retiendront notre attention : le testament verbal et le testament conjonctif.

I/ Le testament verbal : une protection « au secours » des dernières volontés

2523 **– Nullité. –** Le testament verbal ou nuncupatif est nul (726), car il n'entre pas dans les trois formes testamentaires prévues par l'article 969 du Code civil. Les raisons de cette nullité du

(724) L. n° 94-337.
(725) D. n° 94-990.
(726) Cass. 1re civ., 22 juin 2004, n° 01-14.031.

testament fait oralement devant témoins sont évidentes. Le testament verbal ne garantit pas une exécution fiable des dispositions du testateur. Il pose des difficultés évidentes de certitude dans sa restitution et ouvre trop grand la porte aux manœuvres frauduleuses (727). Certains droits étrangers l'ont admis en cas d'urgence. On pense aux accidentés de la route ou autres situations où la mort peut se faire imminente. L'« offre de loi » proposée par J. Carbonnier, J. de Saint-Affrique, P. Catala et G. Morin (728) avait suggéré au législateur la possibilité de tester par oral, sous certaines conditions proches des testaments privilégiés que nous venons d'aborder. Le législateur de 2006, s'il a été audacieux en certains points, est resté timoré en la matière car il n'a pas instauré de testament verbal. Sans doute s'agit-il là de véritablement protéger la volonté des morts en ne permettant pas aux vivants de faire leurs testaments.

2524 – Sauvetage du legs verbal par l'obligation naturelle devenue devoir de conscience. – Le legs verbal est, nous venons de le dire, par principe nul. Toutefois les débiteurs des dernières volontés, non contraints par le droit d'exécuter cette disposition, peuvent s'y soumettre, se considérant comme débiteurs d'une obligation morale, d'un devoir de conscience (729). Ces dispositions de dernières volontés verbales sont fréquentes et, en général, sont d'ordre extrapatrimonial. Il se peut toutefois qu'une personne, de son vivant, ait toujours clamé haut et fort que tel ou tel bien irait à telle personne. Aussi les héritiers, par respect pour la mémoire de leur auteur ou convaincus de l'obligation de délivrer et d'exécuter la libéralité, peuvent en reconnaître l'existence, promettre de l'exécuter et l'exécuter. Cette reconnaissance ou cette exécution doit être faite après le décès, et le légataire ne saurait se prévaloir de la promesse faite par l'héritier au *de cujus* de respecter cette volonté avant l'ouverture de la succession. À l'évidence la prohibition des pactes sur succession future l'interdit (730). L'héritier qui reconnaît le legs verbal doit le faire en connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il doit connaître la nullité qui l'affecte (731). Le legs verbal ainsi reconnu doit donc être efficace ; du statut d'obligation morale, il est passé à celui d'obligation civile (732). Une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (733) l'a admis. Il en résulte que le legs verbal reconnu n'est pas une libéralité faite par l'héritier au légataire qui tient ses droits directement (734) du défunt. Cette reconnaissance de l'efficacité du legs verbal pose une difficulté : celle de la contrariété du legs verbal reconnu avec un legs précédent parfait en la forme. Il n'y a, semble-t-il, pas de jurisprudence sur cette question. Néanmoins, il semble logique de faire prévaloir le legs valable en la forme.

II/ La prohibition du testament conjonctif : la protection de la liberté individuelle de tester

2525 – Le testament, un acte obligatoirement individuel. – « Le testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes soit au profit d'un tiers, soit à titre de

(727) C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., n° 558.
(728) J. Carbonnier, P. Catala, J. Bernard de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités, une offre de loi*, *Defrénois*, 2004, p. 61 et s.
(729) C. civ., art. 1100, al. 2, issu de la dernière réforme du droit des obligations (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016). Sur l'impact de cette réforme : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n^{os} 64 et s.
(730) Cass. civ., 18 janv. 1813 : *Dalloz, jurispr. gén.*, V° *Dispositions entre vifs et testamentaire*, n° 2513.
(731) Cass. 1re civ., 20 oct. 1987, n° 86-10.810.
(732) M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse, Paris, 1957, ss dir. J. Flour, p. 57.
(733) Cass. civ., 19 déc. 1860 : *DP* 1861, 1, 370. – Cass. req., 20 nov. 1876 : *DP* 1878, 1, 376. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, préc., n° 408. – C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., n° 96.
(734) Pour une formule de délivrance de legs verbal : D. Montoux et M. Mathieu : *JCP* N 2018, 1126.

disposition réciproque ou mutuelle. » Les termes de l'article 968 du Code civil sont particulièrement clairs et généraux. Les testaments « à plusieurs » sont nuls (735). En effet, le testament conjonctif pose des difficultés de plusieurs ordres :

- dans son exécution : qu'advient-il du testament au premier décès de l'un de ses auteurs ? Quel sort doit être réservé aux biens légués dans ce testament entre le premier décès du testateur et ceux des autres ?
- par l'atteinte qu'il porte à la libre révocabilité des testaments. En effet le testament est conjonctif, qu'il soit une libéralité mutuelle entre ses auteurs ou une libéralité commune envers un même gratifié. Pour admettre le testament conjonctif, il eût fallu que le Code civil réussisse à concilier l'inconciliable, comme l'avait relevé en des termes simples et précis Bigot de Préameneu : « Permettre de le révoquer, c'est violer la foi de la réciprocité ; le déclarer irrévocable c'est changer la nature du testament, qui dans ce cas, n'est plus réellement un acte de dernière volonté. Il fallait interdire une forme incompatible, soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments » (736) ;
- enfin, le testament conjonctif est en lui-même suspect. En effet, dans quelle mesure le testament reflète-t-il exactement la volonté d'un testateur ? L'autre n'a-t-il pas été influent, voire autoritaire avec l'autre dans les dispositions qui ont été prises ? En réalité, le testament ne serait-il pas celui de l'autre ?

2526 **– Portée de la prohibition. –** La nullité du testament conjonctif est une nullité absolue. Toutefois, la jurisprudence apprécie de manière restrictive les conditions de cette nullité. Deux éléments doivent être réunis :

- **conditions de forme ou condition matérielle :** le testament litigieux doit être constitué par un seul acte, un seul document écrit. Ce testament est nul même si un seul des testateurs l'a écrit et que l'autre n'a fait que le signer. Par cette signature, le second testateur a fait siennes les dispositions écrites par le premier (737) ;
- **condition de fond ou condition intellectuelle :** pour être nul, il faut que les dispositions des testateurs soient réellement communes et forment un ensemble indissociable. Ainsi deux testaments écrits l'un au recto et l'autre au verso d'une feuille ne sont pas nuls (738). Il en est de même de deux testaments écrits sur la même feuille séparés par un trait (739).

2527 **– Appréciation. –** À la fois perçue comme une contrainte, par son manque de souplesse, ou comme une protection de la liberté individuelle de tester jusqu'à son dernier jour, la prohibition des testaments conjonctifs semble avoir été fortement atténuée par une jurisprudence plutôt souple. Toutefois cette jurisprudence valide les testaments individuels contenus dans un support signé par plusieurs. Il s'agit plutôt d'une manifestation de la tendance générale, déjà relevée à plusieurs reprises, de « sauver » le maximum d'expressions de dernières volontés. Cette prohibition est-elle toujours opportune ? Certains droits étrangers, comme le droit allemand, admettent la forme conjonctive du testament. Il est permis de se demander si, dans certaines hypothèses, il ne serait pas envisageable d'admettre quelques exceptions au principe, notamment lorsqu'il s'agirait pour deux personnes (époux ou conjoints au sens large) de répartir leurs biens entre leurs enfants au moyen d'un testament-partage conjonctif (740). Il faudrait en déterminer les

(735) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, n° 15055.
(736) Fenet, t. XXI, p. 553.
(737) Cass. 1re civ., 21 avr. 1971 : *Bull. civ.* 1971, n° 127 ; *JCP* G 1973, II, 17326, note M. Dagot.
(738) Cass. req., 21 juill. 1851 : *S.* 1851, 1, 570.
(739) T. civ. Seine, 30 avr. 1936 : *DH* 1937, somm. 7.
(740) *Contra* C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., nos 238 et s.

conditions et les modalités. Nécessairement, il faudrait se prononcer sur la question de la révocabilité.

Le testament hermétique au numérique ? (741)

Dans tous ces développements, nous avons pu voir à quel point dans les formes du testament, quelle que soit la forme choisie, l'écrit est important. Quand on parle d'écrit, il s'agit d'écrit sur papier, et c'est en considération de ce seul support que les textes ont été élaborés. En effet, à cette époque, l'acte électronique n'existait pas. Il en résulte que le testament a aujourd'hui, à l'ère de l'acte électronique et du tout numérique, une grande difficulté à s'adapter aux nouvelles formes d'écrits. Cela se manifeste lors de sa conception mais aussi lors de son ouverture.

- Le testament authentique peut-il être reçu en la forme électronique ? La question est posée, la réponse peu évidente, et la prudence de rigueur chez les notaires conduit à la négative. Dans le testament authentique, les deux notaires, placés sur le même pied d'égalité en termes de réception de l'acte, ne peuvent signer électroniquement l'acte lui-même. Il n'existe pas à ce jour de système informatique dans lequel les deux notaires peuvent signer électroniquement chacun au moyen de leur clé Real. De la même manière, les signatures des témoins sont essentielles au testament authentique alors qu'en soi la signature des parties pour les actes notariés est à la limite superflue. Il faudrait un système de certification des signatures électroniques des témoins.
- À son ouverture, c'est-à-dire au décès de son auteur, le testament olographe ou mystique peut-il être déposé au rang des minutes du notaire au moyen d'un acte électronique ? En d'autres termes, l'original du testament pourrait-il faire l'objet d'une numérisation pour être annexé à son procès-verbal de dépôt et de description prévu par l'article 1007 du Code civil ? Cet acte de dépôt fait corps avec le testament qui constitue le titre des légataires. Cet acte a une fonction de conservation et donc de dépôt de l'écrit. Le notaire doit-il conserver physiquement le testament, ou peut-il le numériser pour ensuite éventuellement réduire l'original matériel à l'inexistence juridique ? En effet, par la numérisation de l'annexe à un acte notarié, c'est la pièce numérisée qui devient l'original, ce qui autorise le notaire à détruire les pièces qu'il a numérisées pour être annexées à l'acte électronique. La règle dérange encore moins depuis que la réforme des obligations a posé comme principe que la copie fiable a la même force que l'original (742). Si, pour la plupart des actes, cette règle ne gêne pas, pour le testament elle dérange. Les testaments, actes si simples mais aux grands enjeux, sont sujets à des contestations, à des expertises pour en vérifier la sincérité. Aussi l'examen de l'original lui-même permet aux experts en graphologie d'affiner leur rapport (pression du stylo ou du crayon sur le support, nuances de couleurs et d'encre, filigrane du papier, *etc.*), ce que bien évidemment le support numérique ne permet pas. Aussi le dépôt de testament, par prudence, reste un acte papier « à l'ancienne ».
- L'écriture manuscrite, qu'on le veuille ou non, est en voie de disparition. Les citoyens n'écrivent plus, ils savent donc de moins en moins écrire, et lorsqu'ils doivent le faire (pour se porter caution de leur enfant locataire d'un appartement par exemple), tellement concentrés sur la formule à recopier ou à inscrire, ils ne comprennent plus ce qu'ils écrivent... Et il est évident que faute d'avoir écrit comme auparavant durant leur vie active, à leurs vieux jours l'écriture traditionnelle leur sera de moins en moins accessible. Faire un testament olographe sera une épreuve insurmontable (qui s'ajoute à l'appréhension psychologique). Doit-on pour autant les écarter d'un testament simple et accessible ? Enfin, le temps ne serait-il pas venu d'inventer un testament numérique utilisant les règles un peu anciennes du testament mystique permettant à un testateur de prendre des dispositions en la forme électronique à condition que leur origine soit certifiée par un officier public et éventuellement des témoins ?

(741) Lire la contribution de M. Grimaldi *in Mél. J. Huet*, Lextenso, 2017, p. 211, intitulée « Le testament et le cyber-notaire ».
(742) C. civ., art. 1379.

Section II La protection par l'approche du contenu testamentaire

– Introduction : la diversité des volontés testamentaires. – Les dispositions testamentaires sont multiples. Certaines ne sont que des vœux, des souhaits qui ne s'imposent pas véritablement aux successeurs en dehors de la sphère morale. Ce sera le cas lorsque le défunt aura exprimé le souhait que tel héritier reçoive tel bien pour continuer à en assumer l'entretien. En général, le testateur emploie le conditionnel. D'autres dispositions vont s'imposer aux successeurs. Certaines ont trait aux biens, d'autres sont d'ordre personnel et n'ont pas de portée patrimoniale. Cette richesse de l'éventail des dispositions testamentaires est la garantie d'une liberté testamentaire efficace et permet au plus grand nombre de prendre des dispositions pour la protection de leurs proches. **2528**

– Le contenu extrapatrimonial. – Les dispositions extrapatrimoniales du testament ne doivent pas être mésestimées. Même si elles sont absentes de la définition que le Code civil donne au testament, elles sont fréquentes et ont une véritable importance pour leur auteur car elles sont évidemment de nature à calmer les angoisses de l'Homme face à sa propre mort. Ces dispositions peuvent porter (743) : **2529**

- sur les funérailles : le testateur organise ses obsèques dans son testament, en précisant le rite (religieux ou civil), le lieu, le célébrant, les personnes présentes, le déroulement, *etc.* (744) ;
- sur la sépulture : le *de cujus* pourra dans son testament choisir son mode de sépulture, s'il préfère la crémation, le cimetière dans lequel il veut être enterré, *etc.* ;
- sur des fondations de messes : le testateur aura pu dans son testament imposer à titre de charge à ses légataires de faire dire des messes pour son âme et éventuellement celles de sa famille ;
- sur des droits personnels transmissibles, comme la transmission des attributs personnels du droit d'auteur (droit au respect et à la paternité de l'œuvre, droit de divulgation des œuvres posthumes...) ;
- sur la reconnaissance d'un enfant naturel (forme authentique) ;
- sur désignation d'un tuteur pour des enfants mineurs (745) ;
- sur le prélèvement d'organes ;
- sur la désignation d'un exécuteur testamentaire.

Il s'agit là de protéger les volontés posthumes du défunt, volonté supérieure individuelle liée à ses croyances.

– Le contenu patrimonial. – C'est le contenu auquel on pense en premier. Le testament est l'acte à cause de mort par lequel on dispose de ses biens. Ces dispositions peuvent prendre la forme de legs, de charges, de fondation, de partage, ou de manière plus négative d'exhérédations. Cette diversité des dispositions patrimoniales est une garantie de la liberté fondamentale de tester, et c'est en ce sens qu'elle doit faire l'objet d'une protection car protéger le contenu du testament, c'est donner une valeur juridique à la volonté du testateur et en permettre la bonne exécution. Les diverses dispositions testamentaires de nature patrimoniales sont autant de possibilités pour une personne d'organiser la protection matérielle d'un proche. **2530**

(743) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 378 et s.
(744) C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., nos 64 et s.
(745) V. *supra*, travaux de la 1re commission.

Sous-section I Les contenus classiques du testament : les legs

2531 Les legs constituent le contenu testamentaire le plus fréquent. Il en existe trois catégories. De la qualification des legs vont naître plusieurs conséquences, comme l'obligation au passif ou l'attribution ou non de la saisine. On distingue trois types de legs : le legs universel, à titre universel ou particulier. Envisageons-les rapidement successivement.

§ I Le legs universel : tout laisser à un proche

2532 On présente traditionnellement le legs universel comme la disposition testamentaire la plus étendue dans la vocation et la plus forte dans la nature des droits transmis. Si ce dernier point est incontestable, le premier l'est davantage. L'étendue des biens léguée va dépendre des autres dispositions testamentaires ; il se peut que le légataire universel ne reçoive que peu de chose. Toutefois, sa présence n'est pas inutile et va permettre un bon déroulement du règlement successoral et d'exécuter toutes les autres dispositions testamentaires. C'est aussi ici que se manifeste la protection induite par l'institution d'un legs universel.

2533 **– Une vocation « au tout ». –** Par un legs universel, « le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès » (746). Cette définition est ambiguë dans la mesure où ce qui caractérise un légataire universel, ce ne sont pas les biens qu'il va recueillir (747) mais plutôt sa vocation à tout recevoir (748). En effet, le légataire universel bénéficiera des renonciations des légataires, des caducités des différents legs. Par ailleurs, si le défunt a légué de manière exhaustive tous ses biens à titre particulier, le légataire universel ne recevra rien : on parle de legs sans émolument. Le légataire universel est le continuateur de la personne du défunt, c'est sur lui que va peser la charge d'assurer la police de l'hérédité et de délivrer les autres legs. Son obligation au passif est également illimitée. Le légataire universel est en réalité un véritable héritier désigné par testament. Il se peut que le testateur ait légué tous ses biens par des dispositions testamentaires. Pour autant le légataire universel conserve sa qualité et son titre. Si l'une ou l'autre des dispositions ne peut s'exécuter en raison de caducité, de renonciation ou autre, alors elle bénéficiera au légataire universel ; par ailleurs, c'est à ce légataire universel sans émolument qu'il appartient d'assumer la police de l'hérédité que lui confère sa saisine et celle de procédure à la délivrance et au paiement des autres legs après apurement du passif.

2534 **– Le legs de quotité disponible. –** Lorsque le testateur aura voulu léguer sa quotité disponible à une personne, on aura tendance à qualifier le legs « d'universel », car en l'absence de réservataire au jour du décès tous les biens sont disponibles et le légataire bénéficie donc de cette « vocation au tout » (749). Toutefois, le légataire universel a très bien voulu assigner à son légataire une quotité correspondant à son disponible, c'est-à-dire un plafond. Dans ce cas, on aura tendance à qualifier le legs de « legs à titre universel » (750). Ce sera également le cas lorsque le légataire était bénéficiaire d'une libéralité en usufruit mais qu'en raison de l'option offerte par l'article 917 du Code civil, il recevra la pleine propriété de la quotité disponible.

(746) C. civ., art. 1003.
(747) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1455. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n^{os} 384 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 16790.
(748) Ce sera le cas lorsque le testateur prévoira qu'après exécution des legs et paiement du passif, le « reste » ira à telle ou telle personne.
(749) Cass. req., 9 mai 1938 : *DP* 1939, 1, 65, note E.P. – Cass. 1re civ., 5 mai 1987 : *RTD civ.* 1988, 560, obs. J. Patarin.
(750) Cass. req., 7 juill. 1869 : *DP* 1869, 1, 409. – Cass. req., 17 janv. 1877 : *DP* 1878, 1, 258.

§ II Le legs à titre universel

2535 **– Cas limitatifs. –** L'article 1010 du Code civil définit les legs à titre universel (751) de manière limitative. Il s'agit des legs :

- d'une quote-part de tous les biens ;
- de tous les immeubles ;
- de tous les meubles ;
- d'une quote-part de tous les meubles ;
- d'une quote-part de tous les immeubles.

À cette liste on peut ajouter le legs en usufruit sur tout ou partie de la succession ou sur tous les immeubles ou tous les meubles (752). Tous les autres legs sont à titre particulier.

La désignation de plusieurs légataires universels : attention aux précautions rédactionnelles !

Il est fréquent que le testateur souhaite désigner plusieurs légataires universels. Son testament pourra alors être libellé de la manière suivante : « J'institue pour légataire universel A, B, et C pour un tiers chacun ». Cette formulation n'est pas heureuse dans la mesure où elle fait naître un doute sur la vraie nature du legs. En effet, n'est-ce pas plutôt un legs à titre universel ? Le testateur n'a-t-il pas voulu plafonner les droits de chacun à un tiers de la succession ? La conséquence de cette qualification est que ces légataires, s'ils ne sont qu'à titre universel, ne seront pas saisis de leurs droits (en l'absence de réservataire) et qu'il faudra aller chercher les héritiers du sang pour leur délivrer les legs alors que ces héritiers ne percevront rien dans la succession. L'autre conséquence d'une telle qualification est qu'en cas de non-exécution d'un des legs, celle-ci profitera non pas aux autres légataires mais aux héritiers du sang.
La précaution est donc d'ajouter dans le testament une clause « d'accroissement » en précisant qu'à défaut de l'un, son legs bénéficiera aux autres. La vocation au tout est donc bien présente.

§ III Le legs particulier

2536 **– Un ou plusieurs biens. –** Il s'agit de la catégorie résiduelle ; les legs particuliers comprennent tous les legs qui ne sont ni universels ni à titre universel. Il s'agira le plus souvent des legs d'un ou plusieurs biens identifiés dans le testament ou identifiables au décès (753). Il pourra s'agir également du legs portant sur telle ou telle catégorie de biens autres que les catégories caractérisant les legs à titre universel. Ce pourrait être les « meubles meublants », les « droits sociaux », les « titres boursiers », les « avoirs bancaires », les « droits d'auteur », les « créances à l'encontre de telles personnes », *etc.*

Le legs d'un bien indivis : une protection aléatoire

Il arrive que le testateur lègue des droits indivis à une personne qu'il entend gratifier. L'exécution de ce legs n'est pas exempte d'incertitudes, lesquelles sont liées à la fin de l'indivision par partage et les attributions qu'il contient.

(751) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 16810.
(752) Cass. req., 29 juin 1910 : *DP* 1911, 1, 49, note H. Capitant. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 323-62.
(753) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 389 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 16815.

Il faut distinguer :

- le legs particulier de droits indivis sur une chose déterminée : la solution est simple, le légataire récupère la quote-part indivise du défunt sur le bien. Le légataire se trouve donc introduit dans une indivision ;
- le legs particulier porte sur un bien dépendant d'une masse indivise, comme une masse successorale ou de communauté conjugale : l'efficacité du legs va dépendre des attributions. Si le bien est attribué dans les opérations de partage au testateur ou plutôt à sa succession, alors le legs peut s'exécuter. Par contre, si le bien est attribué à une autre personne, en vertu de l'effet déclaratif du partage, il est censé n'avoir jamais appartenu au défunt, le legs est donc caduc ;
- celui que le testateur voulait protéger en lui attribuant un bien se trouve privé de celui-ci. Pour parer ce cas de figure, il peut être conseillé de prévoir dans le testament une exécution alternative par équivalent pour le cas où le bien ne serait pas attribué à l'indivision. Le legs porterait alors sur une somme équivalente à la valeur du bien qui avait été légué.

Le legs en usufruit

Sous l'angle de la protection : les legs provoquant un démembrement de propriété doivent faire l'objet d'une attention toute particulière.

En effet, non seulement certaines de ces dispositions peuvent bénéficier d'un régime particulier en présence de réservataire par le jeu éventuel de l'article 917 du Code civil (754), mais en plus le testateur devra arbitrer entre la protection de l'usufruitier légataire et celle du nu-propriétaire.

Pour protéger le légataire, le testateur pourra le dispenser de fournir caution en application de l'article 601 du Code civil, voire le dispenser d'emploi (sauf s'il s'agit du conjoint bénéficiaire de la libéralité, C. civ., art. 1094-3). Cette protection du gratifié en usufruit a pour corollaire une « dé-protection » du nu-propriétaire... au disposant d'arbitrer !

À l'opposé, le testateur pourra, dans son testament, se préoccuper des intérêts du nu-propriétaire en organisant l'emploi des fonds légués ou en imposant à l'usufruitier de rendre régulièrement des comptes au nu-propriétaire.

Dans tous les cas, le nu-propriétaire pourra demander l'inventaire. Cela lui est même vivement conseillé, tout comme la régularisation d'une convention avec l'usufruitier.

Sous-section II Les contenus moins classiques

§ I L'exhérédation

2537 – L'exclusion totale ou partielle des héritiers légaux dans la limite de la réserve héréditaire. – Au moyen d'un testament il est loisible d'exclure en tout ou partie un héritier (755). Dans bien des cas, cette exhérédation intégrale ou partielle résulte d'une volonté opposée à l'intention libérale. Elle est la traduction successorale d'une désaffection à l'égard de ce proche, de ce parent dont on ne veut pas qu'il hérite. Le corollaire de cette élimination est le transfert de la part qu'aurait dû recevoir ce successeur au bénéfice des autres. Si, dans un certain désarroi accentué par une rancœur doublée d'une profonde

(754) Sur cet art. : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 1202. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, nos 769 et s. – C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, nos 744 et s. – H. Leyrat : *Defrénois* 21 févr. 2019, art. 145b7. – M. Nicod et F. Letellier : *Defrénois* 27 juin 2019, p. 21, n° 148T7. – M. Grimaldi : *Defrénois* 30 nov. 1984, n° 33430, p. 21.

(755) Sur l'exhérédation : C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., nos 159 et s. – Ph. Delmas-Saint Hilaire, *Le testament, pour quoi faire ? Études offertes à J. Combret*, *Defrénois*, 2017, p. 115.

solitude, le testateur « prive tous les membres de sa famille de tous droits dans sa succession » sans pour autant instituer des légataires, alors la succession sera dévolue à l'État même si le testateur l'a également exclu de sa succession. En effet, la vocation successorale de l'État à recueillir toutes les successions par déshérence s'impose même au testateur (756). L'État ne vient pas à la succession comme un héritier, il succède parce qu'il est titulaire de la souveraineté nationale (757).

Difficile de voir dans l'exhérédation une marque de protection quelconque. Toutefois, le droit ouvert à chacun d'exclure ses parents de sa succession, dans les limites de la réserve héréditaire bien évidemment, est une garantie protectrice de la liberté et plus spécialement de la liberté testamentaire. Dès lors que cette exhérédation s'accompagne de legs, elle permet à l'auteur du testament ou de gratifier ceux qu'il aime, ou de leur témoigner une certaine reconnaissance.

§ II Le testament-partage : une protection autoritaire

A/ La notion de testament-partage

2538 **– Définition du testament-partage. –** Le testament-partage est une libéralité-partage (758) réalisée au moyen d'un testament. Par un testament-partage, le testateur procède à la distribution entre ses présomptifs héritiers de tout ou partie des biens qu'il laisse à son décès (759).

2539 **– Intérêt du testament-partage au regard de la protection des proches. –** Le testament-partage, à l'image de sa grande sœur la donation-partage, est un acte à la fois de prévoyance et d'organisation familiale du patrimoine (760). Il permet à son auteur de distribuer ses biens en fonction des aptitudes de ses héritiers à les recueillir, à les gérer mais aussi, et peut-être surtout au regard du thème qui nous intéresse, selon leur situation personnelle, leur besoin plus ou moins important de protection. Ainsi le testateur pourra attribuer son entreprise à son fils doué dans les affaires et déjà impliqué dans la société familiale, à une de ses filles la maison de famille et à son enfant en situation de précarité à raison de son handicap un immeuble de rapport. Le testament-partage permet à celui qui n'a pu ou qui n'a pas eu le temps de « faire » sa donation-partage, de répartir malgré tout ses biens. Le testament-partage, comme tout testament et à la différence de la donation-partage, n'emporte aucun dépouillement du testateur de son vivant. Ainsi le testateur soucieux de sa propre situation et des bonnes transmission et répartition de son patrimoine en agissant par le biais d'un testament-partage satisfait à ses préoccupations. En effet, il n'obère pas son avenir et procède au partage de ses biens comme il le souhaite. Il peut même aller jusqu'à protéger certains plus que d'autres. Le testament-partage a également le grand avantage de n'être que très peu onéreux. Toutefois, en raison de ses conséquences particulièrement graves, son élaboration mérite une importance et un soin particulier.

(756) En ce sens : Cass. 1re civ., 11 mars 1968 : *D.* 1968, 541, note Voirin. – Cass. 1re civ., 3 mars 1965 : *D.* 1965, 428, note J. Mazeaud.

(757) F ; Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 200. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 125.

(758) C. civ., art. 1075.

(759) *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, V. ce mot ; sur le testament-partage : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 1282 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 1090 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 65400 et s.

(760) P.-I. Perrin, *Le testament-partage : un outil à redécouvrir* : *Defrénois* 19 juill. 2018, art. 138r4, p. 13.

2540 – Les conditions du testament-partage. – Elles sont multiples :

- le testament-partage doit respecter les formes prescrites pour le testament que nous venons de voir (761) ;
- le testament-partage peut résulter de plusieurs testaments successifs, mais il n'est pas envisageable qu'il soit procédé, à l'image de la donation-partage, par un testament puis par un partage subséquent, car n'oublions pas le partage doit être l'œuvre du disposant, or par hypothèse ici il est mort !
- le testateur doit avoir la capacité de tester ;
- en principe, le testament-partage doit être fait entre les présomptifs héritiers parmi lesquels, bien évidemment, le conjoint survivant peut figurer. Il est également admis que le testateur puisse opérer, à l'image de la donation-partage, un saut de génération testament-partage (transgénérationnel) ; en effet, dans une vision extensive de ces nouvelles libéralités, la Cour de cassation a admis la validité du testament-partage transgénérationnel (762). Toutefois, l'efficacité d'un tel dispositif testamentaire est soumise à l'approbation, lors de l'exécution du testament, de la génération « sautée ». Le testament-partage transgénérationnel, sous l'œil de la protection et de la sécurité juridiques, n'est pas une technique à conseiller ; le traitement de la génération intermédiaire laisse perplexe ;
- le testament-partage, à titre essentiel, doit contenir une répartition des biens entre les héritiers (763). Cette répartition peut porter sur tout ou partie des biens du testateur. Si aucune formule sacramentelle n'est exigée, cette volonté d'allotir les héritiers doit être suffisamment explicite. Le testateur doit donc, dans son testament, composer des lots et les attribuer à chacun de ses successeurs. Il peut même prévoir des attributions à charge de soultes. Cette volonté répartitrice est le critère principal de qualification du testament-partage. La question qui se pose est celle de savoir si un testament-partage peut attribuer des lots en indivision. On connaît le refus de la Cour de cassation à admettre que de telles attributions puissent avoir lieu pour les donations-partages (764). Aussi pourrait-on transposer cette jurisprudence et conclure qu'il ne peut y avoir testament-partage sans partage. Par contre, pour être valable, le testament-partage ne peut pas porter sur des biens communs. La Cour de cassation considère en effet que l'article 1423 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer à l'héritier (765). L'époux commun en biens ne peut donc procéder par testament-partage que pour ses biens propres...

Il est admis que cet allotissement peut être fait par incorporation de donation antérieure (766). Cette incorporation par le testateur dans son testament-partage n'est concevable que pour les donations en avancement de part successorale. L'héritier est alors attributaire de son indemnité de rapport pour la valeur du bien au jour du partage dans l'état où il était au jour de la donation.

(761) M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1792.

(762) Cass. 1re civ., 7 nov. 2012 : *Bull. civ.* 2012, I, n° 237 ; *D.* 2012, 2660 ; *JCP* G 2013, 203, note F. Sauvage et 250, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ.* 2013, 164, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois* 2013, p. 531, obs. B. Vareille.

(763) Cass. 1re civ., 6 mars 2019, n° 18-11.640 : *Defrénois* 2019, art. 147c9, p. 5.

(764) Cass. 1re civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892 : *Defrénois* 15 mai 2013, p. 463, note F. Sauvage ; *RTD civ.* 2013, p. 424, obs. M. Grimaldi ; *JCP* N 2013, 1162, obs. J.-P. Garcon ; *AJF* 2013, 301, obs. C. Vernières. – Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681. – M. Grimaldi, *Pas de donation-partage sans partage* : *Defrénois* 2013, p. 1259. – P. Murat, *Turbulences sur la donation-partage avec attribution de quotité indivise : le sens de la jurisprudence* : *JCP* N 2014, 1183 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 10680.

(765) Cass. 1re civ., 5 déc. 2018, n° 17-17.493 : *JCP* N 2019, n° 1132, note J. Dubarry ; *Defrénois* 20 déc. 2018, art. 143x6, p. 5. – 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, nos 3115 et s., par S. Arnaud, S. Ginon et F. Petit.

(766) *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 65460.

Si le testament, outre un partage contient un legs à un tiers et que l'un ou l'autre des réservataires n'est pas rempli de ses droits, il semble que l'indemnité de réduction sera versée par les autres successeurs et le légataire proportionnellement à leur émolument imputable sur le disponible.

– La difficulté de qualification posée par le testament-partage. – Nous l'avons dit, nul besoin pour le testateur d'user de termes sacramentels. Aussi, pour être qualifié de testament-partage, il doit ressortir de la volonté du testateur la volonté d'attribuer, de procéder à un partage de ses biens. La différence entre un testament-partage et des legs faits à chacun des héritiers est ténue. Les juges s'attachent à observer l'existence ou non d'une intention libérale. Dans l'hypothèse d'une telle intention, c'est-à-dire que l'un des héritiers serait avantagé par rapport aux autres, la qualification de legs l'emporterait sur celle de partage (767). Le caractère global et égalitaire de la répartition opérée par le testateur abonde dans le sens de la qualification de testament-partage. Toutefois, et même si cela paraît contradictoire, un testament-partage inégalitaire est parfaitement concevable. Dans ce dernier cas, il contient nécessairement un aspect libéral. La question est identique en matière de donation-partage (768). Les difficultés de qualification du testament-partage impliquent, lors de son élaboration, une extrême vigilance. Le testateur sera bien inspiré ou conseillé si cette volonté est expresse et clairement exprimée dans son testament. En effet, s'agissant de dispositions de dernières volontés, le juge ne saurait s'adonner à interpréter des clauses claires et précises. Une grande importance doit donc être accordée aux termes employés par le testateur, ceux de « testament-partage » étant sans équivoque doivent apparaître d'une manière ou d'une autre dans le texte du testament. **2541**

La qualification entre testament-partage et legs d'attribution : difficultés et enjeux

Entre testament-partage et pluralité de legs d'attribution (ou rapportables), la différence est minime et la qualification de l'un ou de l'autre est peu aisée. Le premier témoigne d'une volonté répartitrice et le second d'une volonté de conférer une attribution préférentielle à l'un ou l'autre de ses héritiers.

S'il s'agit d'un testament-partage, l'héritier attributaire ne peut renoncer au testament et revendiquer sa part héréditaire. S'il s'agit d'un legs d'attribution, il peut renoncer à recevoir ce bien qui est remis en masse active et bénéficier pleinement de sa vocation héréditaire.

Modèle de rédaction du testament-partage

Je soussigné Bernard Durand, procède au partage de mes biens de la manière suivante :
J'attribue à Alain ma maison de Limoges rue de Nazareth
J'attribue à Bénédicte mon appartement de Lyon Quai de Bondy
Et j'attribue mes parts de la SARL Le Bienheureux à Cyrille,
En cas de décès ou de renonciation de l'un ou l'autre, le bien attribué ira à ses représentants/
Le reste de mes biens reviendra à mes héritiers conformément aux règles de dévolution légales.
Je révoque tous testaments antérieurs,
Le présent testament-partage a été fait à Paris le 25 octobre 2016
B. Durand *(signature)*

(767) Pour des illustrations : Papeete, 23 févr. 1995 : *JurisData* n° 1995-049628. – Reims, 18 oct. 1990 : *JurisData* n° 1990-050304. – Bastia, 1er oct. 2008 : *JurisData* n° 2008-001848.

(768) F. Letellier, *Donation-partage et indivision : le mariage impossible,* in *Études offertes à J. Combret,* Defrénois, 2017, p. 179, nos 8 et s.

Modèle de rédaction du legs d'attribution

Je soussigné Philippe Denis fais mon testament de la manière suivante :
Ma fille Florence au titre de ses droits légaux dans ma succession sera attributaire de ma maison située à Ydes (Cantal), elle pourra librement renoncer à ce legs d'attribution (rapportable).
Fait à Paris, le 26 avril 1975
Ph. Denis *(signature)*

B/ Les effets du testament-partage

2542 **– Effet principal : privation des héritiers. –** Jusqu'au décès, le testament-partage n'a point d'effet, il est comme toute disposition de dernière volonté librement révocable par son auteur. Une fois le décès du testateur survenu, les héritiers conservent le droit d'opter, et donc libre à eux de renoncer à la succession. S'ils acceptent, ils sont tenus par les attributions de leur auteur qui, par ce testament, les a privés de convenir entre eux des attributions différentes (769). C'est ici qu'apparaît l'enjeu de la qualification entre plusieurs legs, voire des legs d'attribution et un testament-partage. Dans le premier cas, le légataire peut renoncer à son ou ses legs tout en conservant sa vocation successorale légale, alors que dans le second, s'il renonce au testament il renonce également à la succession. Dans cette même logique, le décès d'un des copartagés n'est pas une cause de caducité des attributions (770) comme il le serait pour un legs. La représentation joue pleinement. En cas de renonciation par un copartagé, l'option passe aux suivants dans les conditions légales. Les héritiers sont obligés de s'incliner devant le partage fait par leur auteur. Le testament-partage est donc un acte marqué par une très forte autorité de son auteur. Les héritiers allotis sont tenus indéfiniment du passif successoral dans la proportion de la part recueillie. Ils peuvent également limiter leur obligation au moyen d'une acceptation à concurrence de l'actif net.

La renonciation au testament-partage

L'héritier qui renonce au bien à lui attribué au testament-partage renonce également à la succession (C. civ., art. 1079). Plusieurs questions se posent alors en cas de renonciation :

- si l'héritier renonce au testament-partage, peut-il revendiquer des droits sur les biens non attribués dans le testament ? En vertu du principe de l'indivisibilité de l'option successorale, il ne le peut pas. Le testament-partage n'est autre qu'une transmission par la dévolution légale ;
- les biens attribués au renonçant sont-ils transmis à ses représentants ? Il semble difficile de répondre par la négative ;
- en l'absence de représentants du renonçant, ses biens sont donc transmis aux autres héritiers également copartagés par part virile. Par cette renonciation, un lot en indivision voit le jour. Le testament-partage ne perdrait-il pas sa nature de partage, à l'image de la donation-partage ?
- le testament-partage ne peut être sujet à un cantonnement de la part des attributaires, car non seulement cela reviendrait à renoncer partiellement à la succession, ce que l'article 1079 du Code civil interdit, mais aussi car l'article 1002 du Code civil, exception d'interprétation stricte, ne s'applique qu'au legs.

Tout cela résulte de l'idée qu'il ne faut jamais perdre de vue que le testament-partage s'inscrit dans la dévolution légale. Seule l'opération de partage est préconstituée par le testateur.

(769) C. civ., art. 1079.
(770) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 288.

2543 **– Effet secondaire : une libéralité ? –** Un partage peut-il cacher un avantage ? Le testateur, en imposant les attributions à ses héritiers, a pu vouloir avantager l'un d'eux en lui attribuant un bien convoité par les autres. Si ce bien n'est pas de valeur supérieure à celles des autres biens attribués, alors l'avantage n'est pas économique. Il est ailleurs, sans doute dans la volonté supérieure de protéger son attributaire, de lui éviter qu'un conflit ne naisse au sujet du partage de succession et une mise en péril du bien ou de la situation de cet héritier. De manière bien plus franche, le testament-partage peut contenir un avantage ; l'allotissement effectué par le testateur n'est pas égalitaire, car un lot a une valeur supérieure aux autres. Rien ne l'interdit. Le testament-partage n'est plus soumis à la rescision pour lésion ou à l'action en complément de part (771). Les libéralités-partages se sont écartées du sacro-saint principe d'égalité caractéristique du partage. Ces attributions inégalitaires s'imposent donc aux héritiers, leur seule limite réside dans le respect de la réserve de chacun (772).

C/ Les limites au testament-partage : la protection de l'héritier réservataire

2544 **– Le cas du réservataire non suffisamment alloti. –** Si le *de cujus* a procédé au partage de ses biens entre ses présomptifs héritiers et que ceux-ci ne sont pas réservataires, alors il jouit d'une totale liberté ; le partage peut être totalement inégalitaire. Il ne fait aucun doute, dans cette situation, que l'aspect « libéralité » l'emporte sur l'aspect « partage ». La seule limite à l'inégalité voulue par le testateur est sa réserve héréditaire. Plusieurs situations peuvent se présenter :

- le testateur a partagé tous ses biens et un héritier ne reçoit pas sa réserve héréditaire : les « attributions » des autres sont alors réduites proportionnellement ;
- le testateur n'a partagé qu'une partie de ses biens de manière inégalitaire : le reste des biens sert d'abord à compléter la part de l'héritier lésé jusqu'à atteindre sa réserve individuelle. Le reliquat est réparti par parts égales entre tous les héritiers (dans ce cas, la succession est partagée de manière non égalitaire) ;
- si le testateur a manifesté, dans son testament, la volonté de maintenir la parfaite égalité, alors les biens restants servent non seulement à remplir cet héritier de sa réserve, mais également à compléter son lot pour atteindre la valeur des autres. Ce qui revient à rendre rapportable le testament-partage (773)...

Ces questions liquidatives se posent en des termes identiques pour la donation-partage, et plusieurs méthodes sont envisageables.

2545 **– L'aliénation d'un bien. –** À l'image du legs qui est caduc en cas d'aliénation du bien légué (774), l'attribution du testament-partage est elle-même caduque si le bien a été aliéné du vivant du testateur. Cela n'empêche pas d'exécuter les autres lots. L'héritier qui devait recevoir le bien aliéné devra se contenter des éventuels autres biens dont il était alloti et éventuellement du complément auquel il a droit pour le remplir de sa réserve. La solution peut s'avérer injuste si le testateur avait voulu maintenir une certaine égalité entre ses successeurs.

(771) Les partages d'ascendants ont été exclus par l'action en rescision pour lésion par la loi du 3 juillet 1971.
(772) Sur la nature juridique du testament-partage : C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., nos 220 et s.
(773) Cass. 1re civ., 3 mars 1971 : *Bull. civ.* 1971, 1, no 70 (sur cet arrêt P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 1097).
(774) C. civ., art. 1042.

2546 – Omission d'un bien. – Le bien omis dans un testament-partage revient aux héritiers conformément à la dévolution légale (775), il fera l'objet d'un autre partage qui sera le fruit de la volonté des héritiers ou du juge en cas de partage judiciaire.

Précaution

Pour éviter les perturbations d'une aliénation d'un bien qui bouleverserait la volonté initiale du testateur, le testament-partage n'a de véritable d'utilité que si le patrimoine du testateur a, au jour de la rédaction du testament, un caractère d'intangibilité, c'est-à-dire que ce patrimoine restera d'une composition stable jusqu'à son décès. Si des actes d'aliénation ont lieu, il est vivement conseillé de reprendre l'ouvrage testamentaire et de tout remettre à plat !

2547 – Le testament-partage : une protection à utiliser avec parcimonie. – C'est dans le testament-partage, sans doute plus encore que dans la donation-partage ou le testament, que la puissance de la volonté du disposant est fortement marquée. Aussi le testament-partage recèle-t-il en lui-même le risque de déplaire aux héritiers auxquels on impose des lots ou entre lesquels on a provoqué une inégalité. Les risques d'inexécution sont importants, surtout si le testament-partage mécontente tous les héritiers. Il leur est bien simple, unanimement, de convenir un autre partage quand bien même la volonté de leur auteur s'impose à eux. Si le testateur craint une telle attitude de ses héritiers, alors il lui est conseillé de désigner un exécuteur testamentaire.

Fiscalité et publicité foncière du testament-partage

Le testament-partage est considéré comme un véritable partage sur le plan civil et sur le plan fiscal. Il est donc soumis au droit de partage de 2,5 % de l'actif net partagé (776). La difficulté est de savoir à quelle occasion est perçu ce droit de partage :

- si un acte constatant l'exécution de ce partage testamentaire est établi, c'est celui-ci qui engendre la perception des droits ;
- si aucun acte n'est établi, ce qui est concevable car chaque attributaire tient ses droits du testament lui-même, le droit de partage devrait alors être acquitté à l'enregistrement du testament lui-même (777). Toutefois, un tel enregistrement ne tient pas compte d'éventuelles atteintes à la réserve et le droit de partage semble rarement perçu à cette occasion.

Le bien immobilier attribué par testament-partage peut, à l'image d'un legs, faire l'objet d'une attestation de propriété immobilière dressée par le notaire. Car le copartagé est attributaire du bien en vertu du seul testament. Nul besoin d'établir un acte de partage qui serait publié et qui, d'ailleurs, poserait des difficultés au niveau de l'effet relatif, les cohéritiers n'ayant pas de droit sur le bien.

§ III La dotation d'une fondation

2548 – Notion de fondation. – On appelle fondation une affectation irrévocable d'une masse de biens à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif par le moyen d'une libéralité. À cette définition il faut ajouter que la fondation est également la personne morale. Cette personne morale chargée de la poursuite de ce but d'intérêt général doit être reconnue d'utilité publique par décret en Conseil d'État. La Haute juridiction administrative

(775) C. civ., art. 1075-5.

(776) *Dict. enr.*, nos 2932 et s. – *Partage testamentaire : Doc. fisc. Lefebvre*, nos 3920 et s. – P.-I. Perrin, *Le testament-partage : un outil à redécouvrir*, *op. cit.*, p. 22 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, nos 65675 et s.

(777) En ce sens G. Bonnet, *Le flou fiscal du testament-partage* : *Defrénois* 30 mai 2013, art. 112r4, p. 531.

veille notamment à ce que les ressources procurées au patrimoine affecté à la fondation soient suffisantes. Créée par testament, la fondation peut revêtir deux formes : la fondation directe ou la fondation indirecte (778).

2549 **– Fondation directe ou fondation indirecte. –** La fondation est indirecte lorsque le disposant lègue tout ou partie de son patrimoine à une personne morale préexistante, à charge pour elle de constituer la fondation et de lui apporter les biens affectés à la réalisation de l'objet de la personne morale à créer. Ce montage est relativement fragile, car il est dépendant de l'acceptation du légataire « temporaire » et de son efficacité dans la création de la fondation. Par ailleurs, elle opère une double mutation des biens, ce qui en accroît le coût. Le mécanisme de la fondation directe, reconnu légalement par la loi du 4 juillet 1990 (779), permet au testateur de léguer directement les biens de dotation à la fondation à constituer. Il désigne alors une personne chargée de cette constitution. La personne ainsi missionnée dans le testament bénéficie d'une saisine particulière (780) sur les biens de la fondation, le temps que celle-ci soit reconnue d'utilité publique.

§ IV Les legs résiduels et graduels

2550 **– Renvoi. –** Il s'agit tout simplement de la forme testamentaire de la libéralité résiduelle et de la libéralité graduelle. Les règles de protection à la fois du premier gratifié et du second gratifié ne se distinguent pas de celles applicables en matière de donation. Nous renvoyons donc aux développements qui concernent les donations graduelles et résiduelles.

§ V La désignation de la loi applicable

2551 **– Une bonne protection. –** À l'ère de la mondialisation, des échanges internationaux, des expatriations professionnelles, il apparaît important pour chacun d'être fixé sur la loi applicable à sa succession, car de cette loi vont dépendre la dévolution et la transmission des biens. La protection des proches en cas de décès relève de la loi successorale. Depuis le 17 août 2015, date d'entrée en vigueur du règlement européen du 4 juillet 2012 (781), la loi applicable à la succession est celle dans laquelle le défunt avait sa résidence habituelle, et ce pour tous ses biens. Il n'y a plus à distinguer, comme auparavant, entre la succession mobilière et la succession immobilière. Toutefois, cette règle n'est pas impérative, et libre au défunt de désigner la loi dont il a la nationalité compétente. Cette désignation prendra la forme d'une disposition testamentaire.

Conseil aux expatriés français des multinationales

Les notaires devraient conseiller à leurs clients expatriés de grandes entreprises de prendre des dispositions testamentaires afin de déclarer la loi nationale applicable à leur succession. Cela évitera la déconvenue de voir appliquer les règles inconnues de la loi étrangère et de déjouer les prévisions du *de cujus* quant à la dévolution de sa succession (protection du conjoint, *etc.*).

(778) Sur les fondations testamentaires : J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, nos 391-33 et s. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, nos 667 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, nos 354 et s.

(779) L. no 90-559.

(780) Sur cette saisine : F. Letellier, *L'exécution testamentaire* : *Defrénois* 2004, avant-propos M. Grimaldi et préf. B. Beignier, nos 389 et s.

(781) Règl. (UE) no 650/2012 ; sur ce règlement : G. Khairallah et M. Revillard, *Droit européen des successions internationales : le règlement du 4 juillet 2012*, *Defrénois*, 2013.

Sous-section III La protection par l'interprétation des testaments obscurs

2552 Nous allons retrouver des principes bien connus venant du droit des obligations. Ici il ne s'agira pas d'interpréter des conventions, mais l'acte unilatéral bien spécial qu'est le testament.

§ I Les testaments donnant lieu à interprétation

2553 **– Le testament, un acte souvent mal rédigé. –** L'interprétation des testaments est chose fréquente. Cet acte unilatéral n'est pas toujours d'une rédaction parfaite, car le testateur ne s'est pas toujours préalablement entouré de conseils, pourtant souvent nécessaires tant la matière successorale est complexe pour le néophyte et tant les situations individuelles sur le plan personnel, familial ou patrimonial sont diversifiées. Le droit des successions et des libéralités est également caractérisé par une terminologie propre, à laquelle le commun des mortels est étranger. Il en résulte que le testateur, seul face à sa feuille de papier, peut se méprendre ou faire des confusions regrettables. Ne sont sujets à interprétation que les testaments qui contiennent des ambiguïtés, des contradictions, des incertitudes. Il faut que la lecture du testament ne suffise pas à permettre son exécution. Ainsi on ne saurait interpréter les testaments parfaitement clairs, car cela reviendrait à ne pas respecter la volonté du défunt. Seuls les testaments dont le contenu est obscur ou contradictoire, qui ne se suffit pas à lui-même pour être exécuté, requièrent interprétation.

§ II La protection par l'interprétation

2554 **– Le droit commun de l'interprétation des actes. –** Les règles d'interprétation des testaments ont été dégagées en jurisprudence par extension de celles qui ont été affirmées en droit des contrats (782). Aussi nous pouvons considérer que, sous réserve d'adaptation aux spécificités de l'acte unilatéral, les règles édictées par la réforme du droit des obligations sont donc transposables au testament (783). Ainsi la référence au débiteur ou au créancier n'a que peu de sens, sauf en ce qui concerne les éventuelles charges testamentaires.

2555 **– Pouvoir souverain des juges du fond. –** Il est largement admis que l'interprétation des actes et plus particulièrement des testaments relève du pouvoir souverain des juges du fond. Pour les magistrats, la tâche est peu aisée car l'auteur de l'acte à interpréter n'est plus de ce monde. Sa signification est donc laissée à l'appréciation des vivants. Cette appréciation est délicate, car il incombe au juge de ne pas dénaturer la volonté du testateur, mais de rechercher sa réelle volonté malgré un vocabulaire complexe ou des expressions peu explicites ou juridiquement fausses. C'est ainsi que le juge du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, n'a pas à se livrer à une interprétation des dispositions testamentaires libellées

(782) Sur l'interprétation des testaments : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 466. – M. Planiol et G. Ripert, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, *op. cit.*, n° 18. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, nos 323-171 et s. – C. Bahurel, *Les volontés des morts,* thèse préc., nos 113 et s. – M. Grimaldi, *Libéralités, Partages d'ascendants*, *op. cit.*, nos 1486 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n° 15260.

(783) C. civ., art. 1189 et s., sur cette réforme, V. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, nos 505 et s.

en des termes clairs et précis (784). La lettre, dès lors qu'elle est claire et précise, prime l'esprit. C'est une règle, édictée à l'article 1192 du Code civil, qui a l'avantage de la simplicité et d'échapper ainsi au divinatoire.

– Recherche de la volonté efficace du testateur. – Le testateur devra se livrer à la recherche de la volonté du défunt. Comme pour les conventions, cette interprétation pourra avoir lieu de manière objective en se référant au standard juridique ou en se référant à des éléments propres à l'affaire. Il s'agira donc d'une interprétation plus subjective. Ces éléments pourront être intrinsèques ou extrinsèques au testament. En effet le juge, pour donner un sens à une disposition d'un testament, devra se référer aux autres dispositions du testament pour trouver la cohérence de l'ensemble des volontés du défunt. Cette interprétation pourra se faire au moyen d'éléments extrinsèques au testament, à savoir d'autres testaments ou codicilles, des correspondances, des consultations écrites qui lui auraient été données par un homme de loi, d'autres actes de nature patrimoniale comme des donations. Il pourrait même fonder son interprétation sur des témoignages. Il est évident que celui de l'exécuteur testamentaire devrait avoir un certain poids en la matière. De la même manière, le juge devra préférer l'interprétation qui donne le plus d'effet à la disposition, celle qui la rend la plus efficace (785), celle qui a une signification supérieure. L'interprétation doit aussi se faire dans le sens le plus favorable, le plus utile aux légataires par rapport aux héritiers du sang et au légataire particulier par rapport au légataire universel. **2556**

– Interprétation amiable des dernières volontés. – Si, en dernier ressort et en cas de désaccord c'est le juge qui reste compétent pour arbitrer les litiges relatifs à l'interprétation des testaments, il est parfaitement possible aux successeurs intéressés de procéder amiablement à l'interprétation des volontés de leur auteur. Deux précautions semblent alors devoir être prises pour établir cet acte d'interprétation du testament ou seulement de certaines dispositions testamentaires : **2557**

- toutes les personnes intéressées par les dispositions litigieuses doivent intervenir et donner leur accord à la signification qui sera donnée : à l'évidence, ce sont les héritiers légaux saisis, le ou les légataires universels, les légataires particuliers ou à titre universel concernés par l'interprétation dans la mesure où celle-ci influence leurs droits, les bénéficiaires des charges si elles sont en cause et bien évidemment l'exécuteur testamentaire ;
- comme le juge, les successeurs ne sauraient donner au testament et à ses dispositions un sens qu'il n'a pas et dénaturer ainsi les dernières volontés de son auteur. Aussi l'acte d'interprétation qui sera dressé devra absolument, en un exposé préalable, montrer le caractère obscur des dispositions et la pluralité de significations ou l'incohérence.

Les mêmes règles, qui s'imposent au juge et que nous venons de voir, doivent guider les héritiers (au sens large) dans l'interprétation du testament. Ils peuvent se faire assister de sachants qui donnent des consultations ; des témoins peuvent également intervenir audit acte d'interprétation.

– Conclusion sur l'interprétation des testaments. – La protection de l'indivision dans l'exercice de ses droits se poursuit au-delà de sa mort par la protection de ses dernières volontés. Cela passe par une interprétation dans le sens qui va faire vivre cette volonté, malgré qu'elle soit celle d'un mort. Cette protection se manifeste également dans son exécution. **2558**

(784) Cass. 1re civ., 9 juill. 1958 : *D.* 1958, 2, 583 ; dans cette espèce, il était défendu que la personne désignée exécuteur testamentaire dans le testament était en réalité légataire universel. La Cour de cassation a affirmé qu'en présence de termes clairs, il n'y avait lieu à interpréter même si cette confusion est fréquemment faite par les citoyens. V. égal. : Cass. 1re civ., 25 juill. 1968 : *Bull. civ.* 1968, 1, no 182.

(785) Sur cette question, lire spéc. C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., nos 120 et s. et B. Gelot, *Finalités et méthodes objectives d'interprétations = des actes juridiques*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 403, 2003, préf. Y. Flour, nos 34 et s.

Le rôle du notaire dans la rédaction du testament

Lorsqu'il conseille son client sur la rédaction d'un testament, le notaire joue un rôle majeur non seulement quant au respect des règles de validité (forme et fond), mais aussi quant à son contenu. Le notaire doit, dès la rédaction du testament, se mettre en situation de son exécution. Ainsi il devra :
- aider son client à le libeller de manière claire et précise ;
- veiller à ce que les dispositions et plus particulièrement les legs soient bien qualifiés ;
- vérifier que le sort des précédentes dispositions de dernières volontés (testament ou donation entre époux) soit précisé et compatible. Il peut être conseillé de révoquer les précédents testaments.

CHAPITRE II La protection et l'exécution du testament

2559 **– Les risques de non-exécution encourus par les dernières volontés. –** Les parties à un contrat contrôlent elles-mêmes l'exécution des engagements qui y sont pris. Le créancier veille au paiement de son dû, il peut même user des voies de droit pour y contraindre son débiteur. Cette action du contractant lui est possible parce qu'il est en vie ! La situation du testateur est bien différente. En effet, par hypothèse le testateur n'est plus lorsqu'il s'agit d'exécuter ses dispositions de dernières volontés dont l'exécution est abandonnée aux vivants ; à eux de les respecter, à eux de les faire respecter. Si, dans les cas les plus simples, on peut penser que les légataires revendiqueront l'exécution de leur legs, dans les hypothèses plus complexes on peut imaginer que les héritiers s'entendent sur un non-respect du testament ou que certains exercent une influence sur les légataires pour abandonner la libéralité qui leur a été faite. Les dispositions extrapatrimoniales du testament, parce qu'elles n'intéressent personne, encourent encore plus encore ce risque. Si le testateur est peu confiant à l'égard de ses héritiers quant au respect de ses dernières volontés, alors les praticiens que sont les notaires pourront lui conseiller quelques garanties dont l'efficacité n'est pas toujours acquise.

Section I La faible protection par les clauses pénales testamentaires

2560 **– Définition. –** Les clauses pénales sont une garantie de l'exécution des testaments imaginée par la pratique et régulièrement insérée dans les libéralités. On entend par clause pénale une stipulation du testament qui sanctionne l'héritier de l'inexécution, de la mauvaise exécution de la libéralité, ou tout simplement de sa contestation voire d'une action en réduction qui serait intentée contre un légataire. « C'est une mesure de dissuasion : le testateur prévient avant de frapper (...). C'est une espèce d'infraction successorale que le testateur pose dans le testament » (786).

2561 **– La fragilité nouvelle de ces clauses pénales. –** Si les clauses pénales ont jusqu'à récemment reçu un accueil très favorable de la jurisprudence qui leur avait donné une efficacité redoutable (787), elles sont aujourd'hui fragilisées par le principe de proportionnalité que leur a imposé la Cour de cassation. En effet, par un arrêt important du

(786) C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse, Paris 2, préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2014, n° 211.
(787) C. Bahurel, *Les volontés des morts*, *op. cit.*, n°s 213 et s. – P. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8e éd. 2018, n° 1077 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités* 2019, ss dir. B. Vareille, n° 14735.

16 décembre 2015 est apparu le principe selon lequel la clause pénale ne doit pas avoir pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice. Cette position est fondée sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (788).

Ainsi les clauses pénales sanctionnant une action en justice visant à :
- faire annuler un testament ou un legs ;
- demander la réduction d'une libéralité (par ex. en usufruit, laquelle action serait sanctionnée par un legs de quotité disponible ordinaire en pleine propriété s'inspirant de l'article 917 du Code civil) ;
- demander le partage alors que le testateur imposait un maintien dans l'indivision (789) ;
- attaquer le partage testamentaire ;

sont soumises à ce contrôle, au cas par cas, de proportionnalité. Elles sont donc bien fragiles. La sanction de leur disproportionnalité est la nullité. Ce contrôle de proportionnalité appartient donc au juge. De telles clauses testamentaires, qui avaient justement pour but d'éviter un contentieux, sont soumises à l'appréciation du juge. Elles risquent donc d'être un coup d'épée dans l'eau.

Il ne reste guère d'autres garanties pour le testateur que d'avoir recours à l'exécuteur testamentaire, institution très ancienne pourtant peu utilisée.

Section II Protéger en désignant un exécuteur testamentaire

Sous-section I La présentation de l'institution

Abordons rapidement sa définition, son histoire et sa nature juridique complexe. **2562**

§ I La définition de l'exécution testamentaire

– Une terminologie trompeuse. – L'exécuteur testamentaire peut être défini comme la personne nommée par le testateur, chargée par lui de surveiller l'exécution de ses dernières volontés. Dans certains cas, il peut être amené à participer lui-même à cette exécution du testament. Il est, dans sa mission de base, plutôt un contrôleur qu'un exécuteur des dispositions testamentaires. C'est en ce sens qu'il est le protecteur légal des dernières volontés soit au bénéfice des légataires ou bénéficiaires de charges, soit au bénéfice des héritiers ou tout simplement des volontés posthumes du défunt qui, par hypothèse, n'est plus là pour y veiller lui-même. **2563**

§ II L'histoire mouvementée de l'exécution testamentaire

– Une institution aux origines multiples. – L'exécuteur testamentaire n'existait pas en droit romain qui, pourtant, fondait la dévolution successorale sur le testament. Le droit romain sanctionnait vigoureusement les héritiers irrespectueux des volontés de leur auteur. La sanction était judiciaire, publique et religieuse, les volontés posthumes d'un mort relevant du sacré. **2564**

(788) Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, no 14-29.285 : *RTD civ.* 2016, p. 339, obs. M. Grimaldi ; *JCP* N 2017, 1159, note C. Goldie-Genicon ; *Defrénois* 2016, 683, note H. Leyrat. Sur cette question : M. Nicod, *Considérations procédurales, partage amiable et clause pénale testamentaire* : *JCP* N 2017, 1005 :.

(789) Cass. 1re civ., 13 avr. 2016, no 15-13.332.

Le droit coutumier ne connaissait pas le testament et donc l'exécuteur testamentaire. Toutefois, il existait dans ce système juridique un système assez proche. Le *de cujus*, en général sur son lit de mort, transmettait un bien à un homme de confiance, le *salmann*, à charge pour ce dernier de le transmettre à un bénéficiaire désigné. Le droit canon, quant à lui, favorisait les libéralités pieuses et encourageait les fidèles à transmettre à une institution d'Église un bien pour lui permettre d'accéder à l'Au-delà ; cela se faisait également par l'intermédiaire d'un homme de confiance : c'était la donation *pro anima*. Aux XI^e^ et XII^e^ siècles, le droit romain réapparaît en force et le testament démontre en la matière toute son utilité, car cet acte est *mortis causae* et par là même révocable jusqu'au décès. C'est du contact de ces trois systèmes juridiques que l'exécuteur testamentaire est né (790). Au Moyen Âge et sous l'Ancien droit, cette institution a rencontré un vif succès, son usage était quasi systématique. Il était une garantie de l'exécution des testaments, apportant une protection très forte pour ses bénéficiaires. Toutefois, son usage a quelque peu décliné et la période révolutionnaire avec sa haine du testament a accru cette décadence. Le Code civil l'a parachevée. En effet, les rédacteurs du code ont vu en l'exécuteur testamentaire un intrus dans la succession, une trop forte limitation à la saisine des héritiers. Aussi l'ont-ils conservé à regret dans le code en traitant ses pouvoirs de manière incomplète et superficielle. Conscients de son utilité pratique, jurisconsultes et praticiens ont poussé la jurisprudence à étendre la mission et donc les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, lui permettant, en l'absence de réservataire, de vendre les immeubles (791) ou de payer le passif de succession (792). Le législateur de 2006 (793), pensant toiletter l'institution en simplifiant les textes et en leur incorporant la jurisprudence, a en réalité quelque peu réformé l'institution, la plongeant encore un peu plus dans son sommeil voire dans un profond coma. Pourtant son utilité pratique est réelle. L'exécution testamentaire est une garantie puissante de l'exécution des testaments, elle est donc un outil majeur de la protection des libéralités à cause de mort.

§ III La nature juridique de l'exécution testamentaire

2565 **– Un faux mandat. –** La nature juridique de l'exécution testamentaire a toujours été discutée. Pour la majorité des auteurs et depuis longtemps, l'exécution testamentaire est une espèce particulière de mandat (794). L'exécuteur testamentaire représenterait le testateur défunt. Il s'agirait donc d'un mandat qui prendrait naissance au décès du mandant, alors qu'en principe le mandat cesse à son décès (795). Ce mandat serait également particulier

(790) Sur l'histoire de l'exécuteur testamentaire, lire : R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse, Lyon, 1900.

(791) Cass. req., 8 août 1848 : *D.* 1848, 1, 188 ; *S.* 1849, 1, 66 et Cass. req., 17 avr. 1855 : *D.* 1855, 1, 201 ; *S.* 1856, 1, 253.

(792) Cass. civ., 23 janv. 1941 : *DC* 1941, p. 104, note Trasbot.

(793) L. n° 2006-728, 23 juin 2006, fortement influencée par l'offre de loi de J. Carbonnier, P. Catala, J. Bernard de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités, une offre de loi*, *Defrénois*, 2003, p. 70 et s.

(794) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, par Esmein, Librairies Techniques, 6^e^ éd., § 711, p. 319. – Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, par Julliot de la Morandière, Dalloz, 10^e^ éd. 1950, n° 1878. – Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. 5, A. Durand, 1876, n° 5. – J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, A. Colin, 1982, n° 232. – L. Josserand, *Cours de droit civil français*, t. 3, Sirey, 1933, n° 1563. – M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 323-141. – Marty et Raynaud, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 596. – H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 4, vol. 2, Montchrestien, 5^e^ éd., par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, n° 1031. – Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, LGDJ, 1957, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, n° 676. – Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. 4, LGDJ, 1956, n° 67. – F. Terré, Y. Lequette S. Gaudemet, Dalloz, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4^e^ éd. 2014, n° 415. – R. Verdot : *D.* 1963, 1, 75. – C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, n° 82 ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n^os^ 14830 et s.

(795) C. civ., art. 2003.

car irrévocable, en ce sens que les héritiers, continuateurs de la personne du mandataire défunt, ne peuvent révoquer l'exécuteur testamentaire. Cette thèse n'a pas séduit toute la doctrine, car le mandat suppose le mécanisme de la représentation, c'est-à-dire qu'une personne exerce les droits ou les pouvoirs d'une autre personne. Comment l'exécuteur pourrait-il agir au nom d'une personne qui n'a plus de droit puisque décédée ? Faute de représentation juridique, le mandat ne pourrait être retenu pour définir l'exécution testamentaire (796). En réalité, l'exécuteur testamentaire dispose de pouvoirs propres qui sont inhérents à sa mission (797). Sans doute se rapprocherait-il d'un fiduciaire (798). Néanmoins, compte tenu des traits particuliers de l'exécution testamentaire telle qu'elle existe aujourd'hui, sans doute est-il préférable de « botter en touche » la question de la nature juridique et de conclure à son *autonomie* (799).

On pourrait ajouter que la réforme du 23 juin 2006, par l'instauration du mandat à effet posthume (C. civ., art. 812 et s.), a peut-être tranché le débat en admettant qu'un mandat puisse être confié *mortis causae*. L'exécution testamentaire serait donc une forme de mandat posthume (800).

Sous-section II La mise en œuvre et les conditions

§ I La nomination

2566 **– Absence de formule sacramentelle. –** La désignation d'un exécuteur testamentaire doit être faite au moyen d'un testament valable en la forme. Par contre, elle ne nécessite aucune formule sacramentelle (801). Le testateur, et cela lui est conseillé, peut employer expressément les termes « exécuteur testamentaire », ce qui évitera d'être sujet à une éventuelle interprétation. La désignation pourra être implicite lorsque le testateur emploiera des périphrases pour définir la mission de ce personnage. De la même manière, les extensions de mission peuvent également être déduites du libellé même du testament.

§ II L'encadrement de la mission

2567 **– Capacité de l'exécuteur testamentaire. –** L'exécuteur testamentaire doit jouir de sa pleine capacité juridique pour exercer sa mission. Si la personne désignée comme exécuteur testamentaire est frappée d'une mesure de protection avant l'ouverture de la succession,

(796) M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, 1982, nos 148 et s. et no 278. – F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse, Paris 2, ss dir. M. Grimaldi, Avant-propos M. Grimaldi et préf. B. Beignier, *Defrénois*, 2004, nos 139 et s. Après la réforme de 2006 : M. Storck : *JCl. Notarial Répertoire*, art. 119, Fasc. *Contrats et obligations*, 2015, 7-1, *Représentation dans les actes juridiques*, nos 17 et s.

(797) Lire la définition de « pouvoirs » dans le *Vocabulaire juridique* (Association H. Capitant, ss dir. G. Cornu, PUF, 12e éd. 2018) de laquelle il ressort bien que les pouvoirs correspondent toujours à une mission. V. égal. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.

(798) *Contra* : S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. Lequette, thèse, éd. Panthéon-Assas, 2016, no 272 qui réfute un rapprochement entre l'exécuteur testamentaire et le *trustee*.

(799) F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse, préc., nos 153 et s. – Ph. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, no 538.

(800) V. toutefois C. Bahurel, *Les volontés des morts*, *op. cit.*, nos 261 et s. qui considère que ce mandat à effet posthume malgré sa qualification légale est une forme de fiducie de laquelle l'exécution testamentaire se rapproche.

(801) F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 469.

alors la mission ne débute même pas. Si la mesure de protection apparaît en cours de mission, elle y met fin instantanément. L'exécuteur testamentaire qui a accepté sa mission est tenu de l'accomplir jusqu'à son terme, sauf au juge de l'en relever pour des motifs graves (802). Ces motifs peuvent être un péril pour la succession. Ce sera le cas lorsque l'exécuteur testamentaire agit inconsidérément : la protection des héritiers ou des légataires viendra alors du juge. Cette interruption judiciaire de la mission pourrait aussi venir de l'exécuteur lui-même, si elle lui devenait trop lourde à assumer par exemple.

§ III La durée de la mission

2568 **– Deux années. –** La mission de l'exécuteur testamentaire prend fin après écoulement de deux années à compter du décès du testateur, sauf pour le juge de la proroger (803). Bien évidemment, la mission prend fin par le décès de l'exécuteur testamentaire (804) ou par son incapacité. Le texte ne précise pas la durée de la prorogation par le juge.

§ IV Le contrôle de l'exécution testamentaire

2569 **– Reddition des comptes. –** L'article 1033 du Code civil impose à l'exécuteur testamentaire de rendre compte de sa mission dans les six mois suivant la fin de celle-ci. S'il est décédé, cette obligation incombe à ses propres héritiers. Ces comptes de l'exécution testamentaire doivent comprendre toutes les sommes qu'il a encaissées pour le compte de la succession, celles qu'il a payées ou dépensées. Ces comptes doivent également lui permettre d'être remboursé des frais qu'il a avancés pour accomplir sa mission et qui sont une charge de la succession (805) (C. civ., art. 1034). Si le testateur a prévu une rémunération pour cette mission, elle doit également y figurer. Si, comme le prévoit l'article 1033-1 du Code civil, elle est proportionnée au service rendu et aux facultés du disposant, il s'agit là d'une libéralité rémunératoire (806).

§ V La responsabilité de l'exécuteur testamentaire

2570 **– Responsabilité pénale. –** Détenteur et administrateur des biens d'autrui, l'exécuteur testamentaire encourt la sanction de l'abus de confiance défini par l'article 314-1 du Code pénal en cas de détournement de biens successoraux (807). La peine délictuelle est de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. Cette sanction est bien plus lourde que celles prévues pour le vol (808).

2571 **– Responsabilité civile. –** L'exécuteur testamentaire est responsable civilement de l'accomplissement de sa mission. La mise en cause de la responsabilité de l'exécuteur testamentaire est bien évidemment soumise à la caractérisation d'une faute dans l'accomplissement de sa mission, d'un préjudice et d'un lien de causalité. L'appréciation de la responsabilité de

(802) C. civ., art. 1026.
(803) C. civ., art. 1032.
(804) C. civ., art. 1033, al. 2.
(805) Pour une formule de reddition de comptes de l'exécuteur testamentaire : F. Letellier : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. *Testament*, V° *Exécuteur testamentaire*.
(806) On appelle cette « libéralité » le diamant. Sur les différentes qualifications possibles du diamant (présent d'usage, libéralité rémunératoire ou véritable legs) de l'exécuteur testamentaire, V. F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., nos 82 et s.
(807) F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., nos 287 et s.
(808) C. pén., art. 311-4.

l'exécuteur testamentaire sera plus ou moins rigoureuse selon que la mission a été rémunérée ou pas (809).

Sous-section III La mission et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire

2572 **– L'exécuteur testamentaire : le protecteur des dernières volontés. –** Le droit de tester est un droit individuel fondamental garant de la liberté de l'homme. À ce titre, il doit être protégé. Cette protection est certes due au profit du testateur qui n'est plus de ce monde, mais surtout au profit des légataires bénéficiaires du testament. L'exécution du testament est abandonnée aux successeurs saisis, maîtres du règlement de la succession, débiteurs de l'exécution des legs. Les droits des légataires sont en quelque sorte dépendants de leur bonne volonté, de leur diligence. L'exécuteur testamentaire va exercer un contre-pouvoir de ces successeurs saisis en les contrôlant, voire en exécutant lui-même certaines dispositions du testament ou tâches liées au règlement de la succession.

2573 **– Une protection graduée. –** La mission, et corrélativement les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, sont susceptibles d'une gradation. En effet, son rôle va être fonction de :

- la mission qui lui est assignée par le testateur lui-même ;
- l'existence ou non d'une réserve héréditaire.

Ainsi l'exécuteur testamentaire, dans sa mission minimaliste, aura davantage un rôle de contrôleur de l'exécution par les successeurs du testament. Elle correspond aux pouvoirs figurant aux articles 1028 et 1029 du Code civil. Le testateur pourra lui confier la mission de vendre le mobilier de la succession pour payer les legs particuliers de sommes d'argent, dans la limite du disponible bien évidemment (c'est l'article 1030). En l'absence de réservataire, le testateur, en application de l'article 1030-1, du Code civil, peut aller au-delà en conférant à son exécuteur la mission de vendre les biens de la succession pour la rendre liquide et en répartir le produit entre les légataires.

§1 La conservation et le contrôle : la protection minimale

A/ L'exécuteur testamentaire : incarnation des dernières volontés

1/ La mission de protection du testament lui-même

2574 **– Protection dans la validité et dans la signification du testament. –** Si litige il y a sur la validité du testament ou son interprétation, alors l'exécuteur testamentaire doit intervenir au procès. Soit il est mis directement en cause par les parties, soit il intervient de lui-même à la procédure. Cette participation au procès est une obligation pour lui ; s'il n'intervient pas, sa responsabilité pourrait être engagée. Son rôle est de permettre, en tant « qu'homme de confiance du défunt », d'éclairer le juge dans la résolution du litige qui peut porter sur la validité du testament (respect des conditions de forme ou de fond) ou sur son interprétation. De la même manière, s'il est établi un acte d'interprétation du testament avec l'accord unanime des protagonistes (héritiers et légataires), l'exécuteur testamentaire doit intervenir à cet acte même en l'absence de tout procès.

(809) F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., n° 286.

Ce premier rôle de l'exécuteur testamentaire est essentiel. Il confère à ce personnage un vrai rôle de protection des dernières volontés, car leur validité et leur interprétation sont des préalables nécessaires à leur exécution.

II/ La mission morale de l'exécuteur testamentaire

2575 – La dimension morale du testament. – La mission de l'exécuteur testamentaire en matière de propriété littéraire et artistique va se concentrer sur les composantes morales du droit d'auteur et non pas sur ses prérogatives pécuniaires (810). Là aussi, la mission de l'exécuteur testamentaire peut faire l'objet d'une gradation : avec une mission minimale qui concernera les œuvres posthumes et une mission étendue qui portera sur la surveillance du respect de l'ensemble de l'œuvre. Cette gradation est fonction de la volonté du testateur.

Formule de désignation d'un exécuteur testamentaire

1) Exécution testamentaire de base

« Je désigne pour mon exécuteur testamentaire M. ... demeurant à ... et à défaut M. ..., demeurant à ...

Il veillera à la bonne exécution de mon testament.

Tous mes documents, papiers et correspondances personnels lui seront confiés afin qu'il juge ceux qui pourront être remis à mes héritiers. Il pourra éventuellement détruire ceux qu'il estimera ne pas devoir être transmis.

Je lui attribue à titre de rémunération forfaitaire pour ses services la somme de ... euros. »

2) Exécution testamentaire avec pouvoirs supplémentaires

« Je désigne pour mon exécuteur testamentaire M. ... demeurant à ... et à défaut M. ..., demeurant à ...

Il veillera à la bonne exécution de mon testament.

Tous mes documents, papiers et correspondances personnels lui seront confiés afin qu'il juge ceux qui pourront être remis à mes héritiers. Il pourra éventuellement détruire ceux qu'il estimera ne pas devoir être transmis.

Mon exécuteur testamentaire exercera le droit de divulgation de mes œuvres posthumes. Il sera également chargé, sa vie durant, de veiller au respect et à la paternité de mon œuvre.

Conformément à l'article 1030 du Code civil, mon exécuteur testamentaire pourra prendre possession du mobilier et éventuellement le vendre pour acquitter les legs de sommes d'argent ci-dessus prévus. »

3) Exécution testamentaire avec mission de liquider et partager (absence de réservataires)

« Je désigne pour mon exécuteur testamentaire M. ..., demeurant à ... et à défaut M. ..., demeurant à ...

Il veillera à la bonne exécution de mon testament.

Tous mes documents, papiers et correspondances personnels lui seront confiés afin qu'il juge ceux qui pourront être remis à mes héritiers. Il pourra éventuellement détruire ceux qu'il estimera ne pas devoir être transmis.

Conformément aux articles 1030 et 1030-1 du Code civil, mon exécuteur testamentaire pourra prendre possession de tous les biens de ma succession. Il les vendra pour acquitter le passif et les charges de ma succession à l'exception des biens légués à titre particulier et il répartira ce qui restera conformément aux dispositions ci-dessus.

Je lui attribue à titre de rémunération une somme égale à ... % ***(par exemple 2 %)*** de l'actif brut liquidé. »

(810) Sur la dévolution des droits pécuniaires : M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7e éd. 2017, no 272. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 246, 1o. – D. Marin, *La transmission des droits d'auteur* : *LPA* 12 sept. 2012, no 183, p. 81. – B. Vareille, *La donation de biens à venir au conjoint survivant de l'écrivain* : *JCP* N 2015, 1165. – C. Alleaume et S. Auger, *Droit d'auteur et transmission successorale* : *JCP* N 2015, 1234.

a) La propriété littéraire et artistique

2576 **– Protection des œuvres posthumes. –** Les œuvres posthumes sont celles qui n'ont pas été rendues publiques du vivant de l'auteur (811). La divulgation d'une œuvre consiste en sa mise au contact du public (812). Le droit de divulgation des œuvres appartient à l'auteur, il lui est souverain et arbitraire et relève d'une liberté fondamentale. L'article L. 121-2, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que ce droit est transmis en premier à l'exécuteur testamentaire, sa vie durant, puis à son décès ou à défaut d'exécuteur aux descendants, au conjoint non séparé de corps, puis aux légataires universels. Le tout sauf volonté contraire du défunt. Cette dévolution anomale est fondée sur une forte présomption de fidélité à l'auteur et à sa volonté qui, ainsi incarnée en la personne de l'exécuteur, va transcender sa mort (813). En effet, l'héritier des droits pécuniaires peut-il exercer ce droit dans le respect de la volonté de l'auteur, sachant que de cette divulgation vont dépendre les attributs pécuniaires de l'œuvre (814). C'est donc l'exécuteur testamentaire, cet ami de grande confiance qui, incarnant la volonté du défunt, exercera de manière exclusive et jusqu'à sa propre mort ce droit de divulgation. Toutefois, ce droit au décès n'est plus arbitraire et l'exécuteur doit l'exercer dans le respect de la volonté de l'auteur défunt et au service de l'œuvre (815). À défaut, il serait coupable d'abus de droit qui pourrait lui être reproché (soit parce qu'il a divulgué inconsidérément l'œuvre, soit parce qu'il s'obstine à refuser cette divulgation). En ce cas, il incombe à ceux qui lui font ce reproche de démontrer que cette attitude de l'exécuteur est fautive. Ce dernier, en effet, bénéficie d'une présomption de fidélité à la volonté de l'auteur (816). Cette présomption s'inverse pour les dévolutaires suivants. Cette mission de l'exécuteur lui est viagère et, dans bien des cas, dépassera les deux années prescrites à l'article 1032 du Code civil.

2577 **– Protection morale de toute l'œuvre. –** Le testateur peut augmenter le rôle de l'exécuteur testamentaire quant à la protection de l'œuvre du défunt en lui confiant dans le testament la mission de veiller au respect de son œuvre et de contrôler que sa paternité ne soit pas bafouée (817). Cette mission s'applique à toutes les œuvres divulguées de l'auteur.

b) L'autre mission morale

2578 **– Protection du secret et de la vie privée du testateur. –** Il est communément admis que l'exécuteur testamentaire a pour mission de prendre possession des archives personnelles du *de cujus*, d'en faire le tri, de détruire ce qui lui semble inutile ou ce qui doit rester secret, et de remettre éventuellement aux héritiers les documents, correspondances, photographies, et autres supports électroniques (818). Ce pouvoir non prévu par les textes s'applique même en présence d'héritiers réservataires. Ce pouvoir appartient-il à l'exécuteur testamentaire de par sa seule qualité ou faut-il que le testateur l'ait expressément prévu (819) ? Faute de réponse tranchée, il est fortement conseillé au testateur de préciser

(811) P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8e éd. 2012, no 400.
(812) *Ibid.*, no 191.
(813) F. Pollaud-Durand, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2e éd. 2014, no 647. – F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., no 330.
(814) A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2e éd. 2001, no 466.
(815) Cass. 1re civ., 24 oct. 2000, no 98-11.796 : *JurisData* no 2000-006365 ; *D.* 2001, p. 918, obs. C. Caron.
(816) Cass. 1re civ., 9 juin 2011, no 10-13.570 : *JurisData* no 2011-011942 ; *D.* 2011, p. 2099, F. Fabiani et R. Perrier ; *RIDA* juill. 2011, p. 479, obs. P. Sirinelli.
(817) CPI, art. L. 121-1. – F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, *op. cit.*, no 653.
(818) Cass. req., 26 janv. 1886 : *DP* 1886, 1, p. 41. – Cass. civ., 11 juin 1890 : *DP* 1891, 1, p. 324.
(819) M. Grimaldi, *in Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, no 323-153. – T. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, no 470. – F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., no 316.

cette mission dans son testament. On pourrait également étendre ce pouvoir de l'exécuteur testamentaire aux formes numériques de ces documents.

III/ La mission conservatoire

2579 **– La protection de l'hérédité. –** La réforme de 2006 a opéré un double changement en affirmant de manière générale le caractère conservatoire de la mission de l'exécuteur, tout en supprimant le caractère obligatoire de certaines mesures conservatoires, laissant ainsi à l'exécuteur l'appréciation de l'utilité de la mesure à prendre. Cette mission conservatoire de l'exécuteur testamentaire est rappelée à l'article 1305 du Code de procédure civile. C'est ainsi que l'apposition des scellés et l'inventaire sont devenus des mesures facultatives pour l'exécuteur testamentaire, alors qu'elles s'imposaient dans les textes de 1804. L'exécuteur testamentaire doit prendre toute mesure conservatoire utile à la bonne exécution du testament. Ces mesures peuvent être des actes conservatoires au sens juridique, comme des sûretés, des mesures d'exécution, des actes suspensifs de prescription, l'apposition des scellés (CPC, art. 1307), l'inventaire (CPC, art. 1328), *etc.* Elles peuvent également consister en des actes matériels comme la mise en garde-meuble du mobilier successoral, la location d'un coffre-fort pour y entreposer les objets de valeur, la mise en dépôt ou sous séquestre de certains biens, la souscription d'une police d'assurance de biens ou la déclaration de sinistre auprès de la compagnie d'assurance. L'exécuteur testamentaire peut même agir en référé pour solliciter une mesure urgente, comme l'interdiction de divulguer des œuvres posthumes. Il a également pleine qualité pour prendre les inscriptions d'hypothèque conférée aux légataires par les articles 1017 et 2400, 4° du Code civil, ou renouveler des inscriptions garantissant les créances successorales. L'exécuteur testamentaire provoquera la vente du mobilier successoral pour payer les dettes urgentes si les liquidités ne sont pas suffisantes. Cette mission de l'exécuteur testamentaire s'inscrit dans son rôle conservatoire, car le paiement des créanciers permet d'éviter des mesures de saisie, le versement d'intérêts ou de pénalités de retard.

Cette mission conservatoire constitue un véritable devoir pour l'exécuteur testamentaire. Elle révèle sa fonction protectrice de l'hérédité et des biens qui la composent, permettant ainsi une meilleure exécution du testament.

IV/ Contraindre les héritiers à l'exécution

2580 **– Protection contre les héritiers récalcitrants. –** L'exécuteur testamentaire doit intervenir au procès dont l'objet est l'exécution du testament. Il dispose même du pouvoir de prendre l'initiative de la procédure en agissant en justice contre les successeurs afin de les obliger à l'exécution des dispositions testamentaire (820). Il s'agit là de son rôle primitif et essentiel qui justifie sa désignation. C'est en ce sens que l'exécution testamentaire est une garantie du respect des dispositions testamentaires (821). La désignation d'un exécuteur testamentaire peut revêtir une utilité certaine dans un testament-partage, l'exécuteur obligeant, par ses pouvoirs, les héritiers à la répartition imposée par le *de cujus* (822).

(820) C. civ., art. 1028, al. 2. Pour des exemples : Cass. 1re civ., 15 mai 2008, n° 06-19.535 : *JurisData* n° 2008-043894 ; *JCP* G 2009, I, 109, R. Le Guidec ; *RTD civ.* 2008, p. 522, obs. M. Grimaldi ; *D.* 2008, p. 2250, obs. M. Nicod ; *Defrénois* 2008, p. 1685, obs. P. Malaurie.

(821) Tous les frais de justice exposés par l'exécuteur testamentaire sont à la charge de la succession.

(822) F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., nos 348 et s.

Dans cette mission de base, l'exécuteur testamentaire est un contrôleur testamentaire plus qu'un véritable exécuteur ; il ne participera à l'exécution que si des missions complémentaires lui sont confiées par le testateur.

B/ L'exécution du testament : la protection médiane

2581 **– Appréhension et vente du mobilier pour payer les legs. –** Le testateur peut habiliter son exécuteur à prendre possession du mobilier successoral et à le vendre si nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible. Ce pouvoir confié à l'exécuteur, en application de l'article 1030 du Code civil, se distingue en plusieurs points de son ancienne saisine (C. civ., art. 1026 et 1027 anciens).

Cette mission s'en écarte :
- en ce qu'elle est limitée par l'existence d'une réserve héréditaire ;
- en ce qu'elle autorise l'exécuteur à vendre lui-même les biens détenus pour payer les legs alors que l'ancienne saisine ne l'autorisait qu'à les retenir jusqu'au complet paiement des legs ;
- et, sans doute, en ce que l'assiette de cette possession est différente car des termes employés on peut considérer qu'il ne s'agit que des meubles corporels (sinon on parlerait de cession) (823), alors qu'il était admis que l'ancienne saisine portait sur tous les meubles sans restriction.

Elle s'en rapproche :
- en ce qu'elle porte sur le mobilier successoral ;
- en ce qu'elle est orientée vers l'exécution des legs de sommes d'argent ;
- et en ce qu'elle permet à l'exécuteur d'entrer en détention du mobilier successoral.

Il est permis de penser que cette possession s'applique à tout ce mobilier successoral, réserve ou pas. Par contre, le droit de vendre ces objets mobiliers pour acquitter les legs de sommes d'argent sera bien évidemment limité par la quotité disponible sur laquelle il ne peut empiéter. L'exécuteur, et c'est une nouveauté de 2006, peut de lui-même vendre ces biens sans qu'aucune forme ne soit prescrite. Il peut donc les vendre tout simplement à l'amiable, au prix qu'il estime juste. Toutefois, l'exécuteur doit faire preuve d'une grande prudence car ce pouvoir porte une forte atteinte au droit de propriété des successeurs. Une information préalable des héritiers et un prix de vente fixé à dire d'expert ou au cours d'une vente publique seraient de nature à démontrer que les biens successoraux n'ont pas été bradés par l'exécuteur testamentaire. Rappelons qu'il s'agit ici d'une vente de la chose d'autrui licite. C'est également pour cela que cette vente est limitée par ce qui est nécessaire pour acquitter le passif et les legs de sommes d'argent. Le paiement des legs et du passif directement par les héritiers met immédiatement fin à ce pouvoir de l'exécuteur testamentaire. En présence de réservataire il semble évident que ce pouvoir ne peut s'exercer sans une liquidation préalable de la quotité disponible et sans avoir procédé à l'imputation des libéralités.

§ II Le partage : la protection optimale

2582 **– Vente des immeubles, paiement du passif et des charges. –** La réforme de 2006 a entériné une jurisprudence très ancienne qui permettait au testateur de conférer à son exécuteur le soin de vendre ses immeubles pour permettre de payer le passif et les legs.

(823) En ce sens F. Sauvage, *Exécution testamentaire* : *Rép. dr. civ.* Dalloz 2011, n° 31. V., *contra*, 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, n° 3246, par S. Arnaud, S. Ginon et F. Petit.

Cette mission n'était possible qu'en l'absence d'héritier réservataire. En effet, l'article 1030-1 du Code civil prévoit « qu'en l'absence d'héritier réservataire acceptant, le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges (...) ». Une fois l'absence d'héritier réservataire valablement constatée dans un acte de notoriété éventuellement envoyé en possession, l'exécuteur a toute liberté pour choisir les modalités de la vente : vente amiable ou vente sur adjudication volontaire. Il peut également avoir recours aux services d'un intermédiaire pour trouver un acquéreur. Pour autant, l'exécuteur testamentaire, en tant que vendeur de la chose d'autrui, devra être extrêmement prudent dans la fixation des conditions de la vente et surtout de son prix. Il devra avoir pris des précautions particulières pour être en mesure de justifier ce prix de vente. La seule protection prévue en faveur des héritiers est une mesure d'information car ils doivent être prévenus au préalable de la vente des immeubles, et ce sous peine d'inopposabilité (C. civ., art. 1030-1, al. 2). Les formes de cette information ne sont pas précisées par le texte, mais l'exécuteur testamentaire doit être en mesure d'en prouver le respect. Aussi une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, semble être le minimum. L'acte de vente doit, à l'évidence, contenir les justifications de cette information préalable.

L'exécuteur testamentaire perçoit le prix de vente et le place. Au moyen de ces prix, l'exécuteur paiera le passif et les charges, et pas seulement ceux qui sont urgents, car c'est un préalable au paiement des legs de sommes d'argent et au partage de la succession.

2583 **– Le partage. –** L'exécuteur testamentaire a ici la mission de répartir de l'actif successoral en procédant « à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires » (824). Deux lectures de ce texte sont possibles :

- soit il ne s'agirait que de la répartition entre les héritiers du sang d'un côté, et les légataires de l'autre (825). Cette situation est rare en pratique, car si le testateur veut laisser certains biens ou une partie de son patrimoine à ses héritiers du sang, il y a fort à parier qu'il les aura « transformés » en légataires. Cette lecture restrictive ne doit pas être retenue ;
- soit l'exécuteur a le pouvoir de confectionner les lots avec l'actif restant et de les attribuer ; il s'agira très probablement de sommes d'argent. Aucune règle de forme n'est édictée pour ce partage. Néanmoins, l'élaboration d'un partage écrit et signé par les copartagés/copartageants nous paraît nécessaire puisqu'il actera l'accomplissement par l'exécuteur de sa mission et il constituera le titre des légataires.

Sous-section IV L'exécution testamentaire actuelle : une protection insuffisante

§ I Le constat actuel

2584 **– L'exécution testamentaire : une protection peu utilisée. –** Le recours à l'exécution testamentaire n'a cessé de décliner depuis 1804, malgré les apports jurisprudentiels et la réforme de 2006 qui, s'agissant de cette institution, est un échec. L'exécuteur testamentaire est, dans bien des cas « une sentinelle sans arme » (826). Le législateur, contrairement à une idée reçue, n'a pas accru les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Il lui a supprimé sa saisine qui portait sur tout le mobilier même en présence de réservataires et qui était une

(824) C. civ., art. 1030-1.
(825) En ce sens : F. Sauvage : *Rép. dr. civ.* Dalloz, *op. cit.*, n° 42.
(826) F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, thèse préc., préf. B. Beignier.

véritable garantie de paiement des legs de sommes d'argent qui n'avaient pas été payés. De même, en 2006 l'exécuteur testamentaire a été soumis à l'envoi en possession du légataire universel, ce qui est un non-sens juridique. Cette anomalie l'est d'autant plus que la procédure d'envoi en possession a été supprimée pour le légataire universel par la loi du 18 novembre 2016 (827) qui l'a maladroitement ou inconsciemment maintenue pour l'exécuteur testamentaire (828). Faute de pouvoirs efficaces, le recours à cette institution est réduit, son régime juridique est complexe et une exécution testamentaire efficace suppose une parfaite et complète rédaction du testament. En présence de réservataires, l'institution a peu d'intérêt ; et en l'absence de réservataire, le recours au legs universel sans émolument est préféré, sans doute à tort car le risque est alors grand que le légataire décline le bénéfice de son legs. Sa défaillance imposera alors de retrouver les héritiers par le sang pour délivrer les legs, induisant nombre de difficultés que la présence de ce légataire permettait justement d'éviter. À la suite des précédents Congrès des notaires de France (829), nous pensons qu'une réforme profonde de l'institution pourrait utilement voir le jour.

§ II Les pistes de réforme pour une exécution testamentaire efficace

2585 **– Rétablissement de la saisine automatique. –** En premier lieu, il conviendrait que tout exécuteur testamentaire soit saisi des biens de la succession, et ce en présence ou non d'héritiers réservataires. Cette saisine, qui à l'évidence est une limitation à celle de l'héritier, lui permet d'entrer en détention des biens successoraux pour en assurer la conservation et pour garantir l'exécution du testament. Reste à savoir quels seront les biens qui feraient l'objet de cette saisine. *A minima* ce seraient les biens objets du testament ou si legs de sommes d'argent il y a, les biens nécessaires à leur exécution dans la limite de la quotité disponible. Et si des ventes étaient nécessaires, il faudrait commencer par les objets mobiliers en finissant par les immeubles. N'oublions pas que désormais la protection de la réserve est conçue en valeur. L'héritier, réservataire ou non, aurait comme auparavant le loisir de mettre fin à cette saisine en exécutant de lui-même le testament. Rien de bien novateur ici, cela existait avant 2007 et de manière plus prégnante avant 1804. Le corollaire serait de rétablir l'obligation pour lui de faire inventaire (obligation supprimée en 2006).

2586 **– Rattachement de la saisine à l'exécution de l'ensemble du testament. –** Cette saisine de l'exécuteur testamentaire devrait être rattachée à l'ensemble du testament et non pas aux seuls legs de sommes d'argent. On voit bien que le législateur moderne a toujours rattaché l'exécution testamentaire aux legs de sommes d'argent. En 1804, l'ancien article 1027 du Code civil prévoyait que l'héritier pouvait mettre fin à la saisine du mobilier successoral en remettant une somme nécessaire au paiement des legs. Et depuis 2007, l'article 1030-1 du même code prévoit que l'exécuteur peut être chargé de liquider l'actif et d'apurer le passif pour répartir le solde entre les bénéficiaires du testament. On devrait pouvoir restituer sa vraie fonction à l'exécuteur testamentaire en lui permettant également

(827) L. n° 2016-1547.

(828) G. Bonnet et F. Sauvage, *L'envoi en possession du légataire universel au lendemain de la loi J21* : *JCP* N 2018, 1109. – O. Gazeau, *La justice pour le XXIe siècle : de nouveaux réflexes pour le notaire* : *Defrénois* 2017, p. 905. – F. Letellier, *La réforme de l'envoi en possession du légataire universel et de l'exécuteur testamentaire* : *JCP* N 2016, 1337 ; *La réforme de l'envoi en possession du légataire universel* : *JCP* N 2017, n° 1138 ; *Successions : 1er novembre 2017, le rôle nouveau du notaire est arrivé !* : *JCP* N 2017, 1301 ; *Le notaire et la déjudiciarisation par la loi du 18 novembre 2016* : *JCP* N 2018, 1152. – M. Nicod, *Réforme de l'envoi en possession* : *Dr. famille* 2017, dossier 7.

(829) 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*. – 65e Congrès des notaires de France, Saint-Malo, 1967, *L'indivision essai d'une organisation dans l'évolution du droit*, p. 294 et s. – 68e Congrès des notaires de France, Vittel, 1971, *Du règlement des successions méthodes et perspectives*, t. 5e, p. 113 et s.

d'exécuter les autres dispositions testamentaires comme les legs autres que de sommes d'argent.

2587 **– Paiement et délivrance des legs. –** Cette fonction d'exécuter la totalité du testament pose évidemment la question ancienne de la délivrance des legs. En présence de réservataires, il ne faudrait pas changer la règle : à eux de délivrer les legs et à l'exécuteur de remettre les choses léguées à leurs destinataires. Par contre, il serait sans doute opportun de permettre à l'exécuteur testamentaire, si les héritiers ne se sont pas enclins à exécuter le testament, de demander au juge de les condamner à cette exécution et par là même d'autoriser l'exécuteur à délivrer et payer lui-même les legs. En l'absence d'héritier réservataire, il faudrait que l'exécuteur testamentaire puisse délivrer et payer les legs. La référence malheureuse à l'envoi en possession de l'article 1030-2 du Code civil devrait, une bonne fois pour toutes, être supprimée (830).

2588 **– Répartition de la succession. –** L'article 1030-2 du Code civil mériterait d'être réécrit, car il présente une certaine opacité qui fait douter de la réelle mission de l'exécuteur testamentaire. Plus qu'être l'auteur d'un partage, l'exécuteur testamentaire doit pouvoir répartir les biens de la succession en fonction du testament. Car pour un testament, on parle davantage d'exécution de legs que de partage. En effet, on a un peu de mal à croire qu'un exécuteur puisse attribuer les biens de lui-même aux légataires (rappelons que le legs avec faculté d'élire est nul dans notre droit, même confié à l'exécuteur testamentaire) (831). Par contre, l'exécuteur testamentaire serait pleinement fondé à exécuter de lui-même un testament partage, c'est-à-dire de remettre à chacun des copartagés les biens à lui attribués.

2589 **– Administration de la succession. –** Dans cet élan d'accroissement des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, il serait également souhaitable de permettre au testateur de conférer à son exécuteur testamentaire les pouvoirs qu'il pourrait donner à un mandataire posthume. Sans doute une telle mission devrait prendre les formes d'un testament authentique. Par ailleurs, rien n'empêche aujourd'hui de consentir à son exécuteur testamentaire un mandat posthume dans le respect des formes prescrites (832).

2590 **– Un maximum de pouvoirs conférés de manière automatique. –** Si le législateur devait refondre le droit de l'exécution testamentaire, nous pensons qu'il devrait aborder la question de manière inverse, en conférant des pouvoirs les plus étendus possible, en distinguant, bien évidemment, le cas où des réservataires sont présents du cas où il n'y en a pas. Ce serait l'exécution testamentaire par défaut. L'exécuteur ayant alors tous les pouvoirs possibles pour exécuter les dispositions de dernières volontés sans qu'il soit besoin que le testateur l'ait expressément prévu dans son testament. Bien évidemment, libre au testateur de réduire sa mission et donc de lui ôter certains pouvoirs. C'est ce que prévoyait l'Ancien droit : le testateur pouvait limiter la saisine de l'exécuteur s'il le souhaitait (833).

(830) Avant la réforme de 2006, il était communément admis que l'exécuteur testamentaire n'avait pas à être envoyé en possession.

(831) Cass. civ., 12 août 1863 : *DP* 1863, 1, 356. – G. Légier, *La prohibition du legs avec faculté d'élire* : *JCP* N 1978, 1, 87. – F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, n° 395. – C. Bahurel, *Les volontés des morts*, thèse préc., n^{os} 362 et s. ; *Mémento Lefebvre Successions - Libéralités*, *op. cit.*, n^{os} 1520 et s.

(832) C. civ., art. 812-1-1.

(833) Pothier, *Œuvres*, t. 7^{e} par. M. Dupin Bechet, Ainé, 1825, p. 343.

Protéger le logement, l'habitat et le cadre de vie

Présidente :
Anne MUZARD
Notaire à Paris

Rapporteur :
Bruno PAVY
Notaire à Melun

La troisième commission a pour thème la protection du logement, mais également de l'habitat et du cadre de vie. **3001**

Ces trois termes ont été choisis comme représentatifs des enjeux de la protection. Le logement est en premier lieu le domicile de son occupant, qu'il soit en propriétaire ou locataire. Le premier bénéficie notamment de dispositifs de protection à l'égard de ses créanciers ; et le second dans ses relations avec son bailleur et ses créanciers.

La première partie sera consacrée à la présentation de ces dispositifs de protection du propriétaire (**Titre I**) puis du locataire (**Titre II**), mettant en exergue les difficultés de conciliation entre les intérêts de chacun, de la quête d'équilibre entre notamment propriétaire et créancier, bailleur et preneur. Cette quête paraît chimérique.

Nous avons également pu constater que les textes emploient les termes de logement, domicile, ou résidence, sans que les choix opérés nous soient apparus comme nécessairement délibérés et pertinents. Par ailleurs, un même terme n'a pas la même signification selon le texte auquel on se réfère. Une uniformisation serait opportune. Sans prétention d'exhaustivité, nous avons relevé notamment :

- **Logement**
  - Loi 1989 (art. 1er) : droit au logement.
  - Loi 1989 (art. 2) : La résidence principale est entendue comme le logement occupé au moins huit mois par an, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure, soit par le preneur ou son conjoint, soit par une personne à charge au sens du Code de la construction et de l'habitation.
  - Loi 1989 (art. 6) : La colocation est définie comme la location d'un même logement par plusieurs locataires, constituant leur résidence principale.
- **Habitation**
  - Loi 1989 (art. 1er) : liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation.
  - Loi 1989 (art. 2) : locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, et qui constituent la résidence principale du preneur.
- **Domicile**
  - Loi 1989 (art. 14) : abandon du domicile.
- **Résidence principale**
  - Loi 1989 (art. 2) : locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, et qui constituent la résidence principale du preneur.
  - Loi 1989 (art. 2) : La résidence principale est entendue comme le logement occupé au moins huit mois par an, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure, soit par le preneur ou son conjoint, soit par une personne à charge au sens du Code de la construction et de l'habitation.
  - Loi 1989 (art. 6) : La colocation est définie comme la location d'un même logement par plusieurs locataires, constituant leur résidence principale.
  - Loi 1989 (Titre 1er *bis*) : logements meublés résidence principale.

Dans la seconde partie, nous nous attacherons à présenter des réglementations visant à protéger l'habitat et le cadre de vie, hors les considérations plus individuelles exposées en première partie. Nous n'avons pas pu consacrer de développements à la lutte contre la désertification des centres-villes, aux conventions Oser (opérations de sauvegarde économique et de redynamisation), aux opérations de revitalisation de territoire (ORT), à la loi Littoral récemment amendée par la loi Elan, ou aux dispositifs de dissociation du foncier et du bâti. **3002**

Nous nous sommes attachés à présenter les textes visant à protéger l'habitat, sa qualité et son environnement et notamment le soutien de l'offre de logement, les locations touristiques saisonnières, la lutte contre l'habitat indigne, les copropriétés en difficulté, le patrimoine historique, plus proches de notre pratique quotidienne.

PREMIÈRE PARTIE

Protéger son habitation

3003 Bien avant d'avoir énoncé que le droit à l'habitat est un droit fondamental par l'article 1er du 22 juin 1982 (1) et rendu ce droit opposable en instituant un logement opposable par la loi du 5 mars 2007 (2), la législation s'était intéressée à la protection du domicile.

L'article 102 du Code civil énonce depuis son origine que : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ».

L'article 2 de la loi du 6 juillet 1989 (3) définit l'habitation principale comme « le logement occupé au moins huit mois par an, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure, soit par le preneur ou son conjoint, soit par une personne à charge au sens du Code de la construction et de l'habitation ».

La loi Alur du 24 mars 2014 (4) est venue substituer la notion de résidence principale à celle d'habitation principale, et de son côté l'Insee a défini l'habitation principale comme l'habitation occupée de façon habituelle et à titre principal par une ou plusieurs personnes d'un même ménage.

Depuis plusieurs décennies, la notion de droit au logement s'est développée au point de devenir un droit fondamental consacré par le Conseil constitutionnel. Il était donc logique que la loi assure la protection de ce logement.

C'est à la protection de cette résidence principale que nous nous attacherons dans les développements qui suivent, en distinguant la protection de la résidence principale du propriétaire (**Titre I**) de celle du logement du locataire (**Titre II**).

(1) L. nº 82-526, 22 juin 1982, relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, al. 1er : « Le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ».
(2) L. nº 2007-290, 5 mars 2007, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.
(3) L. nº 89-462, 6 juill. 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986.
(4) L. nº 2014-366, 24 mars 2014, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

TITRE I

La protection de la résidence principale du propriétaire

3004 La protection de la résidence principale du propriétaire est devenue un enjeu majeur de la liberté individuelle. À ce titre, elle se trouve en conflit avec le droit des créanciers dont l'intérêt est d'appréhender la résidence de leur débiteur pour recouvrer leur créance. C'est sous l'angle des droits de ces créanciers que nous étudierons cette protection en rappelant les possibilités qui s'offrent au propriétaire pour protéger son logement et ainsi éviter que sa famille et lui-même ne perdent la protection de leur toit.

Dans les développements qui suivent, il ne sera pas envisagé la protection de la résidence à l'encontre de la puissance publique (expropriation, alignement...) qui a déjà été traitée lors d'un congrès précédent (5).

Plusieurs dispositifs permettent au propriétaire d'être privé de son logement contre sa volonté. Ils seront étudiés successivement non dans leur entièreté, mais uniquement au travers du prisme de la protection et au regard de la pratique notariale. Ainsi, il sera distingué la protection prévue par la loi pour protéger le logement (**Sous-titre I**) et celle que le propriétaire peut mettre en place dans le cadre d'une convention (**Sous-titre II**).

SOUS-TITRE I

La protection légale du logement du propriétaire

3005 Le législateur a prévu plusieurs régimes de protection pour la résidence principale. Nous distinguerons la protection générale du logement du propriétaire (**Chapitre I**), de celle spéciale du logement de l'entrepreneur (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La protection générale du logement contre les créanciers

3006 Cette protection a fait l'objet d'une attention particulière dans la procédure récente de surendettement (**Section I**) pour éviter qu'un particulier poursuivi par ses créanciers ne se retrouve sans logement. La même préoccupation a prévalu dans le cadre de la procédure de saisie immobilière (**Section II**), spécialement par l'encouragement à recourir à une vente amiable.

(5) 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière*.

Section I La procédure de surendettement : un outil efficace de la protection du logement

3007 L'importance du surendettement des ménages dont les revenus ne permettent plus de faire face aux charges a conduit le législateur (6) à créer une procédure spéciale de protection de l'habitation. Cette législation a été codifiée dans le livre VII du Code de la consommation et modifiée en dernier lieu par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle (7).

La Banque de France, qui est en charge de gérer les dossiers des personnes surendettées, annonce plus de 160 000 demandes pour l'année 2018 (8).

Toute personne physique, de bonne foi (9), qui est dans l'impossibilité manifeste de faire face à ses dettes non professionnelles peut saisir le secrétariat de la commission de surendettement qui se trouve à la représentation locale de la Banque de France. Cette commission statue sur la recevabilité de la demande (10) qui produit des effets importants (**Sous-section I**). Il est donc essentiel que cette recevabilité soit connue (**Sous-section II**). À ce stade, il est indispensable que la vente du logement puisse intervenir dans des conditions contrôlées (**Sous-section III**) et en dernier lieu donner lieu à une vente forcée en contrepartie de l'effacement des dettes (**Sous-section IV**).

À titre liminaire, nous rappellerons que les grandes lignes du surendettement sont les suivantes :

- **Débiteurs concernés :**
  - les personnes physiques de bonne foi de nationalité française ;
  - même de nationalité française domiciliées hors de France pour les dettes contractées auprès de créanciers établis en France ;
  - le conjoint, le partenaire et le concubin du commerçant ;
  - le professionnel libéral qui bénéficie d'un contrat de travail non fictif ;
  - l'associé unique et gérant d'une EURL ;
  - les auto-entrepreneurs.

  En revanche, sont exclus :
  - les personnes morales ;
  - les personnes relevant des procédures collectives ;
  - les conjoints des auto-entrepreneurs (11) ;
  - l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pour ses dettes professionnelles.
- **Procédure :**
  - le débiteur saisit la commission de surendettement (12) ;
  - la commission se prononce sur la recevabilité de la demande dans le délai de trois mois et décide de son orientation en procédure de surendettement amiable ou en procédure de rétablissement personnel ;

(6) L. nº 89-1010, 31 déc. 1989, dite « loi Neiertz ».
(7) L. nº 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXIe siècle.
(8) *Le surendettement des ménages*, Enquête typologique, Banque de France, janv. 2019, soit une diminution de 10 % par rapport à l'année précédente et de 27 % par rapport à 2013.
(9) C. consom., art. L. 711-1.
(10) 90,7 % des demandes ont été déclarées recevables en 2018.
(11) Cass. 2e civ., 18 févr. 2016, nº 14-29.223.
(12) On fera observer que, depuis l'entrée en vigueur de la loi nº 2010-737 du 1er juill. 2010, le fait d'être propriétaire de sa résidence principale n'oblige plus celui-ci à justifier de la valeur de ce bien compte tenu du passif à régler et de la nécessité de se reloger (S. Ledan-Carraoque, *La vente de la résidence principale appartenant à un propriétaire surendetté* : *Rev. proc. coll.* mars-avr. 2016, p. 17).

- si le débiteur possède des ressources et des biens saisissables de nature à permettre l'apurement du passif, un plan conventionnel est établi avec les créanciers. En cas d'échec, la commission peut imposer des mesures allant du rééchelonnement des paiements jusqu'à l'effacement partiel de certaines créances. Si le débiteur ne respecte pas le plan, il est déchu du bénéfice de la protection attachée au surendettement ;
- si le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, la commission :
  - **recommande** le rétablissement personnel sans liquidation en l'absence d'éléments d'actif suffisants. Le juge du tribunal d'instance confère force exécutoire à la recommandation et les dettes non professionnelles du débiteur sont effacées,
  - **propose** le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Si l'actif réalisé par le liquidateur nommé à cet effet est suffisant, la procédure est clôturée par le juge. Dans le cas contraire, la clôture a lieu pour insuffisance d'actif et les dettes non réglées sont effacées.

Sous-section I La recevabilité de la demande et ses effets de protection

3008 Dans le délai de trois mois qui suit sa saisine, la commission doit rendre une décision sur la recevabilité de la demande du débiteur. La recevabilité de la demande emporte la suspension des mesures d'exécution (**§ I**) et celle des mesures d'expulsion (**§ II**).

§ I La suspension des mesures d'exécution

3009 La suspension des mesures d'exécution est régie par l'ordonnance du 14 mars 2016 (13) qui a recodifié la matière aux articles L. 722-2 à L. 722-5 du Code de la consommation. Il sera distingué le principe général de la suspension des mesures d'exécution et les conséquences spéciales sur la procédure de saisie immobilière.

3010 **– Le principe général de la suspension et de l'interdiction** des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur des dettes autres qu'alimentaires est énoncé par l'article L. 722-2 du Code de la consommation.

« Il s'agit d'une étape supplémentaire vers le caractère collectif de la procédure de surendettement » (14).

Les créanciers ne peuvent plus introduire de nouvelles voies d'exécution, ni mettre en œuvre les mesures d'exécution à l'encontre du débiteur surendetté. Ces effets ne peuvent être levés qu'en contestant, devant le juge d'instance, la décision de recevabilité rendue par la commission de surendettement. L'exercice d'un tel recours ne suspend pas les effets de la décision de recevabilité (15).

La suspension de plein droit des mesures d'exécution n'empêche pas les créanciers de poursuivre une action en justice déjà engagée, voire d'en engager une nouvelle. La Cour de cassation a même reconnu au créancier la faculté d'obtenir un titre exécutoire nonobstant l'adoption des mesures de redressement (16).

(13) Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, codifiée *in* C. consom., art. L. 722-2 à L. 722-5.
(14) *JCl. Voies d'exécution*, Fasc. 480, par P. Soustelle.
(15) C. consom., art. R. 722-3.
(16) Cass., avis, 16 juin 1995, n° 09-50.008 : *Bull. civ.* 1995, avis, n° 9.

La suspension concerne le recouvrement de toutes les dettes, y compris les dettes fiscales et celles envers les organismes de sécurité sociale. Seules les dettes alimentaires échappent à la suspension.

Le débiteur surendetté voit donc sa situation figée jusqu'à la mise en œuvre du traitement de son surendettement.

3011 **– La particularité de la saisie immobilière. –** La saisie immobilière en cours ne bénéficie pas de la suspension des poursuites et fait l'objet d'une procédure spécifique (V. *infra*, n° 3033). Le juge compétent est le juge de la saisie immobilière, et non plus le juge d'instance.

Selon l'état d'avancement de la procédure de saisie, les poursuites peuvent être suspendues ou non :

Vente ordonnée par le juge de la saisie immobilière	Suspension des poursuites
Non	Oui
Oui	Non Sauf décision du juge chargé de la saisie immobilière, saisi à cette fin par la seule commission, pour causes graves et dûment justifiées.

Si l'un des indivisaires est admis au bénéfice de la procédure de surendettement, la procédure de saisie n'est pas suspendue à l'égard de l'autre coïndivisaire (17).

§ II La suspension des mesures d'expulsion

3012 La seconde conséquence de la recevabilité de la demande de traitement de la situation est la suspension des mesures d'expulsion (18). Comme dans la section précédente, il sera distingué le principe général de la suspension des mesures d'expulsion et les incidences pratiques de la suspension.

3013 **– Le principe général. –** Dès que la décision de recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement est intervenue, la commission peut saisir le juge du tribunal d'instance aux fins de suspension des mesures d'expulsion du logement du débiteur. Cette faculté, longtemps refusée, a été introduite à l'article L. 722-6 du Code de la consommation par la loi du 1er juillet 2010 (19). En cas d'urgence, la saisie du juge peut intervenir à l'initiative du président de la commission, du délégué de ce dernier, du représentant de la Banque de France ou du débiteur (20).

Contrairement à la procédure de suspension de la saisie ci-dessus énoncée, le débiteur peut lui-même prendre l'initiative de cette demande auprès du juge d'instance et non du juge de la saisie immobilière.

À la demande du débiteur, la commission peut saisir, à compter du dépôt du dossier et jusqu'à la décision statuant sur sa recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, le juge d'instance aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur (21). La procédure d'urgence peut être intro-

(17) Cass. 1re civ., 3 sept. 2015, n° °14-21.911.
(18) C. consom., art. L. 722-6 à L. 722-9.
(19) L. n° 2010-737, 1er juill. 2010.
(20) C. consom., art. L. 722-7.
(21) C. consom., art. L. 722-4.

duite sans attendre que la commission ait statué sur la recevabilité de la demande de surendettement (22).

Si la situation du débiteur l'exige, le juge prononce la suspension provisoire des mesures d'expulsion de son logement, à l'exception de celles fondées sur un jugement d'adjudication rendu en matière de saisie immobilière et de celles ordonnées sur le fondement du troisième alinéa de l'article 2198 du Code civil (23).

Le débiteur qui se trouve dans cette situation a donc tout intérêt à utiliser cette procédure qui lui permettra de bénéficier d'une suspension maximale de deux ans (24) et, sitôt la recevabilité de sa demande de traitement de sa situation de surendettement intervenue, de voir rétablis ses droits à l'aide personnalisée au logement (25).

La commission peut également demander au juge de suspendre les mesures d'expulsion du logement du débiteur pendant la procédure d'orientation du dossier à la demande de la commission (26).

– Incidences pratiques de la suspension des mesures d'expulsion. – Lorsqu'il est porté à la connaissance de la commission de surendettement de la Banque de France que la personne surendettée risque d'être expulsée de son logement, la suspension est la règle. Aux dires d'un directeur départemental de la Banque de France, la présence d'enfants aux foyers est un des critères pour suspendre toute expulsion (27). **3014**

Le décret nº 2019-455 du 16 mai 2019 précise que le bailleur doit être informé des conséquences de l'absence de contestation des décisions de la commission de surendettement ou du juge relatives à l'acquisition de la clause résolutoire et accordant au locataire défaillant des délais de paiement. Mais, dans les faits, la suspension des effets de la clause résolutoire permet au locataire de se maintenir dans les lieux. Quant au bailleur, il verra la plupart du temps sa créance éteinte par l'effet d'une orientation de son débiteur vers un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire (28). Et la part des situations orientées vers le rétablissement personnel est en croissance constante depuis l'instauration de cette procédure en 2003.

Si les organismes de logement social sont majoritaires au titre des créanciers des débiteurs surendettés (50,7 %), les particuliers portent 24,9 % des dettes de loyers (29). Ce qui signifie qu'un retraité peut facilement se retrouver propriétaire d'un logement dont il ne perçoit aucun loyer, mais dont il assume les charges, tout en voyant sa créance effacée à l'issue de sa procédure.

Lorsque la personne surendettée est propriétaire de son logement, la commission de surendettement lui accorde en principe vingt-quatre mois pour trouver un acquéreur. Toutefois dans près de 40 % des cas, à l'expiration de ce délai un nouveau dossier est déposé par le débiteur, qui aboutit dans 30 % des cas à un effacement de dette.

(22) *JCl. Voies d'exécution*, Fasc. 480, nº 30, par P. Soustelle.
(23) C. consom., art. L. 722-8.
(24) C. consom., art. L. 722-9.
(25) C. consom., art. L. 722-10.
(26) C. consom., art. L. 724-5.
(27) Entretien avec M. Jean-Benoît Dubois, directeur départemental de Seine-et-Marne.
(28) En 2018, 44,5 % des dossiers de surendettement ont permis aux ménages concernés de voir leurs dettes intégralement effacées. *Le surendettement des ménages*. Enquête typologique, Banque de France, janv. 2019.
(29) *Le surendettement des ménages*, Enquête typologique, Banque de France, janv. 2019, préc.

Sous-section II La publicité de l'état de surendettement et ses limites

3015 Compte tenu des conséquences attachées à l'état de surendettement du débiteur, notamment la possibilité d'annulation par le juge d'instance de tout acte ou paiement effectué par le débiteur en violation de ses obligations, la connaissance de cet état est indispensable pour les professionnels et spécialement pour les notaires. Nous distinguerons la publicité de l'état de surendettement avant la décision de recevabilité de la demande par la commission de surendettement (**§ I**) et celle après la décision de recevabilité de cette demande (**§ II**).

§ I Avant la décision de recevabilité de la demande par la commission de surendettement

3016 Pendant les trois mois compris entre la saisine de la commission et la notification de la recevabilité de la demande, l'information des tiers est limitée à une publicité réservée à certains professionnels et même couverte par le secret professionnel.

3017 **– La publicité de la saisine. –** L'article L. 752-2 du Code de la consommation prévoit que « dès qu'une commission de surendettement des particuliers est saisie par un débiteur, elle en informe la Banque de France aux fins d'inscription au fichier ». Il s'agit du Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), créé par un arrêté du 26 octobre 2010, sur lequel les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels sont maintenus pendant toute la durée de la procédure sans pouvoir excéder sept ans.

Tout notaire qui souhaite connaître la situation de son client, n'ayant pas accès au FICP, doit interroger les parties sur leur situation et de leur faire déclarer, comme il est d'usage dans les « déclarations générales » qui figurent habituellement en fin d'acte, « qu'ils ne font pas et ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un dispositif de traitement du surendettement des particuliers ».

Toute personne a un droit d'accès auprès de la Banque de France aux informations recensées à son nom (30). Cette pratique est rapide et semble très répandue sans que les services de la Banque de France ne sachent pourquoi et à quelle occasion les particuliers procèdent à cette demande (31).

Les notaires n'ont pas accès à ce fichier, alors que ces vérifications préalables permettraient de corroborer les déclarations des parties et de renforcer la sécurité juridique. Il nous semble que, sur le modèle de l'article L. 551-1 du Code de la construction et de l'habitation qui impose au notaire de demander la consultation du bulletin n° 2 du casier judiciaire en cas d'acquisition d'un logement, un texte spécial doive le prescrire.

3018 **– Le secret professionnel et le respect de la vie privée. –** Pour faire face à ce manque de publicité, un auteur (32) s'est interrogé sur la possibilité pour le notaire de contacter directement la commission de surendettement. Il précise « qu'une telle entreprise s'avérera le plus souvent inutile. En effet, cette institution s'estime généralement astreinte à un secret vis-à-vis du notaire chargé d'actes ayant une incidence importante sur le patrimoine du débiteur ». D'autant que les membres de la commission de surendettement et les personnes qui participent à ses travaux sont tenus de ne pas divulguer à des tiers les renseignements dont ils ont eu connaissance, sous peine des sanctions prévues à l'article 226-13 du Code

(30) A. 26 oct. 2010, art. 15 mod. par Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016.
(31) Entretien avec M. Jean-Benoît Dubois, directeur départemental de Seine-et-Marne.
(32) P.-M. Reverdy, *Le notaire face au surendettement d'un client* : *Defrénois* 5 oct. 2017, n° 21, prat. p. 15.

pénal, en cas de violation du secret professionnel. La loi du 17 mars 2014 (33) prévoyait la constitution d'un registre national des crédits aux particuliers, qui devait permettre de contribuer à prévenir le surendettement. La mesure a été censurée par le Conseil constitutionnel, lequel a estimé « qu'eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur du traitement, à la fréquence de son utilisation, au grand nombre de personnes susceptibles d'y avoir accès et à l'insuffisance des garanties relatives à l'accès au registre, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi » (34).

§ II Après la décision de recevabilité de la demande par la commission de surendettement

3019 Une fois la procédure initiée, la publicité de la situation du surendettement fait l'objet d'une inscription au Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP) et dans certaines hypothèses au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (*BODACC*).

3020 **– L'inscription au FICP. –** La commission de surendettement des particuliers procède à une inscription au FICP (35). Toutefois, l'accès à ce fichier est réservé aux seuls établissements de crédit. L'article 2 de l'arrêté du 26 octobre 2010 précise que les informations figurant dans le FICP sont réservées à l'usage exclusif des établissements et organismes mentionnés à l'article 1er, qui ne peuvent consulter ce fichier à d'autres fins que celles liées à l'octroi d'un crédit.

Pratique

Le notaire en charge de la vente d'un bien immobilier, de la constatation d'un prêt ou d'une donation n'aura pas accès à ce fichier malgré le risque de nullité que fait peser l'article L. 761-2 du Code de la consommation.

3021 **– Inscription au *BODACC*. –** L'autre mesure de publicité prévue par la législation sur le surendettement est la publication au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*.

Toutefois, cette publication n'existe que dans les hypothèses de rétablissement personnel.

Il peut s'agir d'un rétablissement personnel sans liquidation au cas où les mesures de redressement ne permettent pas de rétablir la situation d'endettement du débiteur. La publication de l'avis de la commission est alors prévue par l'article R. 741-3 du Code de la consommation.

Il peut s'agir d'un rétablissement personnel avec liquidation judiciaire si le patrimoine du débiteur est composé de biens dont la vente peut couvrir le remboursement d'au moins une partie des dettes. La publication de l'avis est alors prévue par l'article R. 742-9 du même code.

Plus délicate est celle du plan conventionnel visé à l'article L. 732-1 du Code de la consommation. Certes, durant toute la durée d'exécution de ce plan, qui, dans l'hypothèse d'un prêt ayant servi à financer l'habitation principale, peut avoir une durée bien supérieure à sept années (36), le débiteur conserve sa capacité. Il n'est ni assisté, ni représenté, ni dessaisi de l'administration de ses biens et seuls les actes et paiements effectués en violation de ses obligations peuvent être annulés par le juge d'instance à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte ou du paiement de la créance (37), mais aucune publication au *BODACC* n'est prévue par cette législation protectrice.

(33) L. nº 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation.
(34) Cons. const., 13 mars 2014, nº 2014-690 DC : *JO* 18 mars 2014.
(35) C. consom., art. L. 752-2.
(36) C. consom., art. L. 733-3.
(37) C. consom., art. L. 761-2, préc.

Comme l'indique un auteur (38) : « S'il a connaissance du dépôt d'un dossier auprès de la commission de surendettement, le notaire chargé de recevoir un acte de disposition ou de prêt doit rester vigilant. Il est recommandé de solliciter, selon la phase de la procédure, les autorisations prescrites par les textes. Si le débiteur est condamné pour aggravation frauduleuse de son insolvabilité, le notaire pourrait être considéré comme complice ».

Sous-section III La vente autorisée du logement : une initiative du débiteur sous le contrôle de la commission de surendettement

3022 Les autorisations requises pour vendre son logement sont renforcées avec l'état d'avancement de la procédure. Nous distinguerons les hypothèses avant l'adoption des mesures de surendettement (**§ I**) et celles après l'adoption de ces mesures (**§ II**).

§ I Avant l'adoption des mesures de surendettement

3023 Préalablement à l'adoption des mesures par la commission, le débiteur reste libre de vendre sa résidence principale. Toutefois, dès l'instant où il saisit la commission de surendettement, le débiteur n'est plus totalement libre, *a fortiori* lorsque la demande est déclarée recevable.

3024 **– À partir de la saisine. –** La saisine de la commission de surendettement n'entraîne aucun dessaisissement des droits du débiteur ; toutefois, il convient de rappeler que :

- cette saisine comprend une déclaration des éléments d'actif et de passif (39) ;
- le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux seules personnes physiques de bonne foi (40).

Se fondant sur les dispositions de l'article L. 721-4 du Code de la consommation, qui permettent au débiteur de demander à la commission de saisir le juge du tribunal d'instance aux fins de suspension des mesures d'exécution, un auteur considère que, dès la saisine, le débiteur doit obtenir l'autorisation préalable pour procéder à un acte de disposition et précise que « le notaire doit garder à l'esprit que durant cette première phase de la procédure de surendettement, l'autorisation préalable du juge du tribunal d'instance conditionne l'efficacité de son acte, il ne saurait donc s'en passer » (41).

L'annulation d'un acte intervenant entre le dépôt de la demande et la notification de la recevabilité relève d'une hypothèse qui devrait être peu fréquente compte tenu du délai de trois mois prévu entre ces deux événements à l'article R. 721-4 du Code de la consommation. Le fait que le législateur n'ait pas prévu cette autorisation peut s'appuyer sur l'observation que :

- soit l'opération intervient à des conditions normales et elle ne sera pas annulée,
- soit elle est faite en fraude des droits des créanciers et le débiteur ne pourra pas invoquer la bonne foi lui permettant de bénéficier de la protection de la loi.

Enfin, envisager que la commission, informée de cette opération, puisse admettre le débiteur au bénéfice de cette procédure et décide ensuite de dessaisir le juge du tribunal d'instance pour demander l'annulation de cet acte paraît peu réaliste. Dans les faits, depuis

(38) D. Montoux : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Surendettement des particuliers*, n° 119.
(39) C. consom., art. L. 721-1. Formulaire Cerfa n° 13594*01 au secrétariat de la commission.
(40) C. consom., art. L. 711-1.
(41) M. Cazajus : *LPA* 21 avr. 2017, n° 80, p. 7.

l'instauration de la législation de surendettement, il semble que la commission n'ait jamais demandé l'annulation d'un acte notarié (42).

Néanmoins, le risque ne peut être écarté et, en pratique, le notaire informé d'une telle demande devra attendre que la commission ait statué sur la recevabilité de celle-ci pour savoir si le vendeur doit obtenir l'autorisation prévue à l'article L. 722-5 du Code de la consommation.

Pratique

Les créanciers du débiteur peuvent également intervenir par le biais de l'action paulienne prévue à l'article 1341-2 du Code civil en faisant déclarer inopposables les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

– Après la notification de la recevabilité du dossier de surendettement. – Dès la notification prévue à l'article R. 722-1 du Code de la consommation, la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur emportent interdiction pour celui-ci de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire, née antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine, ainsi que l'interdiction de prendre toute garantie ou sûreté (43). Le débiteur peut toutefois saisir le juge du tribunal d'instance afin qu'il l'autorise à accomplir l'un des actes mentionnés au premier alinéa du même article. **3025**

Aucune forme particulière n'est prévue pour la saisine par les textes. Le cadre proposé par le Cridon Sud-Ouest nous paraît pertinent (44) :

Pratique

Madame le Juge, Monsieur le Juge,
Madame, Monsieur,
Bénéficiant d'une procédure de surendettement déclarée recevable par la commission de surendettement du *[Département]* par décisions du XX/XX/XXXX (PJ n° 1) et d'un plan conventionnel de redressement / de mesure imposée / de mesures recommandées et homologuées, arrêtées en date du XX/XX/XXXX (PJ n° 2), il me revient d'obtenir l'autorisation de vendre le bien immobilier ci-après désigné :
- (1er cas : autorisation demandée au tribunal d'instance) L'autorisation de le vendre sur le fondement de l'article L. 722-5 du Code de la consommation.
- (2e cas : accord demandé aux créanciers ou à la commission) L'accord afin de procéder à sa vente sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de la consommation.

Je vous indique qu'il s'agit d'un bien propre / indivis détenu pour la seule nue-propriété *(selon le cas)*.
Mes droits sur ce bien sont de XX % des droits indivis / sur la seule nue-propriété du bien (PJ n° 3).
Afin de faire face à mes dettes / à une partie de mes dettes (PJ n° 4), je souhaite vendre le bien situé *[Adresse]*.
Nous avons trouvé un acquéreur au prix de ... €, tel qu'en atteste la promesse d'achat ci-jointe (PJ n° 5). Ce prix correspond au prix du marché et reflète la valeur réelle du bien (PJ n° 6).
Aussi, je sollicite par la présente l'autorisation de vendre le bien désigné ci-dessus au prix de ... €.
PRÉNOMS et NOM
SIGNATURE du vendeur surendetté

(42) Entretien avec M. Jean-Benoît Dubois, directeur départemental de Seine-et-Marne.
(43) C. consom., art. L. 722-5.
(44) M. Cazajus et B. Saintourens, *La vente de l'immeuble par le particulier surendetté : L'exigence d'une autorisation préalable* : *Nota-Bene Cridon* juin 2016, n° 212.

La forme de l'autorisation n'est également pas prévue par les textes, mais il semble qu'en pratique cette autorisation prenne la forme d'une ordonnance rendue par le juge sur la demande du débiteur, accompagnée d'un ou plusieurs avis de valeur du bien concerné.

§ II Après l'adoption des mesures de traitement du surendettement

3026 Une fois la recevabilité de la demande du créancier admise, la commission procède à la mise en œuvre du traitement de son surendettement. À ce titre, la commission peut permettre la mise en vente du logement et elle dispose d'un pouvoir important sur le sort des prêts ayant servi à l'acquisition de ce logement.

3027 **– Vente du logement. –** La protection de la résidence principale est toujours présente dans les textes relatifs au surendettement. Ainsi lorsque la commission a réussi à concilier les parties dans le cadre d'un plan conventionnel, il pourra être prévu que les modalités d'exécution du plan dépassent sept années pour permettre l'échelonnement du remboursement des prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur, pour éviter que ce dernier ne soit obligé de céder ce bien.

Le plan conventionnel peut prévoir que le débiteur procédera à la vente de sa résidence principale. Il n'y aura alors pas de nécessité d'obtenir une autorisation du juge d'instance puisque dans cette hypothèse le débiteur peut disposer de ces biens avec l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge (45).

Le notaire qui recevra la vente du bien d'une personne qui lui précise qu'elle fait l'objet d'un plan conventionnel approuvé aura donc uniquement à vérifier que la cession est prévue par ce plan. À défaut, il faudra obtenir l'un des accords prévus à l'article L. 761-1 du Code de la consommation.

En cas d'échec de mise en place d'un plan conventionnel, le débiteur qui souhaite vendre sa résidence devra obtenir soit l'accord de la commission, soit l'accord du juge, mais à ce stade de la procédure, il n'est pas question de vente forcée, cette dernière ne faisant pas partie des recommandations spéciales et motivées pouvant être émises par la commission dans le cadre de l'article L. 733-1 du même code.

On rappellera que dans l'hypothèse où le débiteur est marié et que son conjoint n'est pas concerné par la procédure de surendettement, le consentement de ce dernier à la vente de la résidence de la famille est nécessaire, conformément aux dispositions de l'article 215, alinéa 3 du Code civil (46).

3028 **– Les prêts ayant financé l'acquisition du logement. –** La protection de la résidence principale est également prise en compte au regard des prêts qui ont servi à son acquisition.

L'article L. 732-3 du Code de la consommation prévoit que le plan conventionnel peut excéder sept années si les mesures « concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur dont elles permettent d'éviter la cession ou lorsqu'elles permettent au débiteur de rembourser la totalité de ses dettes tout en évitant la cession du bien immobilier constituant sa résidence principale ».

(45) C. consom., art. L. 761-1.
(46) Cass. 1re civ., 24 févr. 1993 : *JCP* N 1994, no 3, p. 224, note G. Wiederkehr ; *RTD civ.* 1995, p. 664, B. Vareille.

En cas d'échec de la conciliation avec les créanciers, l'article L. 733-3 du Code de la consommation autorise la commission à imposer (47) le rééchelonnement du paiement des dettes et leur suspension pendant une période supérieure à sept années.

Sous-section IV La vente forcée du logement : une contrepartie à l'effacement des dettes

3029 La vente forcée du logement du débiteur est prévue dans le cas du rétablissement personnel (48) avec liquidation judiciaire. Cette procédure nécessite l'accord du débiteur, qui doit donc consentir aux sacrifices qui lui seront imposés (**§ I**). Mais cette procédure entraîne pour le notaire certaines difficultés (**§ II**).

§ I Le rétablissement personnel avec liquidation

3030 **– À la suite du prononcé du rétablissement personnel avec liquidation. –** Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, la commission peut saisir, après avoir convoqué le débiteur et obtenu son accord, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. La capacité du débiteur est alors diminuée puisque s'il n'est pas encore représenté, il ne peut plus aliéner ses biens sans l'accord du mandataire désigné par le juge ou, à défaut de désignation d'un mandataire, sans l'approbation du magistrat (49).

Le liquidateur dispose d'un délai de douze mois pour vendre les biens du débiteur à l'amiable ou, à défaut, organiser une vente forcée dans les conditions relatives aux procédures civiles d'exécution. De même, la procédure de saisie qui avait été suspendue pendant la procédure de surendettement reprend son cours (50).

Nous partageons l'analyse d'un auteur selon lequel, malgré l'absence de texte et de jurisprudence éprouvée, le bien commun peut être vendu par le liquidateur sans que le conjoint *in bonis* ne puisse lui opposer l'article 1424 du Code civil (51). Si l'on peut admettre la solution, elle ne peut être étendue à la résidence principale compte tenu des dispositions de l'article 215, alinéa 3 du même code.

À l'issue de la réalisation de ses actifs, que les créanciers soient ou non désintéressés, le débiteur voit ses dettes non professionnelles effacées et il retrouve sa pleine capacité.

§ II Les difficultés d'exécution (C. com., art. L. 742-15)

3031 La principale difficulté relève du débiteur lui-même puisque si ce dernier garde le silence, la procédure est bloquée. La circulaire du 12 mars 2004, prise à la suite de la loi du 1er août 2003 (52), prévoit même que l'accord du débiteur doit être donné par écrit sur un formulaire spécial.

(47) Et non plus simplement à émettre des recommandations comme il était stipulé antérieurement à la loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016, préc.
(48) C. consom., art. L. 724-1.
(49) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, *Surendettement des particuliers*, nº 73, par D. Montoux.
(50) C. consom., art. L. 742-17.
(51) P.-M. Reverdy, *Le notaire face au rétablissement personnel d'un client* : *Defrénois* 29 mars 2018, p. 16.
(52) L. nº 2003-710, 1er août 2003.

Une autre difficulté est liée au sort du prix de vente. Un auteur (53) fait remarquer « qu'après l'ouverture du rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, mais avant que ne soit prononcée la liquidation des biens, seul aura été désigné un mandataire judiciaire. Ce dernier doit donner son accord sur le principe de la vente (54), mais il ne représente pas le débiteur ; ce n'est pas un liquidateur. Le prix de vente n'a pas à lui être remis et c'est toujours au vendeur surendetté de signer l'acte de vente. Dans cet entre-deux, il revient au notaire de mettre en œuvre la distribution amiable du prix » (désignation d'un tiers séquestre et distribution judiciaire sur saisine du juge de l'exécution).

Une autre difficulté, celle de la radiation des inscriptions, a été levée par le décret du 29 juin 2016 (55). Si le prix de vente est conforme au prix minimum déterminé par le juge du tribunal d'instance, le paiement du prix, des frais de la vente et des droits de mutation purge l'immeuble de toute hypothèque et de tout privilège. Sur requête de l'acquéreur, le juge constate la purge des hypothèques et privilèges et en ordonne la radiation (56).

3032 – Tableau récapitulatif. – Les développements précédents peuvent se résumer par référence à un tableau inspiré de celui figurant dans la documentation des Éditions du Cridon (57) :

Phase de la procédure	Conditions de la vente
Avant l'ouverture de la procédure (demande déposée)	**Vente libre** Sous réserve de bonne foi.
En phase d'étude de surendettement	**Autorisation du juge à peine de nullité de la vente** (C. consom., art. L. 722-5 et L. 761-2).
En phase de traitement du surendettement (plan conventionnel ou mesure imposée)	**Autorisation de la commission, du juge, ou des créanciers, sous peine de déchéance** (C. consom., art. L. 761-1).
En phase de rétablissement personnel avec liquidation	• **Avant le prononcé de la liquidation :** autorisation du mandataire ou, à défaut, du juge (C. consom., art. L. 742-9). • **Après le prononcé de la liquidation :** substitution du liquidateur au débiteur dessaisi (C. consom., art. L. 742-15) et détermination du prix minimum par le juge si l'immeuble est grevé (C. consom., art. R. 742-23).
Après clôture de la procédure	**Vente libre** Sous réserve de l'action paulienne.

(53) M. Cazajus, *Le traitement du prix de l'immeuble vendu par le particulier surendetté* : *Defrénois* 28 juin 2018, prat. 25.
(54) C. consom., art. L. 742-9.
(55) D. n° 2016-884, 29 juin 2016.
(56) C. consom., art. R. 742-23.
(57) C. Houin-Bressand, *La vente d'immeuble par un débiteur en difficulté*, Conférence Cridon de Paris, 7 nov. 2018.

Section II La saisie immobilière : un souci permanent de protection du logement

3033 La saisie immobilière, réformée en 2006 (58), tend à la vente forcée de l'immeuble du débiteur en vue de la distribution de son prix (59). Tout au long de la procédure, dont nous rappellerons les grandes lignes (**Sous-section I**), le législateur s'attache à protéger le logement au point qu'il encourage le débiteur à recourir à la vente amiable (**Sous-section II**).

Sous-section I La procédure de saisie immobilière

3034 Les grandes lignes de la procédure de saisie immobilière peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- **Réception d'un commandement de payer :**
  - le créancier muni d'un titre exécutoire s'adresse à un huissier de justice pour obtenir le paiement d'une créance ;
  - l'huissier présente un commandement de payer au débiteur. Le commandement mentionne l'obligation de payer dans les huit jours ;
  - le commandement de payer vaut saisie du bien.
- **Visite de l'huissier :**
  - si la somme due n'est pas remboursée dans ce délai, l'huissier de justice chargé de la saisie du bien est en droit de se rendre sur place. Il établit un procès-verbal de description du bien saisi ;
  - l'huissier peut entrer à l'intérieur du logement en présence ou en l'absence de l'occupant et même si celui-ci refuse de le laisser entrer.
- **Assignation à comparaître :**
  - le commandement de payer est publié au service de la publicité foncière dans les deux mois qui suivent sa présentation par l'huissier. À défaut de publication dans ce délai, le commandement est caduc ;
  - dans les deux mois qui suivent cette publication, le débiteur est assigné à comparaître par le créancier à une audience d'orientation devant le juge du tribunal de grande instance.
- **Audience d'orientation :**
  - durant l'audience, le juge prend connaissance des remarques et éventuelles contestations des parties ;
  - le débiteur peut demander la vente amiable du bien saisi ;
  - au terme de l'audience, le juge détermine la suite de la procédure :
    - soit en autorisant la vente amiable du bien saisi,
    - soit en ordonnant sa vente forcée,
    - soit en mettant fin, en suspendant ou en interrompant la procédure de saisie.
- **Vente amiable :**
  - le juge fixe le prix minimum du bien et la date de l'audience qui permettra de faire le point, dans les quatre mois au maximum ;
  - lors de l'audience suivante, si le débiteur justifie d'un avant contrat, un délai de trois mois supplémentaire est accordé pour signer l'acte authentique de vente ;
  - au terme de ces trois mois, si le juge constate que les conditions fixées pour la vente amiable sont remplies, celle-ci est définitive ;

(58) Ord. n° 2006-461, 21 avr. 2006.
(59) CPC ex., art. L. 311-1.

- faute d'acheteur (ou si les conditions fixées par le juge pour la vente ne sont pas remplies), le juge ordonne alors la vente par adjudication du bien.

- **Vente par adjudication :**
  - le juge fixe la date de l'audience d'adjudication du bien dans un délai compris entre deux et quatre mois ;
  - le créancier fixe le montant de la mise à prix du bien. À défaut d'enchères, le créancier sera déclaré adjudicataire d'office à ce montant ;
  - lors de l'audience d'adjudication, toute enchère est portée par un avocat. La dernière enchère emporte l'adjudication ;
  - toute personne peut faire une surenchère dans les dix jours suivant l'audience d'adjudication, par l'intermédiaire d'un avocat. Cette surenchère est au minimum égale à 10 % du prix principal de la vente, et entraîne la fixation d'une audience de surenchère ;
  - la somme récoltée au terme de la dernière enchère est répartie entre les créanciers. Après règlement, le juge met fin à la procédure de saisie.

Sous-section II La prévalence et la persistance de la protection du logement au cours de la procédure

3035 Antérieurement à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (60), les textes qui régissaient l'expulsion des logements distinguaient entre ceux qui constituaient la résidence principale de la personne expulsée et les autres logements.

Depuis cette décision, rendue au vu de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile) de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article L. 412-1 du Code des procédures civiles d'exécution a été modifié et le régime de protection de l'expulsion porte sur tout « lieu habité par une personne expulsée ou par tout occupant de son chef ».

En conséquence, la saisie immobilière, dès l'instant qu'elle nécessite la mise en œuvre de la procédure d'expulsion d'un local ou d'un terrain servant à l'habitation (61), est soumise aux articles L. 412-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution étudié en détail ci-après (V. *infra*, n° 3042).

La protection de la résidence apparaît aux différents stades de la procédure de saisie, que ce soit avant l'adjudication (**§ I**) ou après le prononcé du jugement d'adjudication (**§ II**).

§ I Les formalités préalables à l'adjudication

3036 **– La signification du commandement de saisie. –** Il s'agit de la formalité, prévue à l'article L. 321-1 du Code des procédures civiles d'exécution, qui engage la procédure de saisie. Elle est notifiée par l'huissier de justice au débiteur et, si l'immeuble est propre à l'un des époux et constitue le logement de la famille, le commandement de payer valant saisie devra être dénoncé au conjoint au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification du commandement au conjoint (62).

L'article L. 321-2 du même code énonce que l'acte de saisie rend l'immeuble indisponible et que le débiteur saisi est constitué séquestre du bien. Il en résulte que le débiteur et sa

(60) CEDH, 17 oct. 2013, req. n° 27013/07, *Winterstein et a.* c/ *France*.
(61) Par ex. une caravane dans la décision susvisée.
(62) CPC ex., art. R. 321-1, al. 3.

famille conservent l'usage de l'immeuble, sous réserve de n'accomplir aucun acte matériel susceptible d'en amoindrir la valeur.

Si l'immeuble est occupé par un locataire, celui-ci ne peut être séquestre du bien puisqu'il dispose de droits opposables au créancier poursuivant, qui sont inconciliables avec les règles du séquestre (63). C'est au titre du bail que le locataire est tenu d'une obligation de conservation. Si le créancier poursuivant considère que le locataire ne respecte pas cette obligation il peut, par le biais de l'action oblique, obtenir le respect de cette règle, voire la résiliation du bail.

3037 **– Expulsion du propriétaire. –** Lorsque l'immeuble est occupé par son propriétaire, l'article L. 321-2, alinéa 3 du Code des procédures civiles d'exécution indique que les circonstances peuvent justifier l'expulsion du débiteur qui fait l'objet de la saisie. Le texte prévoit que seule une faute grave peut justifier une telle demande (il ne s'agit pas de permettre de valoriser à un prix supérieur le bien en procédant à l'expulsion du débiteur). La faute sera constituée par le non-respect des obligations du séquestre qui pèsent maintenant sur lui en qualité de débiteur saisi. Ainsi la volonté de détruire ou même de dégrader le bien sera contraire à l'obligation de conservation prévue à l'article 1962 du Code civil et justifiera une expulsion. Celle-ci sera demandée au juge en charge de la procédure de saisie sous forme d'une assignation complémentaire pour permettre le respect de la contradiction.

3038 **– Information spécifique de l'occupant d'un local à usage d'habitation. –** Les textes ne prévoient pas de droit de préemption au profit du locataire lors de la saisie de son logement ; néanmoins, la loi du 31 décembre 1975 (64), spécialement son article 10, II, rend obligatoire l'information du locataire en cas d'adjudication d'un local à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel. Dans cette hypothèse, l'avocat du créancier doit convoquer à l'adjudication, par lettre recommandée, le locataire ou l'occupant de bonne foi. La notification est effectuée au moins un mois avant la date prévue pour l'adjudication et doit indiquer le montant de la mise à prix, les jours, lieu et heure de l'audience d'adjudication ainsi que le tribunal ou le notaire devant lequel elle se fera. Elle indique en outre que les enchères sont portées devant le tribunal par le ministère d'avocat et reproduit les termes du paragraphe II de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975. Lorsque l'adjudication est reportée, il est procédé à une nouvelle convocation dans les délais et formes prévus ci-dessus.

À défaut de recevoir cette notification, le locataire ou l'occupant de bonne foi peut, pendant un délai d'un mois à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de l'adjudication, déclarer se substituer à l'adjudicataire. Le texte ne précise pas les détails de cette substitution, notamment le délai pour le paiement du prix ou la manière dont doit être actée cette substitution. On peut penser que cette sanction est suffisamment grave pour dissuader l'avocat poursuivant de toute négligence en la matière. Reste qu'en cas d'omission, il n'est pas prévu de délai de prescription ou de mécanisme de régularisation de cet oubli.

Conseil pratique

Le notaire qui aura à revendre le bien acquis lors d'une adjudication aura l'obligation de vérifier que le droit d'information du locataire ou de l'occupant de bonne foi aura été respecté. À défaut ce dernier pourrait contester cette revente en se prévalant de son droit de substitution.

(63) *Le séquestre ne bénéficie pas d'un droit de jouissance sur les biens comme le locataire* : *JCl. Procédures Formulaires*, Fasc. 10, n° 99, par H. Croze et C. Laporte.

(64) L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, relative à la protection des occupants de locaux d'habitation.

3039 **– Information du maire. –** En cas de vente sur saisie immobilière d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble constituant la résidence principale d'une personne qui remplit les conditions de ressources pour l'attribution d'un logement à loyer modéré, il est institué, au bénéfice de la commune, un droit de préemption destiné à assurer le maintien dans les lieux du saisi (65). La commune peut déléguer ce droit à un office public de l'habitat.

Le texte renvoie au Code de l'urbanisme sur les modalités d'exercice de ce droit, notamment en matière de notification avant la date d'adjudication (trente jours), d'exercice de la notification de la décision de préemption (trente jours), d'établissement de l'acte (trois mois) et de paiement du prix (six mois).

Ainsi, même dans l'hypothèse où le droit de préemption ne peut s'appliquer, la commune dispose tout de même de la possibilité de préempter, mais dans l'unique but d'assurer le maintien dans les lieux du saisi.

On relativisera toutefois la portée de ce texte puisque la Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt publié au bulletin (66), que le non-respect des dispositions de l'article L. 616 du Code de la construction et de l'habitation n'est pas sanctionné par la nullité de la procédure de saisie immobilière.

§ II L'adjudication

3040 L'adjudication emporte vente forcée du bien saisi et en transmet la propriété à l'adjudicataire. Cette sentence comporte des effets vis-à-vis du débiteur, mais également sur les baux en cours.

3041 **– Effets du jugement d'adjudication. –** La circulaire du 14 novembre 2006 (67) précise que le débiteur est tenu de la garantie de la délivrance du bien et de la garantie d'éviction. En cas de surenchère, le surenchérisseur ne devient propriétaire du bien que par l'effet de l'adjudication sur surenchère ; jusqu'à cette date, l'immeuble demeure aux risques et périls du débiteur. L'adjudication emportant transfert de propriété à sa date, l'adjudicataire a tout intérêt à assurer le bien dès que l'adjudication est définitive (expiration du délai de surenchère) ; par précaution, il peut aussi le faire assurer dès l'adjudication intervenue (68).

Le jugement d'adjudication doit encore être signifié au débiteur par le créancier poursuivant, mais ce jugement n'est susceptible d'appel que si celui-ci a tranché une contestation. En l'absence de contestation, il n'y a pas d'appel possible, ni de tierce opposition (69).

La garantie de délivrance à laquelle est tenu le débiteur l'oblige à libérer son logement. À défaut de libération amiable, l'adjudicataire devra engager une procédure d'expulsion.

3042 **– L'expulsion du débiteur. –** L'article L. 322-13 du Code des procédures civiles d'exécution, applicable depuis le 1er janvier 2007, énonce que le jugement d'adjudication constitue un titre d'expulsion à l'encontre du saisi (préalablement il fallait passer par le tribunal d'instance pour obtenir une ordonnance d'expulsion). La partie réglementaire précise que cet effet est produit à compter du versement du prix ou de sa consignation et du paiement des frais taxés, sauf si le cahier des conditions de la vente prévoit le maintien dans les lieux

(65) CCH, art. L. 616.
(66) Cass. 3e civ., 28 févr. 2001 : *Bull. civ.* 2001, III, no 26, p. 21.
(67) Circ. no JUS C 06 20 848 C.
(68) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, *Adjudication judiciaire d'immeuble*, no 57, par C. Laporte.
(69) Cass. 2e civ., 6 janv. 2011, no 09-70.437.

du débiteur saisi (70). L'adjudicataire aura tout intérêt à vérifier le cahier des conditions de la vente sur ce point.

Le départ du débiteur ou de tout occupant de son chef n'ayant aucun droit qui lui soit opposable doit intervenir sans délai. Ainsi l'article L. 613-1 du Code de la construction et de l'habitation qui permet, par renvoi à l'article L. 412-3 du même code, de demander au juge des délais pour permettre le relogement n'a pas été retenu applicable dans l'hypothèse d'un débiteur de soixante-neuf ans aux ressources modestes (71). Toutefois, une cour d'appel (72) a refusé d'assortir d'une astreinte la condamnation du saisi à libérer les lieux.

L'expulsion est ensuite menée par un huissier de justice qui, si l'occupant n'obtempère pas, dresse un procès-verbal de tentative d'expulsion, puis un procès-verbal de réquisition de la force publique adressé au préfet qui le transmet au commissaire de police. Le commissariat de police, mandaté par le service logement/expulsion de la préfecture, est alors chargé d'effectuer une enquête ; la préfecture autorise ou bloque l'expulsion en examinant les possibilités de relogement. Celle-ci dispose de deux mois pour donner sa réponse. À la fin de ces deux mois, l'adjudicataire dispose d'un recours pour le cas où l'administration bloque cette expulsion. Cette procédure consiste à demander à la préfecture (ou au tribunal administratif si celle-ci ne répond pas) le paiement d'indemnités d'occupation, qui sont équivalentes au montant du loyer.

Reste que les dispositions de l'article L. 412-6 du Code de la construction et de l'habitation, qui prévoient un sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1er novembre de chaque année jusqu'au 31 mars de l'année suivante, s'appliquent à notre situation (trêve hivernale).

3043 **– Incidence de la saisie sur les baux. –** L'article L. 321-4 du Code des procédures civiles d'exécution énonce : « Les baux consentis par le débiteur après l'acte de saisie sont, quelle que soit leur durée, inopposables au créancier poursuivant comme à l'acquéreur ». Il précise également que la preuve de l'antériorité du bail peut être faite par tout moyen. Il en résulte que les baux en cours continuent et que l'adjudicataire se substitue à l'ancien propriétaire dans ses droits et ses obligations.

On rappellera que le locataire titulaire d'un droit d'information peut se substituer à l'adjudicataire s'il n'a pas été informé de celle-ci (V. *supra*, n° 3038).

Sous-section III La vente amiable du bien saisi sur autorisation judiciaire : restituer les pouvoirs de vendre au débiteur

3044 La protection du logement peut également provenir de la faculté, pour le débiteur saisi, de ne plus subir la procédure mais d'agir en procédant lui-même à la vente des biens immobiliers qu'il possède. Cette possibilité est encouragée par le législateur (**§ I**), les notaires doivent être familiarisés avec cette procédure (**§ II**) et ne pas omettre la consignation du prix (**§ III**).

§ I Les encouragements du législateur

3045 La circulaire du 14 novembre 2006 précitée (73), faisant suite à l'ordonnance du 21 avril 2006 et au décret du 27 juillet 2006, insiste sur les orientations de la réforme de la saisie

(70) CPC ex., art. R. 322-64.
(71) CA Paris, pôle 4, ch. 3, 11 mars 2010, n° 08/23618.
(72) CA Metz, 15 mars 2011 : *JurisData* n° 2011-029663.
(73) Circ. n° JUS C 06 20 848 C.

immobilière, notamment sur le mécanisme de la vente à l'amiable. Tout au long de la procédure, le législateur encourage le recours à cette vente amiable qui participe à la protection des droits du débiteur sur son logement.

La législation actuelle prévoit plusieurs rappels de la faculté de rechercher un acquéreur pour parvenir à une vente amiable. L'article R. 321-3 du Code des procédures civiles d'exécution précise, en premier lieu, que le commandement de payer adressé par le poursuivant au débiteur doit comporter l'indication que le débiteur garde la possibilité de rechercher un acquéreur de l'immeuble saisi pour procéder à la vente amiable ou de donner mandat à cet effet, et la mention que cette vente ne pourra néanmoins être conclue qu'après l'autorisation du juge de l'exécution. L'article R. 322-5 du même code ajoute que l'assignation à comparaître à l'audience d'orientation comprend à peine de nullité l'avertissement que le débiteur peut demander au juge de l'exécution à être autorisé à vendre le bien saisi à l'amiable s'il justifie qu'une vente non judiciaire peut être conclue dans des conditions satisfaisantes. Enfin, l'article R. 322-17 indique que la demande du débiteur aux fins d'autorisation de la vente amiable de l'immeuble, ainsi que les actes consécutifs à cette vente, sont dispensés du ministère d'avocat. Cette demande peut être formulée verbalement à l'audience d'orientation, et si un avocat est mandaté par le débiteur, il peut former la demande de vente amiable oralement à l'audience sans être tenu de le faire par conclusions écrites (74).

Décision du juge. L'autorisation judiciaire d'une vente amiable n'est pas systématiquement accordée et le débiteur aura tout intérêt à se munir d'une estimation de son bien et de plusieurs mandats de vente. Une promesse de vente ou une offre d'achat soumise à la condition suspensive de l'autorisation judiciaire permettra d'obtenir facilement cette autorisation.

L'article L. 322-21 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que la décision qui autorise la vente doit également contenir :

- le prix minimum de la vente ;
- les conditions dans lesquelles la vente pourra intervenir ;
- la taxe des frais de poursuite ;
- la date à laquelle l'affaire sera rappelée pour que la vente soit constatée.

La pratique de la vente purement volontaire pendant la procédure de saisie. Au lendemain d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 9 avril 2015 (75) qui déclarait nulle la promesse synallagmatique de vente conclue la veille de l'audience d'adjudication au motif que le jugement d'orientation n'avait pas prévu la vente amiable, les professionnels s'étaient interrogés sur la possibilité de continuer à recevoir ce type de vente négociée avec les créanciers (76). Mais un arrêt de la même chambre en date du 7 décembre 2017 (77) semble revenir sur cette décision et permettre à nouveau la vente librement négociée avec les créanciers (78).

La question est aujourd'hui tranchée par le nouvel article L. 322-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui valide cette procédure (79).

Reste qu'il s'agit d'une vente amiable à laquelle devront concourir l'ensemble des créanciers pour donner la mainlevée du commandement de saisie et de leurs inscriptions (80).

(74) Cass. 2e civ., 7 avr. 2016, no 15-14.856.
(75) Cass. 2e civ., 9 avr. 2015, no 14-16.878 : *D.* 1er oct. 2015, note crit. Ph. Théry et Cl. Brenner, *La saisie immobilière n'est pas une idole*.
(76) V., sur cette procédure, *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 430, *Vente d'immeuble*, nos 100 et s., par J. Lafond.
(77) Cass. 2e civ., 7 déc. 2017, no 16-21.356.
(78) V. Cl. Brenner et Ph. Théry, *Saisie immobilière : Le crépuscule d'une idole* : *D.* 6 déc. 2018.
(79) L. no 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
(80) V. les formules proposées par G. Morin : *Defrénois* 1980, art. 32233.

Vente amiable imposée par le saisi au créancier poursuivant. L'article L. 321-5 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que la saisie est opposable aux tiers à partir de sa publication au fichier immobilier. Il ajoute que les aliénations non publiées ou publiées postérieurement sont inopposables au créancier poursuivant comme à l'acquéreur, sauf consignation auprès de la Caisse des dépôts et consignations d'une somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais, ce qui est dû aux créanciers inscrits ainsi qu'aux créanciers poursuivants ; la somme consignée leur est affectée spécialement.

Il s'agit d'un moyen d'arrêter la procédure et de procéder à la vente amiable sans avoir à solliciter l'accord des créanciers inscrits inspiré de l'article 687 du Code de procédure civile ancien (81). Mais, cette procédure ne donnant pas de titre de propriété à l'acquéreur et ne permettant pas la radiation des inscriptions, elle devrait rester confidentielle.

§ II Les difficultés du rédacteur

3046 Le notaire choisi par les parties devra tout d'abord s'interroger sur l'avancement de la procédure de saisie du bien pour lequel il lui est demandé de rédiger un acte de vente. Il est en effet nécessaire de savoir si l'audience d'orientation est intervenue et a validé la possibilité d'une vente amiable.

Préalablement à ce jugement, le notaire pourra recevoir une offre d'achat (82) sous les conditions suspensives habituelles (droit de préemption, financement...), mais également sous la condition suspensive de l'autorisation du juge de l'exécution (83). Laquelle offre ne permettra pas le versement d'une somme d'argent en application de l'article 1589-1 du Code civil.

Si le jugement est intervenu et a prévu la possibilité d'une vente amiable, le notaire pourra également recevoir un avant-contrat sous les conditions suspensives habituelles, mais cet acte devra respecter les conditions, notamment de prix, prévues par le juge.

Une fois en possession du jugement autorisant la vente, le notaire devra s'assurer que les créanciers inscrits ont tous été assignés à l'audience d'orientation, que le jugement a bien été signifié et qu'il est passé en force de chose jugée (84). Comme il est précisé ci-dessus (V. *supra,* n° 3045), le jugement devra contenir la taxe des frais de poursuite qui seront à la charge de l'acquéreur.

Le notaire rédigera alors son acte, constatera le paiement du prix, éventuellement avec une prise de garantie hypothécaire pour le prêteur, consignera le prix et les frais et publiera son acte au fichier immobilier.

L'article L. 322-3 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que « la vente amiable sur autorisation judiciaire produit les effets d'une vente volontaire. Elle ne peut donner lieu à rescision pour lésion ». Ceci signifie que les clauses habituelles d'exonération des vices cachés ne trouvent à s'appliquer que si les diagnostics (saturnisme, amiante, termites...) sont joints à l'acte de vente. Dans l'hypothèse où l'avocat poursuivant ne les fournit pas, il faudra obtenir du débiteur qu'il règle le coût de ces documents. En effet, il sera difficile d'obtenir du diagnostiqueur qu'il attende que sa facture soit comprise dans les frais privilégiés de justice pour en obtenir le règlement.

(81) *JCl. Notarial Formulaire,* Fasc. 430, *Vente d'immeuble,* nos 110 et s., par J. Lafond.
(82) L'avant-contrat est à déconseiller à ce stade compte tenu de la décision de la Cour de cassation du 9 avril 2015 (Cass. 2e civ., 9 avr. 2015, n° 14-16.878, préc.) qui a approuvé une cour d'appel d'avoir prononcé la nullité d'une promesse de vente consentie après publication d'un commandement de payer valant saisie.
(83) On notera que la vente reste une vente sur saisie et qu'elle ne nécessite pas la mainlevée préalable du commandement de saisie.
(84) Délai d'appel de quinze jours ou acquiescement de l'ensemble des créanciers.

Il peut être prudent de prévoir, sur le modèle proposé par Jacques Lafond (85), un report des effets de la vente jusqu'à la constatation de la conformité de l'acte de vente aux exigences de la loi et aux conditions posées par le jugement d'orientation. Cependant, l'acte ne doit pas contenir de condition suspensive de la constatation de sa conformité par le juge de l'exécution. En effet, ce constat ne constitue pas une condition de validité de la vente et aucune disposition légale n'impose que la vente amiable autorisée soit conclue sous la condition suspensive de son constat (86).

La circulaire du 14 novembre 2006 précitée (87) rappelle que l'article R. 322-23 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que toute somme acquittée par l'acquéreur à quelque titre que ce soit est consignée auprès de la Caisse des dépôts et consignations et acquise aux créanciers participant à la distribution ainsi que, le cas échéant, au débiteur, pour leur être distribuée. Toutefois, elle précise également que cette attribution ne saurait faire échec à la faculté de rétractation d'ordre public prévue par l'article L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation, qui impose le remboursement de toute somme versée par l'acquéreur qui exerce cette faculté dans le délai imparti par ce texte. Il paraît donc prudent d'informer l'acquéreur que le versement d'une indemnité d'immobilisation peut entraîner des difficultés de restitution. C'est la raison pour laquelle nous préconiserons ci-après l'établissement d'une promesse unilatérale d'achat sans versement d'indemnité.

Enfin, à l'audience de constat prévue à l'article R. 322-25 du Code des procédures civiles d'exécution, le juge s'assure que l'acte de vente est conforme aux conditions qu'il a fixées, et que le prix a été consigné. Il ne constate la vente que lorsque ces conditions sont remplies. Le jugement n'est pas susceptible d'appel. Ce jugement est ensuite publié par une mention en marge du commandement de saisie au fichier immobilier par l'avocat du créancier, et à défaut par le notaire rédacteur de l'acte.

Conseil pratique

L'article R. 322-21 du Code des procédures civiles d'exécution précise que le juge qui autorise la vente amiable fixe la date à laquelle l'affaire sera rappelée dans un délai qui ne peut excéder quatre mois. À cette audience, le juge ne peut accorder un délai supplémentaire que si le demandeur justifie d'un engagement écrit d'acquisition et afin de permettre la rédaction et la conclusion de l'acte authentique de vente. Ce délai ne peut excéder trois mois. Le notaire qui sera appelé à rédiger l'acte de vente doit avoir ces délais présents à l'esprit car, en cas de dépassement, son acte ne pourra pas être déclaré conforme par le juge.

3047 – Les relations avec l'avocat poursuivant. – Ces relations devraient s'améliorer (88), que ce soit au regard de l'obtention des documents nécessaires à la rédaction de l'acte ou du règlement des frais et émoluments de l'avocat poursuivant.

L'article R. 322-24 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que le notaire chargé d'établir l'acte de vente peut obtenir, contre récépissé, la remise par le créancier poursuivant (en fait son avocat) des documents recueillis pour l'élaboration du cahier des conditions de vente. Ces documents font partie intégrante des frais taxés qui sont versés directement par

(85) *JCl. Notarial Formulaire,* Fasc. 435, *Vente d'immeuble,* form. 6.
(86) Sur cette question, V. C. Guilloteau-Palice, *La vente amiable autorisée de l'immeuble saisi,* Lexis 360, Notaires.
(87) Circ. n° JUS C 06 20 848 C.
(88) De nombreuses chambres des notaires ont conclu des chartes avec les magistrats et les bâtonniers de l'Ordre des avocats de leur ressort territorial pour permettre aux ventes amiables de se développer. Ces chartes ont notamment mis en avant que les notaires ont des difficultés à récupérer les documents et diagnostics nécessaires à la rédaction de l'acte de vente et que les avocats, perdant la rémunération d'une vente par adjudication, peuvent légitimement ressentir une amertume d'être ainsi écartés de la fin de la procédure.

l'acquéreur en sus du prix de vente. Ces frais taxés devant figurer dans le jugement autorisant la vente, le notaire devra les demander à l'acquéreur en sus des frais normaux. Ainsi, l'avocat poursuivant n'ayant plus de crainte à avoir pour le paiement de ses frais, il n'y aura pas de raison pour qu'il ne remette pas l'ensemble de ces pièces au notaire rédacteur.

L'autre cause de friction entre le notaire et l'avocat est liée à la rémunération de l'avocat poursuivant. Avant l'arrêté du 6 juillet 2017 créant l'article A. 444-191 du Code de commerce, l'avocat poursuivant perdait une partie de ses émoluments lorsque le juge autorisait la vente amiable, sauf à les demander à son propre client (ce qui n'était pas toujours envisageable). Depuis le 1er septembre 2017, l'avocat perçoit l'émolument perçu par les notaires en application de l'article A. 444-91 du même code (89).

Reste qu'il n'est pas prévu que cet émolument soit supporté par l'acquéreur, et comme le développe un auteur, « aucune disposition ne permet d'inclure cet émolument dans les frais taxés, ni même de le faire supporter en sus des frais taxés. C'est le débiteur saisi qui doit *a priori* être considéré comme débiteur de cet émolument et l'avocat devait être fondé à en solliciter le paiement au titre des frais privilégiés de justice dans le cadre de la procédure de distribution du prix de vente » (90). Il sera donc souhaitable que, lors de la fixation du prix de vente par le magistrat, l'émolument de l'avocat poursuivant soit compris dans le prix, de manière à éviter un nouveau blocage de cette procédure de vente amiable.

§ III La consignation du prix et ses effets

3048 **– La consignation du prix et des frais. –** L'acte notarié n'est établi que sur consignation du prix et des frais de la vente auprès de la Caisse des dépôts et consignations et justification du paiement des frais taxés, énonce l'article L. 322-4 du Code des procédures civiles d'exécution. L'article R. 322-23 du même code rappelle cette règle qui n'autorise pas le notaire à remettre le prix de vente à l'avocat poursuivant pour une consignation à la Caisse autonome des règlements pécuniaires des avocats (Carpa).

Certaines agences de la Caisse des dépôts demandaient la consignation du prix et des frais de la vente. La question est maintenant sans objet par le vote du nouvel article L. 322-4 du Code des procédures civiles d'exécution, qui précise que le notaire consigne le prix de vente et non plus les frais (91).

C'est l'intégralité du prix qui doit être consigné. La commission d'agence à la charge du vendeur et le montant de l'imposition de la plus-value immobilière ne peuvent pas être retirés de cette consignation. Dans cette hypothèse, le paiement de la commission de l'agence immobilière ne pourra avoir lieu que dans le cadre de la distribution du prix de vente, après désintéressement des créanciers hypothécaires et s'il existe un solde disponible sur ce prix. Il est donc préférable de prévoir une rémunération de l'intermédiaire à la charge de l'acquéreur. Par ailleurs, on rappellera que l'article 150 VG, II, 3° du Code général des impôts permet de procéder à la publication de l'acte de vente, sans paiement préalable de l'impôt et sans que le service de publicité foncière puisse opposer un refus.

Le paiement des frais taxés. Ces frais sont limités à ceux de poursuite taxés par le juge à la demande de l'avocat poursuivant (92). Seul le juge de l'exécution est compétent, dans

(89) Soit 0,9768 % + 486,492 € TTC du prix de vente pour un prix supérieur à 60 000,00 €.
(90) C. Guilloteau-Palice, *La vente amiable autorisée de l'immeuble saisi*, préc.
(91) L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
(92) CPC ex., art. R. 322-21.

le cadre du jugement autorisant la vente (93) et c'est l'acquéreur qui est le débiteur de ces frais qu'il verse en sus du prix de vente (94).

La radiation des inscriptions. Lors du jugement de constat prévu à l'article R. 322-25 du Code des procédures civiles d'exécution, le juge vérifie le respect des conditions de la vente, la consignation du prix et le paiement des frais taxés. Il ordonne également la radiation des inscriptions d'hypothèque et de privilège prises du chef du débiteur.

Lors de sa publication, le service de publicité foncière procède aux radiations des inscriptions correspondantes. Mais cette radiation ne peut être opérée sans le paiement des taxes. Il s'agit de la contribution de sécurité immobilière au taux de 0,10 % calculée sur chacune des inscriptions (95) avec un minimum de 15 €, mais également des frais d'inscription des hypothèques prises au profit du Trésor public pour lesquelles la perception des frais d'inscription est reportée jusqu'à la radiation.

Ces frais devant être réglés lors de la publication du jugement de constat, il n'y a pas d'autre solution que de demander à l'acquéreur d'en faire l'avance, quitte à en requérir le remboursement lors des opérations de distribution. Le notaire qui recevra la vente autorisée devra percevoir la provision sur frais, mais il ne percevra aucun émolument sur ces radiations, celles-ci étant d'origine légale et non constatées dans l'acte de vente.

Les développements qui précèdent peuvent être résumés de la manière suivante (96).

Vade-mecum de la vente amiable autorisée de l'immeuble saisi

1) Déterminer si le client requiert le notaire en amont de l'audience d'orientation ou en aval de celle-ci.
2) Faire signer à l'acquéreur une promesse unilatérale d'achat sans versement de fonds (si une commission d'agence est envisagée, prévoir qu'elle est supportée par l'acquéreur).
3) Si la promesse doit être établie avant l'audience d'orientation, prévoir une condition suspensive d'autorisation de vente amiable.
4) Fixer le prix de vente en considération des autres frais que l'acquéreur devra supporter : frais taxés, frais de radiation des inscriptions.
5) Après l'audience d'orientation, vérifier que le jugement ne peut plus faire l'objet d'un recours.
6) N'établir l'acte que si le prix minimum est respecté et que les délais ne sont pas expirés.
7) Consigner l'intégralité du prix à la Caisse des dépôts et consignations contre remise d'un bordereau de consignation.
8) Payer à l'avocat poursuivant les seuls frais taxés par le juge de l'exécution.
9) Publier l'acte de vente sans attendre le jugement de constat.
10) Adresser au greffe une copie de l'acte de vente et un état hypothécaire à jour en listant les inscriptions dont il convient d'ordonner la radiation.
11) S'assurer de la publication du jugement de constat et de la radiation des inscriptions. En cas de carence de l'avocat poursuivant, opérer soi-même ces formalités.

(93) Cass. 2e civ., 22 juin 2017, no 16-12.882.
(94) CPC ex., art. R. 322-24.
(95) CGI, art. 881 J.
(96) Sur le modèle proposé par C. Guilloteau-Palisse, *La vente amiable autorisée de l'immeuble saisi*, préc.

CHAPITRE II La protection spéciale de l'entrepreneur

3049 La protection du logement de l'entrepreneur est apparue nécessaire pour encourager et développer l'esprit d'entreprise. Ce fut l'un des objectifs de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 qui a introduit la déclaration d'insaisissabilité. Cette protection est devenue encore plus indispensable depuis que de très nombreux particuliers (1 300 000 en 2018, dont 300 000 retraités) ont adopté le statut d'auto-entrepreneur qui leur est ouvert depuis le 1er janvier 2009 (97). Aujourd'hui, si la loi protège la résidence principale de l'entrepreneur individuel en la déclarant insaisissable (**Section I**), cette protection comporte des limites (**Section II**).

Section I L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel

3050 Rendre la résidence principale de l'entrepreneur insaisissable a été le fruit d'une évolution législative par étapes. À l'origine, la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 a permis à l'entrepreneur individuel de procéder par acte notarié à une déclaration d'insaisissabilité de ses droits sur sa résidence principale à l'égard de ses créanciers professionnels.

Il semble que le législateur se soit inspiré à l'époque de la législation sur le bien de famille qui avait été instituée dans le but de « permettre aux travailleurs de se constituer un foyer échappant aux poursuites de leurs créanciers » (98), rejetant, par la même, la notion de patrimoine d'affectation (99).

La deuxième étape de cette protection est l'extension, par la loi du 4 août 2008 (100), de la possibilité de cette déclaration pour tous les biens immobiliers désignés par l'entrepreneur. À compter de la publication de cette déclaration, les créanciers sont informés que l'assiette de leurs droits de gage se trouve réduite.

Enfin cette législation a été revue par la loi du 6 août 2015 (101) qui modifie l'alinéa premier de l'article L. 526-1 du Code de commerce, par l'instauration de l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (102). Cette bienveillance du législateur répond néanmoins à plusieurs conditions. Certaines sont personnelles à l'entrepreneur (**Sous-section I**), d'autres sont relatives à la résidence principale elle-même (**Sous-section II**).

Sous-section I Les conditions personnelles de la protection légale

3051 Pour bénéficier de la protection légale, le débiteur doit être un entrepreneur individuel (**§ I**) qui exerce une activité professionnelle (**§ II**).

(97) Par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.
(98) Aujourd'hui abrogée par l'article 12 de la loi n° 201-1862 du 13 décembre 2011.
(99) M. Dagot et C. Lebel : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité*, n° 15.
(100) L. n° 2008-776, 4 août 2008, dite « loi NRE ».
(101) L. n° 2015-990, 6 août 2015.
(102) Vœu adopté lors du 110e Congrès des notaires de France, Marseille, 2014, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*.

§ I Un entrepreneur individuel

3052 **– Notion d'entrepreneur individuel. –** La protection légale de la résidence principale est réservée à l'entrepreneur individuel. Il s'agit d'une dérogation explicite aux dispositions des articles 2284 et 2285 du Code civil qui prévoient que tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

La nationalité de l'entrepreneur est indifférente ; qu'il soit Français ou non, il bénéficie de cette protection. Le locataire gérant d'un fonds de commerce bénéficie de la protection, à l'inverse du propriétaire bailleur qui lui n'est pas un entrepreneur. L'entrepreneur indivis qui se trouve en indivision avec un coentrepreneur peut prétendre à cette protection, dès lors qu'il est un entrepreneur individuel agissant en son nom personnel. La loi n'a pas posé comme condition qu'il soit un entrepreneur exclusif.

Le régime matrimonial de l'entrepreneur individuel est indifférent ; sa résidence principale est protégée, qu'il s'agisse d'un bien propre ou dépendant de la communauté. En cas d'indivision, la protection ne peut porter que sur sa propre quote-part.

3053 **– L'exclusion des associés. –** La notion d'entrepreneur individuel n'est pas étendue aux associés d'une société civile ou d'une société commerciale.

En effet, le texte doit être d'interprétation stricte comme dérogeant aux articles 2284 et 2285 (103) du Code civil, même si cette situation est regrettable notamment pour les professionnels indéfiniment responsables vis-à-vis de leurs créanciers en leur qualité d'associés d'une structure sociale à responsabilité illimitée, comme les architectes, les notaires ou les médecins membres d'une société civile professionnelle.

§ II Une activité professionnelle

3054 La seconde condition pour bénéficier de la protection pour sa résidence principale est l'immatriculation à un registre ou l'exercice d'une activité agricole ou indépendante.

3055 **– La personne physique doit être immatriculée. –** Cette immatriculation peut être effectuée à un registre de publicité légale à caractère professionnel. Il s'agira du registre du commerce et des sociétés (RCS), du répertoire des métiers, du registre de la batellerie artisanale et du registre des actifs en agriculture.

Un entrepreneur inscrit à la fois au RCS et au répertoire des métiers devra veiller à ce que la publicité soit réalisée aux deux registres.

La loi du 18 juin 2014 (104) relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite « loi Pinel », a supprimé la dispense d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés visant les commerçants micro-entrepreneurs. Ainsi, depuis le 19 décembre 2014, l'immatriculation au RCS des commerçants micro-entrepreneurs est devenue obligatoire. Par ailleurs, les micro-entrepreneurs commerçants ayant déclaré leur activité ont dû effectuer leur immatriculation au RCS depuis cette date.

Les auto-entrepreneurs n'étant qu'une déclinaison simplifiée des micro-entrepreneurs (105) sont donc dans l'obligation de procéder à cette immatriculation. Cette solution est extrê-

(103) *JCl. Notarial Formulaire,* Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité,* nos 28 à 30, par M. Dagot et C. Lebel.
(104) L. no 2014-626, 18 juin 2014.
(105) La seule différence est que les micro-entrepreneurs peuvent opter pour le prélèvement fiscal libératoire, naguère spécifique au régime de l'auto-entrepreneur.

mement avantageuse et permet à ces entrepreneurs, même s'ils cumulent une retraite, de bénéficier du régime de l'insaisissabilité de leur résidence principale.

3056 **– Les activités agricoles ou indépendantes. –** La personne physique est également protégée si elle exerce une profession agricole ou indépendante. Cette notion est très large puisqu'elle englobe les professions immatriculées, les professions agricoles et les autres. On pense à toutes les professions libérales exercées en son nom personnel (médecins, avocats, architectes, notaires...) et aux agents commerciaux.

Cette notion d'activité indépendante est importante, car l'inscription à un ordre ou à un tableau ne correspond pas à une inscription à un registre légal. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle approuvé une cour d'appel de ne pas avoir retenu que le tableau des avocats inscrits auprès d'un barreau correspondait à un registre de publicité légal à caractère professionnel (106).

Sous-section II Les conditions relatives à la résidence principale

3057 L'article L. 526-1 du Code de commerce s'applique aux droits sur l'immeuble (**§ I**) où est fixée la résidence principale de l'entrepreneur (**§ II**).

§ I Un droit sur un immeuble

3058 La loi utilise le terme assez large de « droits sur l'immeuble », mais on s'interrogera également sur les droits qui ne portent pas directement sur celui-ci.

3059 **– Un immeuble. –** Le droit visé par le texte est le droit réel et plus particulièrement le droit de propriété. Le droit au bail d'habitation n'étant pas saisissable n'est pas concerné par cette disposition.

Le logement de l'entrepreneur, qu'il lui appartienne à titre personnel ou qu'il dépende de la communauté avec son conjoint, est intégralement protégé. À ce titre, le fait que le conjoint ne soit pas un entrepreneur individuel est sans conséquence. Si le logement est une propriété indivise, seule la quote-part détenue par l'entrepreneur individuel bénéficie de cette protection à l'encontre des créanciers professionnels.

Si le droit fait l'objet d'un démembrement, il pourra également échapper à la saisie, que l'entrepreneur possède l'emphytéose, l'usufruit ou même seulement la nue-propriété.

On assimilera à un droit sur l'immeuble la propriété des parts d'une société d'attribution (CCH, art. L. 212-1) et les conventions de location-accession (en secteur libre et en secteur HLM).

La valeur des droits concernés avait été discutée lors des débats préalables à l'adoption de la loi, mais la complexité de définir un plafond avait fait renoncer les parlementaires à une telle condition.

3060 **– Les droits indirects. –** Les droits qui ne portent pas sur un immeuble ne sont pas visés par ce texte. Les péniches, *mobil-home* et autres biens meubles sont d'évidence écartés, mais la question est plus épineuse pour les parts de la société civile qui détient l'immeuble dans lequel l'entrepreneur à sa résidence principale. Le droit fiscal assimile la détention des parts de la société civile qui assure la résidence principale à la détention directe de celle-ci au

(106) Cass. 1re civ., 15 mai 2007, no 05-19.189 : *JurisData* no 2007-038901.

regard de l'imposition à la plus-value immobilière et il ne paraît pas illégitime de faire de même en matière d'insaisissabilité.

Aujourd'hui le débat n'est pas tranché, mais les tenants de l'exclusion pourront invoquer une réponse ministérielle de 2005 précisant que « lorsqu'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale a établi sa résidence principale dans un immeuble appartenant à une société civile et qu'elle n'est titulaire que de parts sociales de cette société, elle ne peut pas bénéficier des dispositions des articles L. 526-1 et L. 526-2 » du Code de commerce (107).

§ II Un immeuble affecté à l'habitation principale

3061 La loi n'a pas cherché à définir ce qu'il faut considérer comme une habitation principale, mais elle a apporté des précisions lorsque l'immeuble n'est pas entièrement utilisé pour la résidence de l'entrepreneur.

3062 – La résidence principale. – En l'absence de règles légales sur la notion de résidence principale, notamment en termes de durée, des auteurs indiquent que, faute de précision, il faut donc s'en référer au bon sens et considérer qu'il s'agit de l'immeuble occupé plus de six mois par an, de manière habituelle (108). Faute de précision légale et de jurisprudence sur ce point, nous considérons ce critère comme recevable.

La date à laquelle il faudra se placer pour déterminer la résidence principale ne sera pas celle de la naissance de la créance, qui peut être très antérieure, mais celle à laquelle le créancier en demandera le recouvrement.

Le lieu de cette résidence peut également amener à s'interroger. Si l'habitation principale est en France, le texte a vocation à s'appliquer, mais qu'en est-il si la résidence est située à l'étranger ? Cette législation protectrice n'étant pas réservée aux nationaux (V. *supra*, n° 3052), on peut légitimement penser que l'entrepreneur qui a sa résidence principale hors de France bénéficie de la protection de l'article L. 526-1 du Code de commerce, même si la législation du pays concerné ne connaît pas l'équivalent.

Enfin, il y a lieu de préciser que ce texte prévoit expressément que la domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du Code de commerce ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable.

3063 – L'affectation partielle. – Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, qui déclare applicable de plein droit l'insaisissabilité à la résidence principale, les textes précisaient que c'était à l'entrepreneur lui-même d'effectuer cette déclaration par acte notarié. Il était alors prévu que, si l'immeuble n'était que partiellement affecté à l'habitation principale, la déclaration devait contenir un état descriptif de division permettant de délimiter la partie concernée en vue de sa publication au service de la publicité foncière.

Le nouvel article L. 526-1 du Code du commerce a balayé cette difficulté en énonçant que : « Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire ».

Deux observations sur ce nouveau texte : en premier lieu, ce sera au créancier poursuivant d'établir cet état descriptif de division pour lui permettre d'appréhender la partie affectée à usage professionnel, ce qui va compliquer la procédure. En second lieu, le texte ne vise pas

(107) Rép. min. n° 52819 : *JOAN* Q 5 avr. 2005, p. 3540.
(108) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité*, n° 60, par M. Dagot et C. Lebel.

à isoler la partie servant de résidence principale mais celle affectée à l'usage professionnel. Il s'agit donc d'un élargissement à la partie de l'immeuble qui ne répond ni à la notion d'usage professionnel, ni à celle d'habitation principale, du bénéfice de l'insaisissabilité. Dans l'hypothèse d'une propriété dont une partie des bâtiments est affectée à un usage professionnel, le surplus échappera au droit de gage des créanciers même si le terrain d'assiette possède une valeur importante.

Section II Les limites de l'insaisissabilité

Sous-section I Les créances

§ 1 Les créances concernées

Les créances visées par le texte sont celles liées à l'activité professionnelle de la personne nées à l'occasion de cette activité avec un régime particulier pour certaines créances fiscales. **3064**

– Les créances professionnelles. – Le caractère professionnel de la créance doit être compris du côté du débiteur et non du côté du créancier. Elle peut être contractuelle ou délictuelle, mais toujours liée à l'activité exercée. Le créancier peut être une personne privée comme une personne publique, avec une particularité pour le Trésor public ainsi que nous le verrons ci-après. Par exemple, les créances de l'Urssaf ne peuvent être traitées différemment des autres créances professionnelles (109). **3065**

L'insaisissabilité étant dérogatoire au droit de gage général des créanciers, cette notion doit être interprétée strictement, et la distinction avec les autres créances ne sera pas toujours aisée. On pense aux créances familiales pour lesquelles un écrit n'est pas souvent dressé entre les parties, malgré les dispositions de l'article 1359 du Code civil.

Sous le contrôle de la Cour de cassation (par le biais de la violation de la loi ou du défaut de base légale), il reviendra au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation (110).

– Nées à l'occasion de l'activité professionnelle. – Les créances qui bénéficient de la protection légale sont celles qui sont nées à l'occasion de l'activité professionnelle. Elles peuvent être antérieures au début d'activité ou postérieures à la cessation, il suffit d'un lien avec cette activité. Le prêt qui aura permis à l'entrepreneur de lancer son activité, comme la dette qui deviendra exigible alors que l'entrepreneur a arrêté son activité, entrent dans ce cadre. **3066**

Toutefois, la protection légale ne produit d'effet que pour les créances nées à compter du 8 août 2015, date d'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015. La créance née antérieurement, même exigible postérieurement, restera régie par la loi ancienne.

– La particularité des créances fiscales. – Les dettes fiscales nées à l'occasion de l'activité professionnelle ne permettent pas au Trésor public de saisir la résidence principale de l'entrepreneur individuel (TVA, impôt sur les sociétés, plus-values professionnelles, *etc.*). En revanche, l'impôt sur le revenu, même s'il est généré par l'activité de l'entrepreneur, ne peut bénéficier de dispositif protecteur. **3067**

L'article L. 526-1 *in fine* du Code de commerce précise également que l'insaisissabilité n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne,

(109) Cass., avis, 8 juill. 2016 n° 16007, demande n° 16-70.005.
(110) *JCl. Procédures Formulaire*, Fasc. *Insaisissabilité*, n° 6, par O. Salati.

soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du Code général des impôts.

§ II L'articulation avec les procédures collectives

3068 **– Les procédures collectives. –** Dès l'apparition de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale par la loi du 1er août 2003, les auteurs avaient noté qu'aucune articulation n'avait été prévue par le législateur avec la législation applicable aux procédures collectives (111).

La jurisprudence, qui a été amenée à se prononcer sur la question, a même évolué au cours des années et les certitudes des origines ont cédé le pas à des interrogations au point que l'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat a publié une note sur l'obligation d'information du notaire en matière de déclaration d'insaisissabilité (112).

La réforme opérée en 2015, en rendant l'insaisissabilité légale, a modifié la situation et il ne fait plus de doute que les questions relatives aux pouvoirs du liquidateur (113) et celle relative à la nullité des actes effectués pendant la période suspecte appartiennent au passé.

L'intérêt du liquidateur nommé dans le cadre de la procédure collective de l'entrepreneur se focalisera donc sur les points qui lui permettront d'appréhender les biens du débiteur ne répondant pas ou plus à la notion de résidence principale.

Sous-section II L'étendue de l'insaisissabilité

3069 L'insaisissabilité est limitée à l'immeuble de l'entrepreneur, mais ce dernier garde pratiquement tous ses pouvoirs sur celui-ci.

§ I La notion d'immeuble

3070 **– L'immeuble. –** L'article L. 526-1 du Code de commerce vise « l'immeuble où est située la résidence principale » ; il s'agira de la partie utilisée à cet effet, le surplus restant ouvert aux poursuites des créanciers professionnels.

Si l'usage n'est que partiel ou s'il s'agit d'une simple domiciliation au sens de l'article L. 123-10 du même code, il n'y a même pas besoin d'établir un état descriptif de division pour isoler la part saisissable du domicile. Il s'agit d'une difficulté supplémentaire pour les créanciers qui devront eux-mêmes isoler la partie professionnelle. Dans ces conditions, il ne sera pas simple de trouver un acquéreur qui acceptera de devenir propriétaire d'un lot ne comprenant ni parties communes ni charges définies.

Les meubles. Les meubles qui garnissent l'habitation principale échappent également à la saisie, sans que, à notre sens, leur liste se limite aux meubles déclarés insaisissables par l'article 39 du décret du 31 juillet 1992 (114). Par exemple, la totalité des livres et la totalité des meubles meublants doivent être protégées sans se limiter aux livres nécessaires à la poursuite des études ou à la table et aux chaises permettant les repas en commun comme il est prévu à l'article 39 du décret précité.

(111) *JCl. Notarial Formulaire,* Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité,* n° 134, par M. Dagot et C. Lebel.
(112) *JCP* N 13 févr. 2015, n° 7, act. 254.
(113) Note J.-P. Garcon ss CA Aix-en-Provence, 3 déc. 2009 : *JCP* N 2009, n° 40, 1315.
(114) D. n° 92-755, 31 juill. 1992.

Les fruits. Dans l'hypothèse où l'immeuble insaisissable produit des fruits, comme des loyers, récoltes ou coupes de bois, rien ne s'oppose à ce que ces derniers échappent au droit de gage des créanciers professionnels.

§ II Les pouvoirs de l'entrepreneur

Les pouvoirs de l'entrepreneur individuel sur sa résidence principale ne sont pratiquement pas limités. Toutefois, le sort de l'hypothèque judiciaire a fait l'objet d'une jurisprudence changeante. **3071**

– Le droit de disposer. – Le fait que la résidence principale soit insaisissable ne limite pas les droits de l'entrepreneur sur celle-ci. Il peut librement constituer une servitude, hypothéquer ce bien au profit des créanciers non professionnels, le vendre et même le donner. **3072**

Si le bien est détenu en indivision, l'entrepreneur peut procéder au partage de ce bien, le liquidateur lui-même ne pouvant agir en partage et en licitation de l'immeuble indivis (115).

La prise d'une sûreté réelle sur la résidence principale nécessite une précision. Si l'hypothèque est constituée pour garantir une créance personnelle, l'entrepreneur pourra librement la constituer. Cependant, si la créance est professionnelle, la résidence étant insaisissable ne se trouve pas dans le commerce au sens de l'article 2397 et ne peut donc faire l'objet d'une hypothèque (116).

Nullité de l'hypothèque prise sur la résidence principale de l'entrepreneur individuel

La réforme du 6 août 2015 a rendu insaisissable la résidence principale de l'entrepreneur individuel pour ses créanciers professionnels. Les dispositions de l'article 2397 du Code civil doivent être rappelées :

« Sont seuls susceptibles d'hypothèques :

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce... ».

À ce titre, il sera indispensable que l'acte de prêt comportant affectation hypothécaire de la résidence principale indique expressément l'utilisation qui sera effectuée de la somme prêtée, et éventuellement que l'emprunteur déclare expressément que les fonds ne seront pas utilisés pour les besoins de son activité. En effet, dans cette hypothèse l'hypothèque sera nulle car le bien immobilier ne sera pas dans le commerce au regard de la créance garantie. La seule solution sera de convenir avec le créancier d'une renonciation (V. *infra*, n° 3078) et d'effectuer les formalités prévues par la loi.

– L'hypothèque judiciaire à titre conservatoire. – Dès l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2003, la question de la possibilité de l'inscription d'une mesure conservatoire sur le bien faisant l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité s'était posée. Depuis la réforme des procédures d'exécution par la loi n° 91-650 du 6 juillet 1991 (117), il faut distinguer les saisies conservatoires et les saisies judiciaires. Les premières, rendant les biens indisponibles, ne sont pas compatibles avec l'insaisissabilité, les secondes conférant uniquement au créancier un droit de préférence et un droit de suite sur le bien n'entraînent aucune indisponibilité (118). C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt du **3073**

(115) Cass. com., 14 mars 2018 : *JCP* N 2018, 1241, note C. Lebel.
(116) En ce sens S. Piédelièvre, note ss Cass. 1re civ., 23 févr. 2012 : *JCP* N 13 juill. 2012, 1294.
(117) L. n° 91-650, 6 juill. 1991.
(118) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité*, n° 145, par M. Dagot et C. Lebel.

11 juin 2014 (119) dans lequel elle considère que l'article L. 526-1 du Code de commerce est d'interprétation stricte et que, certes, il interdit la saisie de la résidence principale, mais non l'inscription d'une hypothèque judiciaire à titre conservatoire.

Nous relèverons qu'il s'agit de la conclusion d'un débat doctrinal, mais que le notaire ne peut adopter en l'état à l'occasion de la vente de la résidence principale de l'entrepreneur. Nous indiquerons plus loin les conditions dans lesquelles le créancier professionnel peut appréhender le prix de vente de ce bien, mais dans l'hypothèse où le débiteur souhaite vendre sa résidence pour en acquérir une nouvelle, il lui sera extrêmement difficile de financer la nouvelle acquisition avec le prix de vente de l'ancienne.

Comment concilier les droits des créanciers avec la liberté de l'entrepreneur dans cette situation ?

- En premier lieu, on peut amiablement demander au créancier la mainlevée de son hypothèque judiciaire. Compte tenu des frais avancés par ce dernier pour obtenir sa garantie, cette solution est difficilement envisageable.
- En second lieu, on peut s'adresser au magistrat pour lui demander d'ordonner la radiation de l'hypothèque judiciaire et le report sur le nouveau bien. Dans cette solution, qui sera le garant de la radiation et de la nouvelle inscription ? Le notaire qui recevra la vente et peut-être l'acquisition ne peut recevoir ces pouvoirs du magistrat.
- Aussi la solution adoptée par la Cour de cassation aura-t-elle pour conséquence d'interdire à l'entrepreneur de se reloger, et le notaire ne pourra que conseiller à son client de ne pas procéder à la vente de sa résidence.

Sous-section III La fin de l'insaisissabilité

3074 La fin de l'insaisissabilité signifie pour l'entrepreneur la fin de la protection de sa résidence principale. Les textes visent expressément l'aliénation de la résidence (**§ I**) et la renonciation (**§ II**) qui sont les causes les plus fréquentes, mais d'autres événements sont susceptibles de mettre fin à cette protection (**§ III**).

§ I L'aliénation du bien

3075 La cession des droits immobiliers sur la résidence principale est abordée à l'article L. 526-3 du Code de commerce au travers du report de l'insaisissabilité sur le prix de vente sous conditions de remploi dans le délai d'un an.

3076 **– Le report sur le prix de vente. –** La loi précise que le prix obtenu en cas de cession demeure insaisissable pendant un délai d'un an. Ceci ne signifie nullement que le prix de vente ne peut pas faire l'objet d'une saisie pendant ce délai, mais uniquement que le créancier poursuivant, titulaire d'une créance professionnelle, ne peut appréhender cette somme avant l'expiration du délai d'un an. Dans l'hypothèse où le notaire détenteur du prix de vente vient à recevoir plusieurs commandements de saisie, dont certains provenant de créanciers professionnels, il n'a pas la possibilité d'organiser lui-même la distribution. Il semble plus prudent d'effectuer une consignation du prix à la Caisse des dépôts et consignations, et d'inviter le débiteur à saisir le tribunal pour que le juge se charge de cette distribution.

(119) Cass. com., 11 juin 2014 : *JurisData* n° 2014-012570.

Conseil pratique

Au titre des conseils que le notaire pourra apporter au vendeur, on peut relever que ce dernier aura tout intérêt à isoler les fonds perçus de ses autres avoirs pour éviter une confusion, et à ventiler le prix de vente si certains biens cédés ne répondent pas à la définition de résidence principale.

– Le remploi du prix de vente. – L'insaisissabilité a une durée d'un an sous condition de remploi par le débiteur dans une nouvelle résidence principale. La déclaration de remploi est bien connue des praticiens et il ressort qu'une déclaration effective dans l'acte d'acquisition est vivement à conseiller. Le remploi pourra n'être que partiel, le surplus du prix non utilisé pour l'acquisition sera alors appréhendable par les créanciers professionnels. De même, si l'acquisition de la nouvelle résidence principale n'est que partiellement financée au moyen du prix de cession, la totalité du bien acquis bénéficiera de la protection en application de l'article L. 526-1 du Code de commerce. **3077**

Conseil pratique

- La protection ne porte que sur un bien immobilier et il ne peut être envisagé d'utiliser le prix de vente pour souscrire à des parts de société civile, même si cette dernière a vocation à détenir la résidence principale.
- L'opération de remploi devra être effectuée dans le sens d'une vente suivie d'une acquisition et non d'une acquisition suivie d'une vente. En effet, si l'acquisition est effectuée préalablement à la vente, le prix de cette dernière pourra être saisi par les créanciers professionnels au motif que le bien cédé ne bénéficie plus de la protection de l'article L. 526-3 du Code de commerce.

MODÈLE DE CLAUSE

DÉCLARATION DE REMPLOI – SUBROGATION DE L'INSAISISSABILITÉ

L'ACQUÉREUR déclare employer le prix de vente de sa résidence principale située à ... (ou tout autre bien à usage non professionnel sur lequel portait une déclaration d'insaisissabilité) conformément aux dispositions de l'article L. 526-3 du Code de commerce (le cas échéant constaté aux termes d'un acte reçu par M^e^ ..., notaire à ..., le ..., publié ... contenant déclaration d'insaisissabilité), voulant que les mêmes effets attachés à cette insaisissabilité s'appliquent au bien objet de la présente acquisition. Étant précisé que la vente dudit immeuble a eu lieu suivant acte reçu par M^e^ ..., notaire à ..., le ... moyennant le prix de ...

AJOUTER LE CAS ÉCHÉANT

1) Remploi total :

L'ACQUÉREUR déclare que le remploi du prix de vente qu'il réalise couvre la totalité du prix d'acquisition de l'immeuble objet des présentes.

2) Remploi partiel :

L'ACQUÉREUR se reconnaît informé que la partie du prix payé avec des fonds ne provenant pas de la vente de la résidence principale, précédemment insaisissable, reste à l'égard des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant antérieurement à ce jour, saisissable et représente le pourcentage suivant : ... %.

Par suite, il est précisé que l'insaisissabilité ne produira effet qu'à concurrence de cette fraction du prix remployé pour les créanciers professionnels dont la créance est antérieure à ce jour.

Ainsi, l'intégralité de l'immeuble présentement acquis sera insaisissable à compter de ce jour en application des dispositions des articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce, mais seulement à l'égard des créanciers professionnels postérieurs à ce jour.

§ II La renonciation à la déclaration

L'article L. 526-3 du Code de commerce prévoit également que l'entrepreneur peut lever l'insaisissabilité de sa résidence principale au moyen d'une déclaration effectuée au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers portant sur tout ou partie des biens. **3078**

Les conditions de la renonciation. Cette renonciation doit faire l'objet d'un acte notarié, mais le texte ne précise pas s'il s'agit d'un acte spécial. Il semble donc qu'une renonciation au profit du créancier peut intervenir dans l'acte principal de prêt contenant une hypothèque sur tout ou partie de la résidence principale.

Une renonciation effectuée au bénéfice de l'ensemble des créanciers n'est pas possible, celle-ci devant contenir la désignation des créanciers susceptibles de l'invoquer, mais il n'est pas prévu l'intervention des créanciers pour accepter le bénéfice de cette renonciation, la loi précisant néanmoins que lorsque le bénéficiaire de la renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci.

Outre l'acte authentique, le texte renvoie aux dispositions de l'article L. 526-2 de Code de commerce pour les mesures de publicité. Il s'agit de la publication au fichier immobilier (service de la publicité foncière ou livre foncier), mais également, lorsque le créancier est immatriculé dans un registre de publicité légale à caractère professionnel, d'une mention à ce registre. Lorsque la personne n'est pas tenue à une telle immatriculation, la publication doit être effectuée dans un journal d'annonces légales du département dans lequel est exercée l'activité professionnelle.

L'établissement de l'acte et l'accomplissement des formalités donnent lieu au versement aux notaires d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret (120). Le montant est fixé, par un arrêté du 28 octobre 2016 (121), à la somme de 25 € hors taxes. Quant aux droits d'enregistrement, ils s'élèvent à 25 € (122), et la contribution de sécurité immobilière à 15 € (123). Le même texte précise également que la renonciation peut être révoquée à tout moment suivant les mêmes formalités (124).

Une des lacunes de la loi est l'absence de notification de cette renonciation aux créanciers concernés et au notaire qui a reçu la renonciation à l'insaisissabilité initiale, ce qui peut ouvrir la voie à de multiples manœuvres.

3079 **– Les effets de la renonciation. –** Le principal effet de cette renonciation à l'insaisissabilité est de permettre aux créanciers professionnels désignés d'obtenir un droit de gage sur la résidence principale de l'entrepreneur. Toutefois, une question reste en suspens : les dettes constituées par le débiteur auprès du créancier bénéficiaire sont-elles toutes concernées par la renonciation ? En ce qui concerne les dettes postérieures à la publication, il n'y a pas de difficulté, mais qu'en est-il pour les dettes antérieures ? La loi ne prévoit pas de rétroactivité de la renonciation et prévoir cette rétroactivité dans l'acte notarié de renonciation serait contraire à la protection légale voulue par le législateur. En conséquence, il apparaît que la résidence principale ne répond pas des dettes professionnelles nées antérieurement à la publication de la renonciation (125).

§ III Les autres causes de la fin de l'insaisissabilité

3080 D'autres faits et actes peuvent mettre fin à l'insaisissabilité de la résidence principale.

3081 **– Hypothèses prévues par les textes. –** L'article L. 526-3 du Code de commerce indique expressément que les effets de l'insaisissabilité et ceux de la déclaration subsistent après la

(120) C. com., art. L. 526-2, al. 4.
(121) *JO* 5 nov. 2016, art. A. 444-145, tableau 5 de l'article, ann. 4-7, n° 140.
(122) CGI, art. 846.
(123) CGI, art. 881 C, 16°.
(124) Art. A. 444-145, tableau 5 de l'article, ann. 4-7, n° 141.
(125) En ce sens : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité*, n° 215, par M. Dagot et C. Lebel.

dissolution du régime matrimonial lorsque la personne mentionnée à l'article L. 526-1 ou le déclarant mentionné au deuxième alinéa du même article est attributaire du bien. Les effets subsistent également en cas de décès de l'entrepreneur jusqu'à la liquidation de la succession (126).

Il résulte de ce texte que pendant la période d'indivision, le créancier professionnel est dans l'incertitude et ne pourra appréhender la résidence principale. En effet, tant que celle-ci n'aura pas été attribuée, le créancier ne pourra pas diligenter une procédure de saisie, mais seulement inscrire une hypothèque judiciaire à titre conservatoire.

3082 **– Hypothèses non prévues par les textes. –** L'entrepreneur individuel qui change de statut pour mettre en société son activité perd la protection de l'article L. 526-1 du Code de commerce. Ses dettes professionnelles antérieures continuent à être régies par ce texte et à ce titre ne permettent pas au créancier de saisir la résidence principale. Les dettes futures seront régies par la forme sociale qui sera choisie par l'entrepreneur.

Le changement de résidence principale ou l'abandon de celle-ci feront perdre le bénéfice de la protection. Dans la première hypothèse, le report sera automatique sur la nouvelle résidence et si elle n'est pas vendue, elle tombera dans le droit de gage des créanciers professionnels. En cas d'abandon, le bien ne répondra plus à la notion de résidence principale, puisqu'il manque l'un des éléments prévus à l'article L. 526-1 pour bénéficier de cette protection.

Il peut être tentant, pour un débiteur qui n'envisage pas le remploi du prix de vente de sa résidence, de faire donation de cette dernière pour éviter qu'elle puisse être appréhendée par ses créanciers professionnels. Toutefois, les créanciers pourront exercer l'action paulienne s'ils justifient que cette donation est effectuée en fraude à leurs droits.

SOUS-TITRE II

La protection conventionnelle du propriétaire

3083 Nous avons vu que la loi se préoccupe de la protection de la résidence principale du propriétaire. Ce dernier peut également organiser une protection au moyen de contrats ou d'actes unilatéraux.

Il sera distingué la protection à l'encontre des créanciers personnels (**Chapitre I**) de celle possible dans le cadre de l'activité professionnelle (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La protection à l'encontre de ses créanciers personnels

3084 La protection peut être effectuée lors de l'acquisition de la résidence principale en son nom propre (**Section I**) et également par la création d'une structure sociale lors de l'acquisition de cette résidence (**Section II**).

(126) Avec toute la difficulté de définir cette notion : s'agit-il d'un acte de partage, ou la déclaration de succession peut-elle valoir « liquidation » ?.

À titre liminaire, nous rappellerons que le créancier bénéficie de l'action paulienne prévue à l'article 1341-2 (127) du Code civil pour faire déclarer inopposables à son égard les actes accomplis par le débiteur en fraude de ses droits.

Section I L'acquisition directe de sa résidence principale

3085 La personne qui voudrait dissimuler qu'elle possède un bien à son nom peut souhaiter placer celui-ci au nom d'une autre personne, mais elle peut également procéder à l'acquisition avec une autre personne dans l'espoir de retarder, voire d'interdire la saisie de son bien.

3086 **– L'acquisition par un prête-nom. –** Elle est en principe valide sous la double condition :
- qu'elle n'ait pas pour objet de faire fraude à la loi ;
- qu'elle n'ait pas été conclue en vue de causer un préjudice aux tiers (128).

Le tableau suivant synthétise les possibilités d'acquisition pour éviter que le bien apparaisse au nom du propriétaire réel avec indication des intérêts se rapportant à ce type de détention et ses limites.

Modalités d'acquisition	Objectifs	Limites civiles	Limites fiscales
Acquisition au nom de son conjoint	Permet de doter le conjoint séparé de bien	• Le conjoint peut invoquer une donation rémunératoire (129). • L'enfant majeur ou devenu majeur peut contester la donation. • Le tiers peut revendiquer la propriété du bien (130). • La situation est non opposable aux tiers qui peuvent néanmoins s'en prévaloir (C. civ., art. 1201). • L'action en déclaration de simulation peut être intentée par les créanciers (131). • Le principe *Fraus omnia corrompit* peut être utilisé par le juge pour faire droit à une action en déclaration de simulation (132).	L'administration peut : • invoquer l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF ; • invoquer la simulation pour que la propriété du bien soit reconnue à la bonne personne ; • taxer la donation **indirecte**.
Acquisition au nom d'un enfant	• Permet de doter ses enfants. • Évite une mutation au décès des parents.		
Acquisition par un tiers servant de prête-nom (133)	• Évite la connaissance du réel propriétaire par les services fiscaux et ses créanciers (134). La simulation peut être illégale si elle est contraire aux obligations professionnelles. Ce qui est le cas du notaire (135).		

(127) C. civ., ancien art. 1167.
(128) Cass. civ., 8 mai 1872 : *DP* 1872, I, p. 348.
(129) Jurisprudence constante depuis : Cass. 1re civ., 9 janv. 1979 : *Defrénois* 1980, art. 32174, A. Ponsard.
(130) Cass. civ., 25 févr. 1946 : *D.* 1946, 254.
(131) Même lorsque le créancier n'invoque pas la fraude (Cass. 3e civ., 4 juin 2003 : *JCP* N 2004, 1269, note Dagot) et même si le droit des créanciers est né après l'acte simulé (Cass. 1re civ., 17 sept. 2003, no 01-11.318).
(132) Par ex., Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, no 06-14.550. L'acquisition d'une maison de vacances effectuée au nom des enfants mineurs avec l'autorisation initiale du juge de tutelles, mais dont le père conservait la maîtrise et l'usage du fait du bas âge des enfants avec lesquels il était lié par une communauté d'intérêt.
(133) L'opération par laquelle une personne achète à son nom l'immeuble dont le prix d'acquisition est payé par un tiers s'analyse en un contrat de prête-nom (Cass. com., 17 févr. 2009 : *Bull. civ.* 2009, IV, no 24).
(134) À ce titre, la simulation est illicite comme causant un préjudice aux tiers.
(135) J.-F. Sagaut, *La déontologie notariale*, éd. La Baule, 1999, p. 47.

– L'acquisition avec une autre personne. – Elle est valide. **3087**

Le tableau suivant résume les possibilités d'acquisition avec une autre personne, avec indication des intérêts au regard du droit de poursuite des créanciers ou du liquidateur dans le cadre d'une procédure judiciaire se rapportant à ce type de détention et ses limites.

Modalités d'acquisition	Objectifs	Limites
La communauté	Le consentement du conjoint est nécessaire pour tout acte de disposition (136).	La communauté répond des dettes de chacun des époux (137).
L'indivision	Seul le créancier de l'indivision a le droit de saisir le bien indivis (138). Le créancier personnel ne peut que saisir la part de son débiteur (139) ou provoquer le partage (140), ce qui retarde la saisie. Le créancier devra également prouver que ses intérêts sont en péril pour justifier sa demande en partage (141). L'accord du conjoint est nécessaire pour une demande en partage si le bien constitue le logement de la famille (142). Le créancier personnel d'un indivisaire ne peut pratiquer une saisie conservatoire sur la part indivise (143).	La règle de l'unanimité pour les actes importants (144). Les autres indivisaires peuvent arrêter la demande en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquît du débiteur (145). Le créancier personnel peut inscrire une hypothèque judiciaire provisoire sur la part de son débiteur (146). La fraude au droit des créanciers si le bien est intégralement financé par l'un des indivisaires.
L'acquisition en démembrement : usufruit-nue-propriété	L'usufruit et la nue-propriété peuvent être saisis, mais il peut être difficile de trouver un acquéreur. La licitation de la pleine propriété requiert le consentement de l'usufruitier (147).	L'inscription d'une hypothèque judiciaire par le créancier est possible sur l'un ou l'autre des droits. La présomption fiscale de l'article 751 du CGI. L'imputation de l'article 918 du Code civil. La fraude au droit des créanciers si le bien est intégralement financé par l'un des indivisaires.

(136) C. civ., art. 215, al. 3.
(137) C. civ., art. 1413.
(138) C. civ., art. 815-17.
(139) Dans ce cas, il est peu probable que le créancier trouve acquéreur d'une quote-part indivise. V. 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contrainte*, 3e commission, no 3526, par T. Vaillant et A. Muzard.
(140) *Idem* et Cass. com., 20 sept. 2017, no 16-14.295 : *JCP* N 2017, no 39 pour une demande du liquidateur en procédure judiciaire.
(141) Cass. 1re civ. 17 mai 1982, no 81-12.312, publié au bulletin.
(142) Cass. 1re civ., 3 avr. 2019, no 18-15.177 : *JCP* N 2019, no 16, p. 11, note S. Bernard.
(143) Cass. 2e civ., 4 oct. 2001, no 00-11.126 : *RTD civ.* 2002, p. 151, obs. R. Perrot.
(144) C. civ., art. 815-3.
(145) C. civ., art. 815-17.
(146) Cass. 1re civ., 20 oct. 1982, no 81-15.560 : *Defrénois* 1983, art. 33027, no 26, p. 396, obs. J.-L. Aubert.
(147) C. civ., art. 815-5 applicable immédiatement depuis la loi no 87-498 du 6 juill. 1987.

Modalités d'acquisition	Objectifs	Limites
L'acquisition croisée (148)	L'acquisition croisée en démembrement est aujourd'hui abandonnée compte tenu des critiques qui lui ont été adressées.	
L'acquisition en tontine (149)	Les créanciers ne peuvent pas demander le partage (150). Les créanciers ne peuvent procéder à une saisie (151).	Ne peut être réalisé qu'au moment de l'acquisition. Le créancier peut exercer l'action en simulation si les chances de gains ne s'équilibrent pas de manière satisfaisante entre les tontiniers (152). Le créancier peut invoquer la fraude si l'acquisition intervient immédiatement après les poursuites (153) ou si l'opération lui cause sciemment un préjudice (154). Tout acte d'administration ou de disposition nécessite l'accord unanime des tontiniers.

Section II L'acquisition de sa résidence principale par l'entremise d'une structure

3088 Certains clients sont tentés de constituer une société pour y louer des actifs immobiliers, pensant ainsi à la poursuite des créanciers. Nous devons leur rappeler l'illusoire protection d'une structure sociale (**Sous-section I**). Depuis 2007, la fiducie a fait son apparition dans notre droit positif, son utilisation pourrait connaître un intérêt dans le cadre d'une protection (**Sous-section II**).

Sous-section I L'illusoire protection d'une structure sociale

3089 Détenir son logement par l'intermédiaire d'une société civile est relativement fréquent, mais peut-on posséder son logement par l'intermédiaire d'une société de forme commerciale ?

(148) Chacun des deux acquéreurs achète la nue-propriété d'une moitié indivise et l'usufruit de l'autre moitié indivise. Technique présentée au Congrès régional des notaires de la cour d'appel de Reims ayant pour thème « L'union libre et le droit », tenu en septembre 1984.
(149) Pour une étude complète V. 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contrainte*, 4e commission, no 4233, par S. Sabot-Barcet et V. Trambouze-Livet.
(150) Cass. 1re civ., 17 oct. 2012, no 11-25.252.
(151) *JCl. Civil Code*, Fasc. *Contrats aléatoires*, no 80, par B.-H. Dumortier.
(152) *Ibid.*, no 85.
(153) CA Fort-de-France, 12 juill. 2013, no 12/OO284.
(154) Cass. 3e civ., 14 févr. 1996, no 93-21.558.

§ 1 La société civile

3090 **– Un outil adapté. –** Au regard de la protection du logement, la société civile peut être un outil efficace vis-à-vis des créanciers au point qu'un précédent congrès l'a très justement qualifié d'insaisissabilité de fait (155). En effet, par sa personnalité distincte de celle de ses associés, la société a un patrimoine propre qui échappe au droit de poursuite des créanciers des associés. Ces derniers peuvent uniquement saisir les parts sociales de leur débiteur, lesquelles trouvent peu d'attractivité en cas de mise aux enchères.

Le 110e Congrès des notaires de France avait également rappelé qu'il est possible d'accentuer le caractère peu attractif des parts sociales en prévoyant dans les statuts une révocation du gérant à l'unanimité, par des clauses appropriées : « droit de vote multiple, droit de révocation et de veto des dirigeants, clauses d'agrément de l'adjudicataire ». Le même congrès envisageait la souscription croisée en usufruit et nue-propriété, voire la combinaison avec une clause de tontine, et nous renvoyons les lecteurs à ces travaux.

Un outil à utiliser avec discernement. La constitution d'une société civile n'est pas suffisante pour dissuader un éventuel créancier d'appréhender les biens qui y sont logés. Le risque de fictivité de la société n'est pas à écarter si la société ne tient aucun registre, ne possède aucune comptabilité et ne détient pas de compte bancaire (156). Toutefois, la jurisprudence n'est pas toujours très exigeante pour écarter la notion de fictivité. Une société n'ayant tenu aucune comptabilité ni assemblée depuis sa création n'est pas déclarée fictive dès lors qu'elle a été régulièrement constituée, que son objet a été réalisé et que le gérant s'est acquitté de ses taxes (157).

L'existence de liens familiaux entre les associés, spécialement lorsqu'il s'agit de mineurs peut faire douter du sérieux de la société (158). Pourtant la Cour de cassation a refusé de déclarer fictive pour défaut *d'affectio societatis* une société civile immobilière constituée entre des époux et un tiers pour l'achat d'une villa, alors que la femme et l'ami n'avaient libéré leurs apports qu'avec un chèque du mari (159). Il est vrai qu'il s'agissait alors de s'opposer à la demande du mari et non de répondre à une demande d'un créancier de l'un des associés.

Les créanciers disposent également de l'action paulienne. Ainsi la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir caractérisé la fraude et déclaré inopposable au créancier l'apport de biens à une société civile dont les statuts contenaient une clause d'accroissement (160).

Enfin, on rappellera que la Cour de cassation a écarté l'application des dispositions de l'article 215 du Code civil lorsque le logement de la famille est détenu par une société civile (161).

L'article 1860 du Code civil prévoit que la déconfiture de l'un des associés entraîne le remboursement des droits sociaux de l'associé, lequel perd alors la qualité d'associé. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, il n'est plus mis fin d'une manière automa-

(155) 110e Congrès des notaires de France, Marseille, 2014, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 2e commission, no 2274, par O. Gazeau, S. Blin et C. Sardot.
(156) Cass. 3e civ., 10 oct. 2007 : *JurisData* no 2007-041457.
(157) Cass. com., 15 nov.2017, no 16-20.193 : *JurisData* no 2017-025502.
(158) Cass. com., 10 déc. 1957 : *Bull. civ.* 1957, III, no 353.
(159) Cass. 1re civ., 23 mai 1977 : *D.* 1978, p. 89, note M. Jeantin.
(160) Cass. 3e civ., 14 févr. 1996, no 93-21.558.
(161) Cass. 1re civ., 14 mars 2018, no 17-16.482 : *Dr. famille* juin 2018, no 6, comm. S. Torricelli-Chrifi.

tique à la société ; celle-ci continue d'exister (à moins que les associés ne décident de sa dissolution), mais elle doit rembourser les droits sociaux de l'intéressé.

Cette disposition est d'ordre public et impérative. La perte de la qualité d'associé n'est pas laissée à la discrétion de la société. « Il doit en conséquence être procédé à l'expertise prévue par l'article 1843-4 du Code civil pour déterminer la valeur des droits sociaux » (162).

§ II La société commerciale

3091 Ce type de détention est à manier avec précaution pour des raisons qui tiennent à la fois du droit fiscal et du droit des sociétés.

Le droit fiscal prévoit au II de l'article 15 du Code général des impôts que les revenus des logements dont le propriétaire se réserve la jouissance ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu. Or les sociétés commerciales relèvent en principe de l'impôt sur les sociétés, et à ce titre la mise à disposition du logement aux associés ainsi que le faible montant du loyer constituent des avantages en nature qui entrent dans les recettes de la société.

Le droit des sociétés n'est pas adapté à la détention du logement puisque, même si l'objet de la société est civil, celle-ci doit tenir une comptabilité régulière avec l'obligation d'établir des comptes annuels (bilan, compte de résultat et une annexe), ce qui représente un coût pouvant être important.

De plus, l'utilisation de l'actif de la société dans l'intérêt personnel du dirigeant est constitutive d'un abus de bien social puni d'un emprisonnement de cinq ans et de 375 000 € d'amende (163).

§ III La société ayant son siège à l'étranger

3092 L'actualité récente nous a rappelé l'intérêt d'une domiciliation à l'étranger d'une société pour dissimuler à ses créanciers et à l'administration fiscale une partie de son patrimoine (164).

La domiciliation à l'étranger du siège de la société détentrice du logement n'est pas en soi illicite, mais tout notaire chargé d'instrumenter pour le compte d'un client qui effectue l'acquisition de son logement en France par l'intermédiaire d'une société ayant son siège à l'étranger a une obligation de vigilance qui peut aller jusqu'à une obligation de déclaration de soupçon au procureur de la République par l'intermédiaire de la cellule Tracfin (165).

(162) CA Paris, 3e ch. A, 13 déc. 1983, *Sté Pierre Baron Investissements et a.* : *JCP* N 1er févr. 1985, no 5, 100152.

(163) C. com., art. L. 241-3.

(164) Récemment le scandale de *Panama Papers* a révélé que Mme Leticia Montaya était à la tête de plus de 11 000 sociétés en sa qualité de salariée du cabinet d'avocat Mossak Fonseca. Celle-ci faisant écran aux porteurs de parts de ces sociétés.
De même, le parquet national financier a requis le renvoi de M. Rifaat al-Assad, oncle du dictateur syrien Bachar al-Assad, devant le tribunal correctionnel pour y répondre de blanchiment de détournement de fonds publics et de fraude fiscale aggravée. Les journaux *Libération* du 2 avr. 2019 et *Le Parisien* du 20 avr. 2019 nous apprennent que les acquisitions étaient effectuées par des sociétés domiciliées au Luxembourg, Curaçao, Liechtenstein et Antilles néerlandaises.
Citons également les époux Balkany pour lesquels les juges d'instruction ont utilisé vingt et une commissions rogatoires internationales (quatre en Suisse, trois au Liechtenstein, une à Saint-Martin, une en République dominicaine, quatre au Maroc, trois en Égypte, trois à Singapour, deux au Liban) pour démonter les structures mises en place par l'avocat du couple (*Les Échos* 13 mai 2019).

(165) C. monét. fin., art. L. 561-1 et L. 561-2.

Le 115e Congrès des notaires de France (166), spécialement sa quatrième commission, s'est penché sur cette question au regard des vérifications à opérer par le notaire chargé de recevoir une acquisition ou une vente d'un bien immobilier détenu par une société de droit étranger et nous renvoyons à ces travaux sur ce point (167).

Néanmoins, nous rappelons le conseil de nos confrères « d'obtenir un *affidavit* d'un juriste étranger confirmant l'existence de la société, que celle-ci a la personnalité juridique, qu'elle n'est pas soumise à une procédure de redressement ou liquidation judiciaire, qu'elle a le droit de vendre ou acquérir un bien immobilier, que la décision d'acquérir ou de vendre a été valablement prise, et que le représentant de la société a le pouvoir de la représenter et de l'engager vis-à-vis des tiers ».

Sous-section II L'absence d'intérêt de la fiducie

3093 **Le contrat de fiducie**, qui figure aux articles 2021 à 2030 du Code civil depuis la loi du 19 février 2007 (168), et spécialement la fiducie-gestion, est un moyen intéressant pour protéger son patrimoine personnel de ses créanciers (169).

En effet, cette institution permet de transférer la propriété du logement au fiduciaire tout en conservant l'usage et la jouissance de ce bien. Mais le coût de cet acte, constitué par la publication du transfert de propriété au service de la publicité foncière et par les honoraires du fiduciaire, ne peut rivaliser avec une simple déclaration d'insaisissabilité.

Par ailleurs, la fiducie ne fait pas obstacle à l'appréhension du logement par le liquidateur si le constituant fait l'objet d'une procédure collective. Le droit des procédures collectives permet au liquidateur d'agir :

- soit au titre de la période suspecte en application de l'article L. 632-1, 9° du Code de commerce ;
- soit au titre de la résiliation de plein droit de la fiducie, si le constituant est le seul bénéficiaire de celle-ci, en application de l'article L. 641-12-1 du Code de commerce (170).

Enfin, nous rappellerons que le contrat de fiducie doit être publié au Fichier national des fiducies (171), déclaré au service des impôts du siège du fiduciaire (Direction des impôts des non-résidents s'il est domicilié à l'étranger) et que cette entité est assujettie à la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles qu'elle possède (172).

CHAPITRE II – La protection à l'égard de l'activité professionnelle

3094 Protéger son logement contre ses créanciers professionnels peut également passer par la mise en place d'une entité pour limiter à son patrimoine professionnel les dettes nées de cette activité (**Section I**). Cette protection n'est toutefois pas sans limites (**Section II**).

(166) Bruxelles, 2 au 5 juin 2019, *L'international*.
(167) 4e commission, *Contracter : Acquérir et financer dans un contexte international*, par A. Desnuelle et C. Sainte-Cluque-Godest, spéc. nos 4178 et s.
(168) L. no 2007-211, 19 févr. 2007.
(169) V. sur ce point 110e Congrès des notaires de France, Marseille, 2014, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 2e commission, no 2266, par O. Gazeau, S. Blin et C. Sardot.
(170) Ord. no 2008-1345, 18 déc. 2008.
(171) C. civ., art. 2020.
(172) CGI, art. 990 D.

Section I Isoler l'activité professionnelle du patrimoine personnel

3095 Traditionnellement la mise en société de l'activité professionnelle est utilisée pour cloisonner celle-ci du reste du patrimoine de l'entrepreneur. Plus récemment le législateur a permis à ce dernier de créer sa propre structure pour limiter sa responsabilité.

Sous-section I La mise en place d'une entité

3096 **– Avant la loi du 11 juillet 1985** (173)**. –** Il était indispensable de trouver un ou plusieurs associés pour constituer une société permettant d'isoler son activité professionnelle. À l'époque, le commerçant avait essentiellement le choix entre la société à responsabilité limitée (SARL) et la société anonyme (SA) pour ne pas engager l'ensemble de son patrimoine dans son activité. Le grand avantage de ces structures sociales est de limiter l'engagement des associés au titre des pertes sociales à concurrence de leur mise. Le créancier de la société n'a donc pas de recours sur les autres éléments du patrimoine, notamment sur le logement de l'associé.

Par la suite, d'autres types de sociétés sont venus limiter la responsabilité des associés dans le domaine des professions libérales, en permettant à ces professionnels d'exercer leur activité dans des sociétés commerciales spécifiques : les sociétés d'exercice libéral (174). Ainsi a-t-on vu apparaître les dénominations de Selafa (société d'exercice libéral à forme anonyme), Selarl (société d'exercice libéral à responsabilité limitée), Selca (société d'exercice libéral en commandite) et Selas (société d'exercice libéral par actions simplifiée).

3097 **– L'entrepreneur individuel a également bénéficié de l'attention du législateur. –** Avant la loi du 11 juillet 1985 précitée, il n'était pas rare que des prête-noms complaisants soient utilisés dans le seul but de créer une société (175), permettant ainsi au commerçant de limiter sa responsabilité. Depuis cette loi, le commerçant individuel ou l'agriculteur peut créer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL) sans risquer la nullité de la société pour fictivité si les associés ne sont que des potiches.

La loi du 31 décembre 1990 précitée (176) a également autorisé les professionnels libéraux à limiter leur responsabilité sociale (et non professionnelle, V. Nota ci-après) en constituant une société d'exercice libéral unipersonnelle sous forme d'une société à responsabilité limitée dénommée Selarlu ou Seleurl, ou d'une société par actions simplifiée dénommée Selasu ou Sasu.

Grâce à ces structures, l'ensemble des professions – y compris les professions médicales (177) – peuvent bénéficier de la protection reconnue depuis longtemps aux commerçants.

(173) L. n° 85-697, 11 juill. 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.
(174) L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, relative aux sociétés d'exercice libéral.
(175) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32e éd. 2019, n° 1400.
(176) L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, relative aux sociétés d'exercice libéral.
(177) Médecins, infirmiers et même pharmaciens d'officine alors qu'il s'agit de commerçants, F. Vialla, *Recul de la commercialité ou avènement de la professionnalité ? À propos du décret du 28 août 1992 relatif à l'exercice de la pharmacie d'officine sous la forme de SEL* : *JCP* N 1993, I, p. 221.

Nota

La responsabilité sociale limitée de l'associé d'une société d'exercice libéral ne s'étend pas à sa responsabilité professionnelle. Les associés répondent des dettes sociales à hauteur de leur apport, mais restent indéfiniment responsables sur leurs biens propres des actes professionnels qu'ils accomplissent personnellement (178).

La création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée par la loi du 15 juin 2010 (179) est venue parachever l'édifice en permettant à l'ensemble des professionnels individuels (y compris les auto-entrepreneurs) d'affecter un patrimoine désigné au droit de gage des créanciers professionnels.

Nous ne reviendrons pas sur ce dispositif qui a déjà été étudié par un précédent congrès (180), mais nous préciserons que compte tenu du peu de succès rencontré par ce dispositif, le législateur, par la loi « Pacte » (181), a décidé d'alléger les formalités au point que : l'entrepreneur pourra recourir à ce dispositif à tout moment (C. com., art. L. 526-5-1), même en l'absence de biens affectés à son activité professionnelle (C. com., art. L. 526-8) ; il ne sera plus obligé de recourir à un expert pour les biens d'une valeur supérieure à 30 000 € qu'il souhaite affecter à ce patrimoine (même texte) ; et il pourra retirer un bien du patrimoine affecté (C. com., art. L. 526-6). S'agissant de l'affectation ou du retrait d'un bien immobilier, l'acte notarié publié au service de la publicité foncière compétent reste indispensable (C. com., art. L. 526-9).

Sous-section II Les limites de cette protection

3098 Outre la responsabilité professionnelle, la responsabilité sociale des associés peut ne pas être limitée aux apports si la responsabilité du dirigeant de la société est recherchée à la suite d'une liquidation judiciaire. Il s'agit de l'action en comblement de passif prévue à l'article L. 651-2 du Code de commerce (**§ I**) et des mesures conservatoires sur les biens des dirigeants prévues à l'article L. 651-4 du même code (**§ II**).

§ I L'action en comblement de passif

3099 **Initialement créée par une loi du 16 novembre 1940** (182) dans un souci de sévérité à l'égard des dirigeants de société anonyme, étendue aux gérants de SARL ainsi qu'aux associés ayant effectivement participé à la gestion par le décret du 9 août 1953 (183), l'action en comblement de passif a été généralisée, par la loi du 13 juillet 1967 (184), à tous les dirigeants de personnes morales ayant un objet économique ou poursuivant en droit ou

(178) L. 31 déc. 1990, art. 16 : « Chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui ».
(179) L. n° 2010-658, 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.
(180) 110e Congrès des notaires de France, Marseille, 2014, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 2e commission, nos 2370 et s., par O. Gazeau, S. Blin et C. Sardot. V. égal., *L'entrepreneur individuel et son notaire, dossier entreprise* : *Defrénois* 30 mai 2016, n° 10.
(181) L. n° 2019-486, 22 mai 2019 : *Defrénois* 23 mai 2019, n° 21, p. 7 et s.
(182) Sur l'administration et la direction des sociétés anonymes.
(183) D. n° 53-706, 9 août 1953.
(184) L. n° 67-563, 13 juill. 1967.

en fait un but lucratif. Enfin, elle a été étendue au dirigeant de l'EIRL par l'ordonnance du 9 décembre 2010 (185).

L'action en comblement de passif figure, depuis la loi du 26 juillet 2005 (186), à l'article L. 651-2 du Code de commerce, lequel prévoit que : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion ».

La notion de faute de gestion a fait l'objet de nombreux débats et le Sénat, lors de la discussion de la loi de 1985, avait vainement proposé de ne retenir qu'une faute grave de gestion pour justifier une condamnation à combler l'insuffisance d'actif. Compte tenu de l'absence de définition légale, il faut s'en tenir à des illustrations jurisprudentielles où l'on peut relever, sans que cette liste soit limitative : le retard dans la déclaration de cessation des paiements, les irrégularités comptables, la sous-capitalisation de la société, le non-respect des obligations spécifiques à la profession, voire l'incompétence manifeste (187).

Les craintes des sénateurs étaient fondées puisque la jurisprudence avait tendance à relever des fautes de gestion au seul regard de la comptabilité de l'entreprise et que l'absence de lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif était difficile à démontrer pour le dirigeant poursuivi. Aussi la loi du 9 décembre 2016 (188) a-t-elle complété le premier alinéa de l'article L. 651-2 du Code de commerce, en ajoutant : « Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée ».

Cette action pour insuffisance d'actif n'est pas réservée au liquidateur, puisque le ministère public et également la majorité des créanciers nommés contrôleurs peuvent saisir le tribunal qui a prononcé la liquidation judiciaire pour l'intenter contre les dirigeants (189).

L'article L. 651-2 du Code de commerce prévoit que l'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, mais l'ancienneté des faits reprochés importe peu pour l'appréciation du délai de prescription (190) de même que le retrait du dirigeant n'a pas d'incidence sur la prescription. Ce dernier peut être condamné alors qu'il est retiré de la société depuis plus de trois ans (191).

Le risque pour un dirigeant d'une entreprise à responsabilité limitée de voir son patrimoine personnel et notamment son logement saisi par ses créanciers professionnels n'est donc pas illusoire ; d'autant qu'il est rare que le liquidateur qui initialise une telle action devant le tribunal puisse se voir reprocher un abus de droit. En effet, la défense de l'intérêt collectif des créanciers fait partie de sa mission et les tribunaux ont tendance à considérer que la mise en œuvre de cette action ne peut être regardée comme abusive (ce qui n'est pas forcément le cas de la part des créanciers nommés contrôleurs).

(185) Ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010.
(186) L. n° 2005-845, 26 juill. 2005.
(187) V. *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-52, *Sauvegarde, redressement et liquidations judiciaires des entreprises*, spéc. n^{os} 35 et s., par A. Martin-Serf. V. égal. *JCl. Commercial*, Fasc. 2905, *Redressement et liquidation judiciaires*, n^{os} 54 et s., par C. Hannoun, act. par M. Thiberge.
(188) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 146.
(189) C. com., art. L. 651-3.
(190) CA Paris, 3^{e} ch. B, 15 nov. 2007 : *Rev. proc. coll.* 2008, p. 71, note A. Martin-Serf.
(191) CA Caen, 14 févr. 2008, n° 06/01882 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 611, note D. Voinot.

§ II Les mesures conservatoires sur les biens des dirigeants sociaux (C. com., art. L. 651-4)

3100 **Pour éviter que les dirigeants n'organisent leur insolvabilité** lorsqu'ils voient se profiler une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, l'article L. 651-4, alinéa 2 du Code de commerce prévoit la possibilité pour le président du tribunal d'ordonner toute mesure conservatoire utile sur les biens des dirigeants ou de leurs représentants permanents.

Cette mesure peut être décidée d'office par le président du tribunal ou à la suite d'une demande présentée sous forme de requête par le liquidateur, le ministère public, « ou encore sans doute par la majorité des contrôleurs en cas de carence du liquidateur. L'article L. 651-4 du Code de commerce renvoie en effet aux personnes mentionnées à l'article L. 651-3 énonçant celles ayant qualité pour agir en responsabilité pour insuffisance d'actif » (192).

Le président peut ordonner un inventaire du patrimoine du dirigeant, l'apposition de scellés pour éviter un déménagement, un séquestre ou une consignation s'il estime que la créance est fondée en son principe et que les circonstances sont susceptibles d'en menacer le recouvrement (193).

Le tribunal peut également autoriser une saisie conservatoire sur les biens du dirigeant ainsi que l'a décidé la cour d'appel d'Orléans le 26 juillet 2012 (194). La Cour de cassation avait précédemment rappelé, dans un arrêt publié au bulletin, qu'une ordonnance fixant une saisie conservatoire n'est pas contraire aux dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (195).

Compte tenu de ces textes et de cette jurisprudence, un dirigeant peut avoir intérêt à souscrire une déclaration d'insaisissabilité notariée, ainsi que nous allons maintenant l'étudier.

Section II Isoler les biens immobiliers du patrimoine professionnel : la déclaration d'insaisissabilité notariée

3101 L'alinéa 2 de l'article L. 526-1 du Code de commerce précise que la personne physique répondant à la notion d'entrepreneur individuel peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier qu'il n'a pas affecté à son usage professionnel (**Sous-section I**), à condition d'effectuer une déclaration soumise à publicité (**Sous-section II**).

Sous-section I Les biens concernés par la déclaration d'insaisissabilité notariée

3102 Les biens concernés devront être des biens immobiliers (**§ I**) non affectés à l'usage professionnel (**§ II**).

(192) *JCl. Sociétés Traité*, Fasc 41-52, *Sauvegarde, redressement et liquidations judiciaires des entreprises*, spéc. nº 113, par A. Martin-Serf.
(193) Cass. com., 31 mai 2011, nº 10-18.472.
(194) CA Orléans, ch. com., 26 juill. 2012, nº 11/02845 : *JurisData* nº 2012-017274, cité par C. Delattre ; *Rev. proc. coll.* mars 2013, nº 2, étude 10.
(195) Cass. com., 31 mai 2011, nº 10-18.472 en réponse à un pourvoi invoquant que toute personne a droit au respect de ses biens.

§ I Les biens immobiliers

3103 – Le texte vise expressément « tout bien foncier, bâti ou non bâti ». – On songe à une résidence secondaire, une propriété forestière ou agricole, éventuellement le terrain sur lequel se trouve le *mobil-home* servant à la résidence principale (ce dernier ne bénéficiant pas de la protection de l'alinéa 1 de l'article L. 526-1 du Code de commerce). Ce texte s'appliquera également aux lots de copropriété ou aux lots de volume.

Il ne s'appliquera pas aux parts de société que l'entrepreneur individuel peut posséder, parts de la société civile propriétaire de la résidence principale, mais également aux parts de société qu'il peut posséder même en dehors de son activité professionnelle.

Dans l'hypothèse où le bien est détenu par l'intermédiaire d'une société d'attribution, il semble envisageable de requérir l'intervention du représentant de la société pour enregistrer la déclaration d'insaisissabilité. Il devrait en être de même lorsque le bien fait l'objet d'une location-accession ; le propriétaire n'a pas de raison de refuser son concours à un tel acte.

La déclaration d'insaisissabilité effectuée sur un bien indivis, régulièrement publiée avant le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire de l'un des époux, empêche le liquidateur de demander le partage du bien indivis (196).

§ II Les biens affectés à un usage non professionnel

3104 – Seuls pourront faire l'objet de cette déclaration d'insaisissabilité les biens à usage non professionnel. – Les biens utilisés par l'entrepreneur pour son activité étant exclus de la protection, il pourra s'avérer délicat de déterminer l'étendue de ces locaux, spécialement lorsqu'il s'agit d'un auto-entrepreneur n'employant aucun salarié, n'entreposant pas de marchandises et ne recevant pas de public.

Contrairement au premier alinéa de l'article L. 526-1 du Code de commerce, le second alinéa prévoit que lorsque le bien n'est pas affecté en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à cet usage ne peut faire l'objet d'une déclaration qu'à la condition d'être désignée dans un état descriptif de division.

La délimitation résultera de ce seul état descriptif qui pourra uniquement comprendre deux lots : le premier délimitera la partie à usage professionnel, le second le surplus de l'immeuble. Il n'est pas prévu l'indication de la quote-part des parties communes, l'article 71-2 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 ne l'exigeant que si elle est déterminée.

Reste que cette obligation minimale d'un état descriptif de division peut dissuader le créancier de saisir la partie professionnelle de l'immeuble. En effet, il paraît difficile de se porter adjudicataire d'une partie d'immeuble sur laquelle n'existe ni règlement de copropriété, ni quote-part de parties communes, et encore moins de charges déterminées.

Sous-section II Les conditions de forme de la déclaration d'insaisissabilité notariée

3105 – Les conditions de fond. – Personne physique et activité professionnelle étant similaires à celles prévues au titre de l'insaisissabilité légale de la résidence principale, nous renvoyons aux développements ci-dessus. Quant aux conditions de forme, elles sont de deux ordres : un acte notarié (**§ I**) et la publicité de cette déclaration (**§ II**).

(196) Cass. com., 14 mars 2018, n° 12, act. 325, veille par Ch. Lebel.

§ 1 Un acte notarié

L'article L. 526-2 du Code de commerce énonce que la déclaration est reçue par notaire et contient la description détaillée des biens. **3106**

La forme notariée est exigée *ad validitatem*. Il s'agit d'une nullité absolue et non d'une simple inopposabilité à l'égard des créanciers.

La déclaration peut faire l'objet d'un acte principal dont le seul objet sera de soumettre un bien immobilier à l'insaisissabilité, mais rien n'interdit de prévoir cette déclaration dans un acte d'acquisition, dans un acte de donation (ce qui peut être une condition de celle-ci), voire dans une attestation immobilière après décès prévue par l'article 29 du décret du 4 janvier 1955 (197).

L'acte devra contenir des précisions sur le caractère propre du bien, commun ou indivis. Cette indication n'a pas d'incidence sur la validité de la déclaration, celle-ci constituant un acte conservatoire et non un acte de disposition soumis au double consentement de l'article 1422 du Code civil. On ajoutera que si le bien est commun, l'entrepreneur possède les pouvoirs d'administration prévus à l'article 1421 du même code, et si le bien est indivis la déclaration portera uniquement sur la partie appartenant au déclarant.

– La description détaillée de l'immeuble. – Elle est exigée par le législateur sans que l'on comprenne cette notion de « détaillée » qui semble renvoyer à l'ancienne déclaration qui était exigée pour rendre l'habitation principale insaisissable avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015. Une description conforme aux règles de la publicité foncière sera donc suffisante (198). **3107**

Deux hypothèses peuvent également se présenter, qui appellent les précisions suivantes :

- la première sera celle d'une propriété dont une partie répond à la notion d'habitation principale et dont le surplus n'est pas utilisé pour l'activité professionnelle. Il suffira de déterminer le bien conformément aux règles de la publicité foncière, d'indiquer que la partie non affectée à l'habitation principale sera placée sous la protection de l'insaisissabilité déclarée et le surplus sous le régime de l'insaisissabilité légale, le tout sans avoir à établir un état descriptif pour détailler la partie concernée par la déclaration notariée ;
- la seconde hypothèse sera celle où le bien ne répond pas à la notion de résidence principale et dont une partie est affectée à un usage professionnel. Dans cette hypothèse, le notaire devra établir un état descriptif tel qu'il était prévu à l'ancien article L. 526-1, alinéa 2 du Code de commerce (199). Cet état descriptif comportera au minimum deux lots numérotés : celui affecté à l'activité professionnelle, et le surplus qui fera l'objet de la déclaration d'insaisissabilité. Il n'est pas nécessaire de prévoir une quote-part de parties communes ni même d'établir un règlement de copropriété, les règles de la publicité foncière ne les rendant pas obligatoires (200).

Enfin, on rappellera que dans cette dernière hypothèse, le créancier qui voudra saisir la partie professionnelle aura des difficultés à trouver un adjudicataire compte tenu du caractère inorganisé de la copropriété dans laquelle sera comprise la partie saisissable de l'immeuble.

(197) D. n° 55-22, 4 janv. 1955.
(198) D. n° 55-22, art. 7, préc. *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Déclaration d'insaisissabilité*, n° 77, par M. Dagot et C. Lebel.
(199) Avant la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.
(200) D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 71-1, dernier al.

§ II La publicité de la déclaration

3108 La publicité comprend celle du fichier immobilier (service de publicité foncière ou livre foncier) **et** la mention au registre de publicité légale à caractère professionnel auquel l'entrepreneur est immatriculé. À défaut d'immatriculation dans un tel registre, la publication a lieu dans un journal d'annonces légales du département dans lequel est exercée l'activité professionnelle du déclarant (201). On retrouve ici les règles prévues pour la renonciation à l'insaisissabilité légale étudiées ci-dessus, auxquelles nous renvoyons.

3109

L'importance de la publicité

L'attention des notaires sera particulièrement attirée sur cette publicité qui doit être complète et non limitée au seul fichier immobilier. La Cour de cassation a en effet modifié sa jurisprudence sur l'étendue des pouvoirs du liquidateur. Dans un premier temps, elle avait décidé que le débiteur pouvait opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il avait effectuée avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire (202), et avait même affirmé que le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et que par conséquent, il n'a pas qualité pour agir dans l'intérêt des seuls créanciers à qui la déclaration d'insaisissabilité est opposable (203). Depuis 2016, la cour réaffirme que la déclaration d'insaisissabilité n'est opposable à la liquidation judiciaire que si elle a fait l'objet d'une publicité régulière (204), ce qui signifie que le liquidateur n'hésitera pas à contester l'efficacité d'une déclaration d'insaisissabilité si la publication a été incomplète.

TITRE II

Protéger le logement du locataire

SOUS-TITRE I

Un régime primaire commun aux baux d'habitation

3110 Le droit des baux d'habitation n'est pas unique, tant les baux, régimes et statuts sont pluraux, malgré la récente volonté de rapprochement. Initialement, il figurait dans le Code civil (205), mais ce temps a vécu. Nous épargnerons au lecteur la litanie des lois qui se sont

(201) V. : M. Cazajus, *Point pratique sur la double publicité de la déclaration d'insaisissabilité* : *Defrénois* 28 mars 2019, p. 21.
(202) Cass. com., 28 juin 2011 : *JCP* N 9 sept. 2011, n° 1238, note C. Lebel.
(203) Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-15.438.
(204) Cass. com., 15 nov. 2016, n° 14-26.287 et Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-19.425 (défaut de publication au registre du commerce et des sociétés) ; *JCP* N 1er déc. 2017, 1330, note C. Lisanti.
(205) C. civ., art. 1709 et s.

succédé, les dates clés étant 1948 (206), 1982 (207), 1986 (208) et 1989 (209), puis 2014 et 2018 avec les lois dites « Alur » et « Elan », le législateur s'étant pris de passion pour les acronymes.

De cet enchaînement législatif à temporalité variable (210) nous retiendrons que la loi du 6 juillet 1989, forte de sa trentaine, a survécu et que les textes postérieurs ont choisi de la modifier et compléter. Il en résulte que les dispositions communes aux baux, ce « régime primaire », y figurent alors même qu'elle ne vise à régir que les locations de locaux qui constituent la résidence principale du preneur (211) :

- Titre 1er : locaux nus à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation ;
- Titre 1er *bis* : logements meublés résidence principale ;
- Titre 1er *ter* : logements meublés loués dans le cadre d'un bail mobilité.

Le champ d'application de la loi de 1989 est détaillé ci-dessous, à la section III du chapitre I. Le chapitre II présentera les traits saillants de ce régime primaire.

3111 Un autre trait majeur du droit des baux d'habitation est, exception faite des baux et statuts particuliers, qu'il est unique, outre le régime primaire présenté au chapitre II. En effet, un même statut (212) s'applique à une relation contractuelle, et ce qu'elles qu'en soient les particularités :

- bailleur : institutionnel, SCI familiale, particulier ;
- preneur : revenus, situation familiale ;
- bien : surface, localisation (sauf les adaptions liées à une localisation en zone tendue) (213) ;
- loyer : montant du loyer.

Cette unicité est encore renforcée par le rapprochement par la loi Alur des baux de locaux meublés des locaux nus à usage de résidence principale, au sein de la loi de 1989.

Cette unicité rend encore plus marquant le renforcement des intérêts du locataire par rapport à ceux du propriétaire.

3112 Le droit des baux d'habitation se distingue ainsi de celui de la copropriété, qui a choisi de créer des régimes différenciés. Ainsi l'ordonnance du 30 octobre 2019 (214) assouplit-elle le champ d'application de la loi du 10 juillet 1965 et le régime de la copropriété selon les caractéristiques de certains immeubles : les immeubles qui ne sont pas à usage d'habitation peuvent sortir de ce dispositif impératif, tandis que les petites copropriétés ou encore les copropriétés n'ayant que deux copropriétaires échappent à certaines rigidités du dispositif de droit commun.

(206) L. nº 48-1360, 1er sept. 1948, portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement : *JO* 2 sept. 1948, p. 8659.
(207) L. nº 82-526, 22 juin 1982, relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, première réglementation statutaire du louage d'habitation.
(208) L. nº 86-1290, 23 déc. 1986, tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, d'inspiration plus libérale ayant abrogé celle de 1982.
(209) L. nº 89-462, 6 juill. 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986.
(210) Vingt-cinq années de stabilité juridique se sont écoulées entre 1989 et 2014.
(211) V. Chapitre 1, Section 2.
(212) *I.e.* L. 1989.
(213) Encadrement des loyers et congé par le locataire.
(214) Ord. nº 2019-1101, 30 oct. 2019, portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis : *JO* nº 0254, 31 oct. 2019.

CHAPITRE I La loi du 6 juillet 1989, siège des règles de base des baux d'habitation

Section I Où est passé le droit commun des baux d'habitation ?

3113 – Droit commun devenu d'exception. – Comme le souligne pertinemment un auteur (215), la détermination du champ d'application du droit commun est par essence inconcevable, en tant qu'il a une vocation résiduelle. Toutefois, la multiplication des législations spécifiques depuis la loi de 1948 a remis en cause la notion de droit commun. Le droit commun du Code civil est devenu d'application exceptionnelle, à défaut de dispositions spéciales. De telle sorte que le « droit commun » des baux d'habitation est désormais celui de la loi du 6 juillet 1989 (216).

3114 – Un « déménagement » imparfait. – Le droit commun des baux d'habitation a quitté le Code civil :

- l'article 1er de la loi de 1989 énonce que le droit au logement est un droit fondamental, sans évidemment que l'on puisse considérer que ce principe est restreint aux seuls baux régis par elle-même ;
- la loi de 1989 est devenue le siège du régime primaire, même si elle n'a vocation à régir que certains baux : la majorité en nombre de logements, mais la minorité en typologie des baux ;
- la loi de 1989 a intégré les locations meublées à titre de résidence principale (217) ; avant la loi Alur, elles étaient soumises aux dispositions des articles L. 632-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, issus de la loi du 29 juillet 1998 (218) ;
- le bail mobilité, création de la loi Elan, est régi par un titre *ter* de la loi de 1989, aux articles 25-12 à 25-18 (219) ;
- alors que tant pour le bail meublé que pour le bail mobilité, l'extension du champ d'application des dispositions de la loi de 1989 par l'introduction de titres particuliers est partielle, toutes les dispositions ne leur étant pas applicables, et de manière différenciée pour les deux ;
- les règles de droit commun issues du Code civil ont été progressivement écartées (220) mais restent applicables à de nombreux baux, à titre exclusif (221) ou complémentaire (222).

Et ce alors même que de nombreux rapports locatifs demeurent exclus de ces dispositions (223). Par ailleurs, il est des situations d'occupation de logement hors du cadre d'un

(215) B. Vial-Pedroletti : *JCl. Bail à loyer*, Fasc. 210, no 1.
(216) J. Lafond, *Les baux d'habitation*, Litec, 7e éd. 2007, préf.
(217) Titre 1er *bis*. Art. 25-3 : Les articles 1er, 3, 3-2, 3-3, 4, à l'exception du I, 5, 6, 7, 7-1, 8, 8-1, 18, 20-1, 21, 22, 22-1, 22-2, 24 et 24-1 sont applicables aux logements meublés.
(218) L. no 2009-323, 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion : *JO* no 0073, 27 mars 2009, p. 5408.
(219) Titre 1er *ter*. Art. 25-12 : Les articles 1er, 3-2, 3-3, 4, 5, 6, 7, 7-1 et 8, les I à IV de l'article 8-1 et les articles 18, 21, 22-1, 22-2, 25-4 et 25-5 sont applicables au bail mobilité.
(220) Également avec l'instauration d'autres réglementations spécifiques en matière de baux (commerciaux, ruraux...).
(221) Par ex. : bail (meublé ou non) de résidences secondaires, location saisonnière, logement de fonction, sous-location, bail consenti à un locataire personne morale.
(222) Par ex. : bail professionnel, sous réserve des dispositions de l'article 57A de la loi no 86-1290 du 23 décembre 1986.
(223) V., Section 3, Champ d'application.

contrat de louage, comme les logements-foyers ou les logements de fonction, pour lesquels l'occupant doit être protégé au même titre.

Cette localisation rend la lecture et l'appréhension du droit des baux d'habitation encore plus difficile, imposant une gymnastique d'esprit guidée au fil des articles (de la loi de 1989, mais aussi du Code de la construction et de l'habitation) par des renvois, restrictions et exceptions. Nous avons choisi de présenter un grand nombre de développements du présent titre sous forme comparative et synoptique pour aider les praticiens que nous sommes à mieux appréhender cette matière dense. **3115**

Il nous paraîtrait opportun de revoir l'architecture de cette discipline, en distinguant : un droit général des baux, mettant en exergue le régime primaire des baux d'habitation et son champ d'application, et un droit spécial de la location spéciale d'habitation, distinguant les statuts particuliers, comme les logements conventionnés ou locatifs sociaux.

Section II La notion de résidence principale

La loi du 6 juillet 1989 prévoit en son article 2 que les dispositions du titre 1er sont d'ordre public et s'appliquent aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, **et qui constituent la résidence principale du preneur**, ainsi qu'aux garages, aires et places de stationnement, jardins et autres locaux, loués accessoirement au local principal par le même bailleur. **3116**

Les termes en gras ont été ajoutés par la loi Alur et ont remplacé l'emploi de la terminologie de « habitation principale ». La loi Alur a également donné une définition extensive de la résidence principale, laquelle est entendue comme le logement :

- occupé **au moins huit mois par an** (224) ;
- sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure ;
- occupé soit par le preneur ou son conjoint (225), soit par une personne à charge au sens du Code de la construction et de l'habitation (226).

La résidence principale ne peut être qu'unique, le domicile étant le lieu de son principal établissement (227).

Nous considérons que le statut locatif de la loi de 1989 ne peut bénéficier aux personnes à charge que si le locataire occupe les lieux loués au moins huit mois par an, à raison du caractère **3117**

(224) Ce délai de huit mois est identique à celui retenu par la loi de 1948 (art. 10-2) pour déterminer l'insuffisance d'occupation du local, en vue de la déchéance du droit au maintien dans les lieux. Ainsi qu'à celui retenu par l'article R. 353-37 du Code de la construction et de l'habitation : « Les logements conventionnés sont loués nus à des personnes physiques, à titre de résidence principale, et occupés au moins huit mois par an ».

(225) C. civ., art. 1751.

(226) CCH, art. R. 351-8 : Sous réserve qu'ils vivent habituellement au foyer, il s'agit de : 1. Les enfants ouvrant droit aux prestations familiales et ceux qui, bien que n'ouvrant pas droit à ces prestations, doivent être considérés comme étant à charge au sens des articles L. 525 et L. 527 à L. 529 du Code de la sécurité sociale ; 2. *a)* Les ascendants du bénéficiaire ou de son conjoint qui sont âgés d'au moins soixante-cinq ans ou de soixante ans en cas d'inaptitude au travail et dont les ressources ne sont pas passibles de l'impôt sur le revenu ; *b)* Les ascendants, descendants ou collatéraux au deuxième ou au troisième degré du bénéficiaire ou de son conjoint qui sont atteints d'une infirmité entraînant une incapacité permanente au moins égale à un pourcentage fixé par décret ou qui sont, compte tenu de leur handicap, dans l'impossibilité reconnue par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, prévue par l'article L. 323-11 du Code du travail, de se procurer un emploi et dont les ressources ne sont pas passibles de l'impôt sur le revenu.

(227) C. civ., art. 102.

intuitu personae du bail (228). Par ailleurs, une solution inverse serait incohérente avec les règles de transmission du bail en cas de décès ou d'abandon des lieux loués (229) et de transmission du droit au maintien dans les lieux au profit des enfants prévu par la loi de 1948 (230).

3118 **– Résidence principale et bail mobilité. –** Une application stricte de la définition devrait conduire à nier le statut locatif au bail mobilité d'une durée inférieure à huit mois. Toutefois, ce bail, réglementé par un titre ter, n'a aucune vocation touristique ; il vise à régir des situations d'occupation certes temporaire, mais d'habitation (231).

Section III Le champ d'application de la loi du 6 juillet 1989

3119 **Le champ d'application de la loi de 1989 est plus différent de celui du régime primaire, de ces règles impératives communes que nous avons choisi de présenter au chapitre II.**

3120 Il nous est apparu nécessaire de définir le champ d'application de la loi du 6 juillet 1989 (232). Nous avons retenu une présentation synthétique sous forme de tableau (V. *infra*, n° 3121). À titre liminaire, il convient de retenir qu'il ressort des dispositions de l'article 2 de la loi que les critères principaux sont les suivants :

- locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation (233) ;
- résidence principale du preneur ; la résidence principale est entendue comme le logement occupé au moins huit mois par an, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure, soit par le preneur ou son conjoint, soit par une personne à charge (234) ;
- extension aux garages, aires (235) et places de stationnement, jardins et autres locaux, loués accessoirement au local principal par le même bailleur.

Nous avons conservé la distinction entre locaux vides et locaux meublés (236), même si la loi Alur en a étendu le champ d'application (237) en vue de renforcer la protection des locataires en meublé. En effet, il demeure des exceptions, notamment le droit de préemption (238).

(228) V. Canu : *Rev. loyers* avr. 2014, p. 164.
(229) L. 1989, art. 14.
(230) L. 1948, art. 5.
(231) S. Fraîche-Dupeyrat, *Principales dispositions du droit immobilier résidentiel : Opérations immobilières* juin 2018, n° 106, 35573343.
(232) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.
(233) CA Paris, 3 juin 1950 : *JCP* G 1950, II, n° 5350. – CA Colmar, 4 juin 2012, n^{os} 12/0485 et 11/03561 : assimilation à un local à usage d'habitation d'une péniche amarrée depuis plusieurs années au même endroit, louée et aménagée.
(234) Au sens de CCH, art. R. 351-8.
(235) Ajout de la loi Alur.
(236) Définition par la loi Alur, art. 25-4 : « Un logement meublé est un logement décent équipé d'un mobilier en nombre et en qualité suffisants pour permettre au locataire d'y dormir, manger et vivre convenablement au regard des exigences de la vie courante ». Définition reprenant les solutions jurisprudentielles. V. D. n° 2015-981, 31 juill. 2015 pour la liste du mobilier minimum pour que le bail puisse être qualifié de meublé.
(237) Avant la loi Alur, il était appliqué le droit commun et les dispositions des art.s L. 632-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation (issues de L. n° 98-657, 29 juill. 1998, mod. par L. n° 2005-32, 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale [extension à tous les cas où le logement loué constitue la résidence principale du locataire], L. n° 2005-841, 26 juill. 2005 [création d'un régime spécial pour les locations en meublés consentis à des étudiants], L. n° 2009-323, 25 mars 2009 (affirmation du caractère d'ordre public du dispositif]).
(238) L. 6 juill. 1989, titre 1er *bis* intitulé : « Des rapports entre bailleurs et locataires dans les logements meublés résidence principale » (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 25-3 à 25-11 nouveau) qui se substitue aux dispositions relatives aux locations en meublés (CCH, art. L. 632-1 et s.). Seuls les articles 1er, 3, 3-2, 3-3, 4, à l'exception du I, 5, 6, 7, 7-1, 8, 8-1, 18, 20-1, 21, 22, 22-1, 22-2, 24 et 24-1 de la loi de 1989 sont applicables.

Par ailleurs, il existe plusieurs types de locaux meublés dont certains ne s'apparentent pas à un contrat de louage, mais à un contrat *sui generis* (239) ou à un contrat de prestations hôtelières (240) :

- résidence principale, secondaire ou de tourisme ;
- locataires occupant les locaux à titre principal, mais dont la mobilité professionnelle les conduit à choisir un logement aménagé ;
- résidences pour étudiants ;
- logements-foyers d'hébergement de personnes âgées ou de familles éprouvant des difficultés particulières pour accéder à un logement classique ;
- tourisme : chambres d'hôtes, gîtes de France, meublés de tourisme.

3121

	Locaux vides	**Locaux meublés**
Application totale	Locaux neufs ou anciens (241)	Néant sauf soumission volontaire (242)
	Locaux d'habitation ou mixtes	
	Colocation (243)	
Application partielle	Logements HLM (244)	
	Logements conventionnés (245). Deux catégories : • CCH, art. L. 351-2 : convention donnant droit à l'aide personnalisée au logement (246) ; • CCH, art. L. 354-14 : logements conventionnés appartenant aux organismes d'HLM ou aux collectivités locales et gérés par ces organismes (247).	
	Sous-location par des organismes HLM (248)	
	Logements soumis à la loi du 1er septembre 1948 (249)	
	Logements « aidés » et réglementés en contrepartie de primes ou prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit foncier de France ou la Caisse centrale de coopération économique (250)	

(239) Hébergement en foyer-hôtel ou en logement-foyer.
(240) Par ex. : résidence de tourisme.
(241) Terrains nus exclus. L. 1989, art. 2, al. 1er.
(242) Sous réserve que le bail ne relève pas d'un autre statut impératif. La soumission volontaire doit être sans équivoque (Cass. 3e civ., 31 mai 2012, no 11-18.041 : *Loyers et copr.* 2012, comm. 228, note B. Vial-Pedroletti).
(243) La colocation a été définie par la loi Alur. Elle peut prendre deux formes : (*i*) bail unique conclu avec plusieurs locataires ou (*ii*) pluralité de baux chacun conclu avec un locataire portant sur une chambre.
(244) V. L. 6 juill. 1989, art. 40, I pour le détail du champ d'application. En cas d'acquisition par un organisme HLM d'un logement loué en vertu d'un bail d'habitation, il reste soumis aux dispositions légales qui lui étaient applicables avant cette acquisition jusqu'à sa date d'expiration (Cass. 3e civ., 18 févr. 2009, no 07-21.879 : *RJDA* 10/2009, no 823).
(245) L. 6 juill. 1989, art. 40, III.
(246) V. L. 6 juill. 1989, art. 40, III pour le détail du champ d'application.
(247) Exclusion des seuls articles 16, 17-1, I, 18, 20, 1o, 23, cinq premiers alinéas.
(248) V. CCH, art. L. 444-5 pour le détail du champ d'application.
(249) V. L. 6 juill. 1989, art. 40, II pour le détail du champ d'application.
(250) L. 6 juill. 1989, art. 40, IV.

	Locaux vides	Locaux meublés
	Logements donnés en location à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales (251)	
	Logements de résidences universitaires (252)	
	Logements loués en Nouvelle-Calédonie (253)	
		Logements meublés résidence principale (254) y compris en colocation
		Bail mobilité (255)
Exclusion (256)	Locataires personnes morales (257)	Locataires personnes morales
	Résidences secondaires (258)	Résidences secondaires (259)
	Logements-foyers (260)	Logements-foyers (261)
	Logement de fonction (262)	Logement de fonction
	Location-accession (263)	

(251) L. 6 juill. 1989, art. 40, V.
(252) L. 6 juill. 1989, art. 40, VIII ; CCH, art. L. 631-12.
(253) L. 6 juill. 1989, art. 44 à 47.
(254) L. 1989, titre 1er *bis*, Des rapports entre bailleurs et locataires dans les logements meublés résidence principale (issu de la loi Alur).
(255) L. 1989, titre 1er *ter*, « Des rapports entre bailleurs et locataires dans les logements meublés loués dans le cadre d'un bail mobilité » (issu de la loi Elan). Seuls les articles 1er, 3-2, 3-3, 4, 5, 6, 7, 7-1 et 8, les I à IV de l'article 8-1 et les articles 18, 21, 22-1, 22-2, 25-4 et 25-5 sont applicables au bail mobilité. Ce bail ne se substitue à aucun autre. Il résulte des travaux parlementaires (L. Logier et C. Dubos, Rapp. AN no 971, 19 mai 2018 ? fait au nom de la Commission économique, p. 565) que les logements meublés loués en vertu du bail mobilité ne doivent pas faire l'objet d'une autorisation de changement d'usage comme les meublés de tourisme. L'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation a été modifié par la loi Elan en incluant dans la définition des locaux à usage d'habitation les logements meublés loués dans le cadre d'un bail mobilité. Ils ne sont pas soumis à une obligation de déclaration préalable en mairie.
(256) Le droit commun du louage est alors applicable. Sauf soumission volontaire non équivoque.
(257) CA Lyon, ch. 8, 22 janv. 2013, no 11/04416 : *Rev. loyers* 2013, p. 136. Les lois relatives aux locations de locaux à usage d'habitation principale ou mixte professionnel et d'habitation principale (L. 22 juin 1982 ; L. 23 déc. 1986 ; L. 6 juill. 1989, art. 2, al. 1) énoncent le droit à l'habitat ou le droit au logement, et ont ainsi eu pour objectif de protéger le locataire personne physique. Toutefois, une soumission volontaire expresse des parties au statut est possible.
(258) L. 1989, art. 2, *a contrario*.
(259) L. 1989, art. 25-3, *a contrario* ; CCH, art. L. 632-1 à L. 632-3.
(260) V. CCH, art. L. 633-1 pour la définition. Exclusion par l'article 2 de la loi 1989. Les dispositions des articles 6, alinéas 1er et 2 (obligation de remettre au locataire un logement décent), et 20-1 sont applicables.
(261) L. 1989, art. 25-3.
(262) L. 6 juill. 1989, art. 6, al. 2. Toutefois, sont applicables à ces baux les articles 3-3 (dossier de diagnostics techniques), art. 6, al. 1er et 2 (obligation de remettre au locataire un logement décent), art. 20-1 (permettant au locataire de demander la mise en conformité du logement, dans le cas où il ne peut être considéré comme décent), art. 24-1 (permettant au locataire, en cas de litige avec le bailleur, de donner mandat d'agir à une association).
(263) En revanche, le bail assorti d'une promesse de vente est soumis à la loi de 1989. V. Cass. 3e civ., 13 juin 2001, no 99-17.585 : *JurisData* no 2001-010088 ; *Loyers et copr.* 2001, comm. 198, obs. B. Vial-Pedroletti ; *AJDI* 2001, p. 798, obs. S. Beaugendre ; *Administrer* 2002, no 340, p. 37, obs. V. Canu.

	Locaux vides	Locaux meublés
	Location-attribution (264)	
	Sous-location (265) Exceptions : – fraude (266) ; – location principale non soumise au statut de la loi de 1989 ; – sous-location consentie par un organisme HLM, locataire principal (267) ; – sous-location consentie par un locataire soumis au statut des baux commerciaux (268).	
	Location saisonnière (269)	Location saisonnière (270)

(264) Cass. 3e civ., 20 déc. 1994 : *Bull. civ.* 1994, III, n° 226.

(265) Droit commun. Exception (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8) : Le prix du loyer au mètre carré de surface habitable des locaux sous-loués ne peut excéder celui payé par le locataire principal ; également si elle porte sur des locaux à usage exclusivement professionnel (Cass. 3e civ., 1er mars 2000, n° 98-10.496 : *RJDA* 5/2000, n° 525).

(266) Par ex. : location donnée par un propriétaire à une société dont il est lui-même le gérant et conclusion d'un contrat de sous-location au profit d'un tiers (CA Lyon, 2e ch., 7 janv. 1997 : *JurisData* n° 1997-040608).

(267) V. CCH, art. L. 444-5 pour les dispositions de la loi du 6 juill. 1989 applicables.

(268) Gernez-Ryssen, *Sous-location à usage d'habitation de locaux commerciaux : quel statut ?* : *JCP* N 1990, I, p. 461. La location principale de locaux à usage mixte, commercial et d'habitation reste soumise pour le tout à la réglementation commerciale, mais la sous-location des seuls locaux à usage d'habitation relève de la loi de 1989 (Cass. 3e civ., 6 févr. 1991 : *Bull. civ.* 1991, III, n° 46), à moins qu'il en soit stipulé différemment dans le bail (CA Paris, 2 nov. 1994 : *Loyers et copr.* 1995, comm. 44).

(269) Notion non définie par la loi de 1989. La doctrine considère qu'il s'agit d'une location conclue pour une courte période, au maximum pour la « saison », c'est-à-dire la période pendant laquelle le lieu de séjour est fréquenté par un afflux de population (Cl. Giverdon, *Nouveaux rapports de location*, Litec, 1984, n° 35. – J. Hugot, D. Lepeltier et H. Thuillier, *Locataires et propriétaires*, Litec, 1982, p. 10). Il résulte d'une réponse ministérielle que la location saisonnière est celle « dont la durée n'excède pas celle d'une saison d'été ou d'hiver, c'est-à-dire trois mois » (Rép. min. n° 39019 : *JOAN* Q 26 déc. 1983, p. 5559 ; *Loyers et copr.* mars 1984, p. 4 ; *Rev. loyers* 1984, p. 103 ; *Ann. loyers* 1984, p. 473). – L. n° 70-9, 2 janv. 1970, dite « loi Hoguet », art. 1er-1 : location d'un immeuble conclue pour une durée maximale de quatre-vingt-dix jours consécutifs. – A. 16 mai 1967, relatif aux locations saisonnières en meublés, art. 2 : « Par location saisonnière, au sens du présent arrêté, il convient d'entendre les locations en meublé consenties à l'occasion de vacances, quelle que soit la durée de la location ou le mode de location intervenu ». Pour la Cour de cassation, les juges du fond doivent apprécier souverainement « l'usage local en matière de location saisonnière tant en ce qui concerne sa durée qu'en ce qui concerne les modalités de la location » (Cass. 3e civ., 22 juill. 1987 : *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. jurispr. p. 212 ; *Loyers et copr.* 1987, comm. 349 ; *Rev. loyers* 1987, p. 488 ; *RD imm.* 1988, p. 148, obs. C. Brière de L'Isle et J. Derruppé).

(270) Une location saisonnière meublée obéit à des règles spécifiques et complémentaires si le loueur saisonnier est un professionnel ou si le local a fait l'objet d'un classement en meublé de tourisme ou en gîte de France. V. *JCl. Bail à loyer*, Fasc. 690 ou *JCl. Civil Code*, Art. 1708 à 1762, Fasc. 690 ou *JCl. Notarial Répertoire*, Vo *Bail à loyer*, Fasc. 690. Si le local loué ne constitue pas la résidence principale du loueur, propriétaire ou locataire (sous réserve qu'il ait le droit de sous-louer), une autorisation administrative préalable est requise. V. seconde partie du rapport de la commission. Si le local loué constitue la résidence principale du loueur, il peut louer son logement « pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile » (CCH, art. L. 631-7-1, A), sans avoir à effectuer cette démarche administrative préalable (V. G. Daudré et P. Wallut, *Locations meublées de courte durée. Le permis de louer à Paris* : *Loyers et copr.* 2012, alerte 40. – J. Monéger, *La location d'un appartement meublé aux touristes n'est pas permise dans des locaux à usage d'habitation* : *Loyers et copr.* 2010, repère 9. – TI Paris Ve, 6 avr. 2016, n° 11-5-00294 : *JurisData* n° 2016-010240 ; *Loyers et copr.* 2016, comm. 163, note B. Vial-Pedroletti).

	Locaux vides	Locaux meublés
	Location à des travailleurs saisonniers (271)	*Idem*
		Location d'un meublé situé dans un établissement recevant du public aux fins d'hébergement (hôtel meublé) (272)
	Location isolée de garage	
	Locations de logements vacants depuis plus de deux ans, consentis à des organismes HLM (273)	
	Contrats de résidence temporaire (274)	*Idem*
	Locations conventionnées consenties à des jeunes de moins de trente ans (275)	*Idem*
	Cohabitation intergénérationnelle solidaire (276)	*Idem*
	Habitat dit « inclusif » concernant les personnes handicapées et les personnes âgées (277)	*Idem*
	Bail emphytéotique	*Idem*
	Bail à construction	*Idem*
	Droit d'usage et d'habitation	*Idem*
	Locaux exclusivement professionnels ou commerciaux	*Idem*
	Locaux mixtes d'habitation et commerciaux (278)	*Idem*

CHAPITRE II La loi du 6 juillet 1989, ferment d'un régime primaire impératif circonscrit

3122 Le régime primaire dont nous avons souhaité mettre en exergue les rares traits impératifs est composé de :

- un logement décent ;
- un dossier de diagnostic technique.

S'il dispose d'un champ d'application plus réduit, nous avons choisi d'aborder également la question du mesurage des biens loués. En effet, il devrait à notre sens faire partie du régime primaire.

(271) Les dispositions de l'article 3-1, des deux premiers alinéas de l'article 6 et de l'article 20-1 sont applicables.
(272) CCH, art. L. 632-1 et s.
(273) En vertu du CCH, art. L. 444-1 et s.
(274) L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 29.
(275) CCH, art. L. 353-22, nouveau : V. L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 109.
(276) CCH, art. L. 631-17 à L. 631-19 et C. action soc. et fam., art. L. 118-1, nouveau : L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 117.
(277) C. action soc. et fam., art. L. 281-1 et s. – L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 129.
(278) Le logement annexe à un bail commercial est régi par le statut des baux commerciaux.

Section I Un logement décent

– Logements dont la location est interdite. – À titre liminaire, il convient également de préciser que les locaux doivent être propres à l'habitation, et que ne peuvent être mis à disposition aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux : **3123**

- des locaux, dans des situations qui conduisent manifestement à leur suroccupation (279) ; pour l'appréciation de la suroccupation, il convient de se référer à l'article D. 542-14, 2° du Code de la santé publique qui fixe le nombre de personnes pouvant occuper un logement en fonction de sa surface (280) ;
- les caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation (281).

Par ailleurs, l'article L. 111-6-1 du Code de la construction et de l'habitation prohibe la location :

- des appartements au sein d'immeubles frappés d'une interdiction d'habiter, ou d'un arrêté de péril, ou déclarés insalubres, ou comportant pour le quart au moins de leur superficie totale des logements loués ou occupés classés dans la catégorie IV visée par la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 ;
- des locaux à usage d'habitation d'une superficie et d'un volume habitables inférieurs respectivement à 14 m² et à 33 m³ (282), ou qui ne sont pas pourvus d'une installation d'alimentation en eau potable, d'une installation d'évacuation des eaux usées ou d'un accès à la fourniture de courant électrique, ou qui n'ont pas fait l'objet de diagnostics amiante en application de l'article L. 1311-1 du Code de la santé publique, et risque de saturnisme lorsque l'immeuble est soumis aux dispositions de l'article L. 1334-5 du même code ;
- toute division par appartements d'immeuble de grande hauteur à usage d'habitation ou à usage professionnel ou commercial et d'habitation dont le contrôle exercé par la commission de sécurité a donné lieu à un avis défavorable de l'autorité compétente ou à des prescriptions qui n'ont pas été exécutées.

Les développements qui suivent présentent les obligations du bailleur, le champ d'application, les critères et les sanctions encourues. Les dispositifs de lutte contre l'habitat indigne seront développés en seconde partie de la présente commission (V. *infra*, nos 3308 et s.). **3124**

Sous-section I Une notion à géométrie variable

Le bailleur est tenu de délivrer au locataire un logement décent. Cette obligation a des sources multiples et est également à géométrie variable selon la localisation du logement. **3125**

La décence est imposée en premier lieu par le Code civil, tel que modifié par la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (dite loi « SRU ») (283). Le bailleur est obligé,

(279) C. santé publ., art. L. 1331-23.

(280) 16 m² pour un ménage sans enfant ou deux personnes ; + 9 m² par personne supplémentaire dans la limite de 70 m² pour huit personnes ou plus. Les occupants de logements manifestement suroccupés sont des personnes reconnues prioritaires pour l'exercice du droit au logement opposable (Dalo) (J. Lafond, *La loi du 25 mars 2009 et les baux d'habitation du secteur privé* : *JCP* N 24 avr. 2009, 1136).

(281) C. santé publ., art. L. 1331-22.

(282) Les installations ou pièces communes mises à disposition des locaux à usage d'habitation nés de la division n'étant pas comprises dans le calcul de la superficie et du volume desdits locaux.

(283) C. civ., art. 1719, al. 1er.

par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale (284), un logement décent (285).

La décence du logement est définie à l'article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (286) qui renvoie au décret dit « décret décence » du 30 janvier 2002 (287), lequel en précise les critères.

La définition initiale du décret « décence » ne visait que le respect des normes de sécurité, de salubrité, de confort et d'habitabilité (288). La loi Alur a ajouté un critère de performance énergétique minimale et la loi Elan a précisé que le logement doit être « exempt de toute infestation d'espèces nuisibles et parasites ».

La loi relative à l'énergie et au climat du 8 novembre 2019 (289) a apporté des précisions en ce qui concerne la performance énergétique minimale, en ajoutant à l'article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 les mots : « défini par un seuil maximal de consommation d'énergie finale par mètre carré et par an », dont l'entrée en vigueur interviendra à une date fixée par décret à intervenir et au plus tard le 1er janvier 2023.

3126 Par ailleurs, les dispositions du règlement sanitaire départemental (RSD) doivent être également respectées (290). Une difficulté survient dans l'hypothèse où les dispositions du RSD diffèrent de celles du décret « décence » de 2002. Il ressort de la jurisprudence que celles du RSD **priment** lorsqu'elles sont plus rigoureuses (291) et non incompa-

(284) Quel que soit le régime juridique applicable y compris loi 1948, logements conventionnés, logements appartenant à des organismes HLM, logements consentis à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales.

(285) Antérieurement, le bailleur était tenu de la seule obligation de délivrance de la chose louée, conformément à sa destination, et aux normes minimales de confort d'habitabilité (D. n° 87-149, 6 mars 1987).

(286) Telle que modifiée par la loi SRU, laquelle est venue décliner dans le droit des baux un objectif à valeur constitutionnelle (V. Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions* : *JO* 31 juill. 1998. – Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC, à propos de L. n° 95-74, 21 janv. 1995. – V. Pauliat, *L'objectif constitutionnel du droit à un logement décent* : *D.* 1995, chron. p. 283). V. *JCL. Bail à loyer*, Fasc. 140-10, *Bail d'habitation. - Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989. - Obligations du bailleur : délivrance*, par B. Vial-Pedroletti.

(287) D. n° 2002-120, 30 janv. 2002, pris pour l'application de la loi SRU, dit décret « décence ».

(288) Le décret n° 87-149 du 6 mars 1987 (abrogé) fixait déjà des conditions minimales de confort et d'habitabilité des locaux mis en location. Le décret « décence » a remplacé le décret n° 68-976 du 9 nov. 1968 fixant les conditions d'application de la loi n° 67-561 du 12 juill. 1967 relative à l'amélioration de l'habitat. Il existait des difficultés d'articulation de ces deux textes qui ont aujourd'hui disparu.

(289) L. n° 2019-1147, 8 nov. 2019, relative à l'énergie et au climat : *JO* n° 0261, 9 nov. 2019, art. 17 modifiant les articles 6 et 20-1 de la loi du 6 juillet 1989.

(290) Objet plus large : dispositions relatives aux eaux destinées à la consommation humaine, aux locaux d'habitation et professionnels, à l'élimination des déchets, à l'hygiène alimentaire et à l'hygiène en milieu rural. Il s'agit d'un arrêté pris par chaque préfet en application des dispositions des articles L. 1311-1 et suivants du Code de la santé publique. Depuis la loi n° 2004-806 relative à la politique de santé publique du 9 août 2004 (art. 83), le contrôle de son respect incombe aux communes (qu'elles disposent ou non d'un service communal d'hygiène et de santé [SCHS]). Le Code de la santé publique avait prévu leur remplacement par des décrets, ce qui n'a pas encore été fait. V. M.-H. Pero-Augereau-Hue et O. Boudeville, *Décence du logement : points à vérifier, pièges à éviter* : *AJDI* 2016, p. 357. – V. S. Gonon, *Vente/location : gare au règlement sanitaire départemental !* : *Cah. Cridon Lyon* 12 juill. 2018, n° 81, p. 16.

(291) En ce sens : Cass. 3e civ., 17 déc. 2015, n° 14-22.754 : *JurisData* n° 2015-028142 ; *D.* 2016, p. 72 ; *Loyers et copr.* 2016, n° 29, obs. B. Vial-Pedroletti : les conditions minimales de superficie d'un local destiné à l'habitation prévues par un règlement sanitaire départemental non abrogé sont applicables dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les conditions prévues par le décret n° 2002-120 du 30 janv. 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent et sont plus rigoureuses que celles-ci.

tibles (292). Toutefois, en 2017, la Cour de cassation (293) a estimé dans un arrêt non publié au bulletin que les dispositions du décret du 30 janvier 2002, postérieur au RSD, prévalaient à raison de la hiérarchie des normes et de son entrée en vigueur postérieure au RSD (294). Cet argument ne saurait prospérer, un texte spécial pouvant préciser un texte général. Nous préconisons d'appliquer en tout état de cause les dispositions les plus rigoureuses.

Cette situation de juxtaposition de normes nous amène à proposer, comme de nombreux auteurs et praticiens, à uniformiser les normes de décence et à en clarifier le champ d'application. La suppression des RSD, ayant pour objet des règles d'hygiène et de salubrité, pourrait être envisagée, tant leur consultation est peu aisée, leur teneur ancienne et non mise à jour, et leurs termes contradictoires avec le décret « décence », engendrant les difficultés de lisibilité et d'application soulignées.

Nous présenterons successivement le champ d'application, la définition et les critères, les sanctions, et enfin les mesures préventives.

Sous-section II Le champ d'application

Le champ d'application varie selon le texte auquel on se réfère : **3127**

Texte	Champ d'application
Article 1719 du Code civil	Habitation principale quelle que soit la nature du bail (295)
Article 6 de la loi du 6 juillet 1989 / décret du 20 janvier 2002	• Locaux loués à usage de résidence principale ou à usage mixte. • Logements-foyers (296). • Logements attribués ou loués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'occupation d'un emploi et aux locations consenties aux travailleurs saisonniers (297). • Parties à usage d'habitation d'un local commercial constituant l'habitation principale du preneur (298). • Logements conventionnés (299). • Logements appartenant à des organismes HLM (300).

(292) Cass. 3e civ., 3 mai 2018, nos 17-11.132 et 17-14.090 : *JurisData* no 2018-007524 ; *Loyers et copr.* 2018, comm. 165 : les dispositions du règlement sanitaire départemental de la Gironde, non incompatibles avec celles du décret du 30 janvier 2002 et plus rigoureuses, doivent recevoir application.
(293) Cass. 3e civ., 20 avr. 2017, no 16-13.821. Dans le même sens, Montpellier, 1re ch. civ., 30 janv. 2018, no 15/07401.
(294) Pour une analyse de la jurisprudence : P. de Plater, *Point d'étape sur l'appréhension de la décence au regard du décret du 30 janvier 2002 et des règlements sanitaires départementaux* : *AJDI* 2018, p. 837.
(295) Cass. 3e civ., 14 oct. 2009, nos 08-10.955 et 08-17.750 : *JurisData* no 2009-049980.
(296) L. 1989, art. 2, al. 4.
(297) L. 1989, art. 2, al. 6.
(298) Cass. 3e civ., 14 oct. 2009, nos 08-10.955 et 08-17.750 : *JurisData* no 2009-049980 ; *D.* 2009, 2549, obs. Y. Rouquet ; *RTD com.* 2010, 63, obs. F. Kendérian ; *Loyers et copr.* janv. 2010, no 1, étude 1, Ph.-H. Brault ; *Loyers et copr.* 2010, comm. 14.
(299) L. 1989, art. 40. Conventions prévues par CCH, art. L. 351-2 et 353-14.
(300) L. 1989, art. 40.

Texte	Champ d'application
	• Logements soumis à la loi de 1948 (301). • Logement de fonction dépendant d'un bail commercial (302). • Les logements-foyers et les logements destinés aux travailleurs agricoles sont soumis à des règlements spécifiques (303).
Règlement sanitaire départemental	Locaux d'habitation (304)

3128 – Hôtels meublés. – La loi Alur avait prévu un décret visant à régir les règles de décence des locaux meublés constituant la résidence principale du preneur, situés dans les hôtels meublés (305).

Constatant la difficulté de définir des règles différentes de celles déjà applicables à tous les logements, la loi Elan a supprimé la disposition de l'article L. 632-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoyant la publication de ce décret. Désormais, les règles de décence de droit commun restent applicables à ces logements.

Sous-section III La définition et les critères

§ I La définition

3129 – Définition de la décence résultant de l'article 6 la loi de 1989. – Le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé, exempt de toute infestation d'espèces nuisibles et parasites, répondant à un critère de performance énergétique minimale et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation. Les critères sont définis par un décret en Conseil d'État du 30 janvier 2002 (306).

La loi relative à l'énergie et au climat du 8 novembre 2019 a apporté des précisions en ce qui concerne la performance énergétique minimale en ajoutant à l'article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 les mots : « défini par un seuil maximal de consommation d'énergie finale par mètre carré et par an », dont l'entrée en vigueur interviendra à une date fixée par décret à intervenir et au plus tard le 1er janvier 2023.

Cette obligation de décence est un des éléments de l'obligation de délivrance à laquelle le bailleur est obligé (307), savoir :

a) délivrer au locataire le logement en bon état d'usage et de réparation ainsi que les équipements mentionnés au contrat de location en bon état de fonctionnement ; toutefois,

(301) L. 1989, art. 40.
(302) CA Montpellier, 13 avr. 2011, n° 10/03952 : *AJDI* 2012, p. 120.
(303) Circ. n° 2006-45, 4 juill. 2006, relative aux résidences sociales, ann. 7 (www.financement-logement-social.logement.gouv.fr/circulaire-no2006-45-du-4- juill.-2006-annexe-7-a1411.html). – A. 1er juill. 1996, relatif à l'hébergement des travailleurs agricoles (antérieurement D. n° 95-978, 24 août 1995, relatif à l'hébergement des travailleurs agricoles abrogé par D. n° 2005-368, 19 avr. 2005).
(304) RSD Paris : Par « habitation », il faut entendre tout local servant de jour ou de nuit au logement ainsi qu'au travail, au repos, au sommeil, à l'agrément ou aux loisirs lorsque les activités spécifiques s'exercent au moins partiellement dans le même ensemble de pièces que la vie familiale.
(305) Établissements recevant du public aux fins d'hébergement, régis par CCH, art. L. 632-1.
(306) V. *infra*, n° 3133.
(307) L'article 6 reprend des principes issus du contrat de louage (C. civ., art. 1719, 1720, 1721, 1723 et 1725).

les parties peuvent convenir par une clause expresse les travaux que le locataire exécutera ou fera exécuter et les modalités de leur imputation sur le loyer ; cette clause prévoit la durée de cette imputation et, en cas de départ anticipé du locataire, les modalités de son dédommagement sur justification des dépenses effectuées ; une telle clause ne peut concerner que des logements répondant aux caractéristiques définies en application des premier et deuxième alinéas ;

b) assurer au locataire la jouissance paisible du logement et, sans préjudice des dispositions de l'article 1721 du Code civil, de le garantir des vices ou défauts de nature à y faire obstacle hormis ceux qui, consignés dans l'état des lieux, auraient fait l'objet de la clause expresse mentionnée au *a* ci-dessus ;

c) entretenir les locaux en état de servir à l'usage prévu par le contrat et d'y faire toutes les réparations, autres que locatives, nécessaires au maintien en état et à l'entretien normal des locaux loués ;

d) ne pas s'opposer aux aménagements réalisés par le locataire, dès lors que ceux-ci ne constituent pas une transformation de la chose louée.

– Obligation d'ordre public. – L'obligation pour le bailleur de délivrer un logement décent est d'ordre public, les parties ne pouvant pas y déroger en prévoyant par exemple la livraison d'un logement sans appareil de chauffage en contrepartie d'un loyer réduit (308). **3130**

Les parties ne peuvent valablement convenir que le locataire exécutera, même avec une contrepartie, les travaux de mise aux normes de confort et d'habitabilité (309).

Le bailleur ne peut s'exonérer de son obligation de délivrance d'un logement décent même dans l'hypothèse de la connaissance par les locataires de cette information (310).

– Tempéraments à l'obligation de mise à disposition d'un logement décent. – L'obligation continue de mise à disposition d'un logement décent (fondée sur le décret « décence » ou le RSD) peut être écartée si le bailleur apporte la preuve que l'état actuel du logement est la conséquence directe du manque d'entretien du locataire (311). **3131**

§ II Les critères

L'article 1719 du Code civil ne définit pas la notion de logement décent. Le décret « décence » en précise les critères. Toutefois, ce décret a été pris pour l'application de l'article 6 de la loi de 1989 et ne serait donc pas applicable aux logements non visés par cet article, et notamment en présence d'un bail commercial portant également sur le logement du preneur. Néanmoins, les juges l'ont appliqué en pareil cas (312) et donnent implicitement au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement si le preneur avait son habitation principale dans une partie des lieux loués (313). **3132**

(308) Cass. 3e civ., 4 juin 2014, no 13-17.289, FS-P+B+I : *JurisData* no 2014-013364 ; *Loyers et copr.* 2014, comm. 199, obs. B. Vial-Pedroletti ; *AJDI* 2014, p. 873. – Cass. 3e civ., 15 déc. 2014, no 02-20.614 : *JCP* G 2015, II, 10000, concl. av. gén. A. Gariazzo ; *AJDI* 2015, p. 125.

(309) Cass. 3e civ., 3 févr. 2010, no 08-21.205 : *AJDI* 2010, p. 640, obs. N. Damas. – CA Paris, 13 févr. 2014, no 11/22094 : *JurisData* no 2014-003149.

(310) CA Aix-en-Provence, 11e ch., sect. A, 28 oct. 2014, no 19/14490, *SCI AB 2003* c/ *R.* : *JurisData* no 2014-025616.

(311) Lyon, 8e ch., 21 juin 2016, no 15/07897.

(312) Cass. 3e civ., 14 oct. 2009, nos 08-10.955 et 08-17.750 : *JurisData* no 2009-049980.

(313) *D.* 2009, 2549, obs. Y. Rouquet.

A/ Les critères résultant du décret « décence »

3133

Type	Critères
Santé et sécurité (314) **:** Le logement doit satisfaire aux conditions suivantes, au regard de la sécurité physique et de la santé des locataires :	1. Il assure le clos et le couvert. Le gros œuvre du logement et de ses accès est en bon état d'entretien et de solidité et protège les locaux contre les eaux de ruissellement et les remontées d'eau. Les menuiseries extérieures et la couverture avec ses raccords et accessoires assurent la protection contre les infiltrations d'eau dans l'habitation (315). 2. = performance énergétique (V. ***infra***) ; 3. Les dispositifs de retenue des personnes, dans le logement et ses accès, tels que garde-corps des fenêtres, escaliers, loggias et balcons, sont dans un état conforme à leur usage ; 4. La nature et l'état de conservation et d'entretien des matériaux de construction, des canalisations et des revêtements du logement ne présentent pas de risques manifestes pour la santé (316) et la sécurité physique des locataires ; 5. Les réseaux et branchements d'électricité et de gaz et les équipements de chauffage (317) et de production d'eau chaude sont conformes aux normes de sécurité définies par les lois et règlements et sont en bon état d'usage et de fonctionnement (318) ; 6. = performance énergétique (V. ***infra***) ; 7. Les pièces principales (319) bénéficient d'un éclairement naturel suffisant et d'un ouvrant donnant à l'air libre ou sur un volume vitré donnant à l'air libre.

(314) D. 30 janv. 2002, art. 2.

(315) Pour les logements situés dans les départements d'outre-mer, il peut être tenu compte, pour l'appréciation des conditions relatives à la protection contre les infiltrations d'eau, des conditions climatiques spécifiques à ces départements.

(316) Par ex. : en présence d'amiante (Cass. 3e civ., 2 juill. 2003, nos 01-16.246 et 02-14.642, deux arrêts : *JurisData* no 2003-019712 ; *JurisData* no 2003-019713 ; *JCP* N 2004, no 12, 1152, note L. Leveneur ; *D.* 2004, p. 1411, note G. Pignarre) ou de revêtement à base de plomb en concentration supérieure au seuil réglementaire, avec des dégradations ponctuelles (CA Paris, 6e ch. C, 22 mai 2007, no 05/15099 : *JurisData* no 2007-334443 ; *AJDI* 2007, p. 753).

(317) Le chauffage par bois ne répond pas aux normes de confort édictées par le décret du 30 janv. 2002 sur la décence (CA Nîmes, 2e ch. A, 29 janv. 2004, no 02/02538 : *JurisData* no 2004-238043 ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 144).

(318) Toutefois, le locataire ne peut exiger la mise en conformité de l'installation électrique que s'il démontre sa dangerosité (CA Paris, 3e ch., 14 oct. 2010, no 08/24062 : *JurisData* no 2010-021057 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 5). Il appartient au locataire qui constate un risque manifeste pour sa sécurité physique ou sa santé de demander à son bailleur de procéder aux travaux nécessaires, et, en cas de refus, de saisir du litige le tribunal d'instance du lieu de son domicile. À l'initiative du ministère du Logement, une grille d'analyse facilement utilisable est en cours d'élaboration pour aider les locataires et bailleurs à apprécier si les caractéristiques du décret susvisé sont remplies (Rép. min. no 73576, 25 févr. 2002 : *JOAN* Q 6 mai 2002, p. 2428).

(319) Au sens de CCH, art. R. 111-1-1, al. 3 : « destinées au séjour ou au sommeil ».

Type	Critères
Éléments d'équipement et de confort (320) **:** Le logement comporte les éléments d'équipement et de confort suivants :	1. Une installation permettant un chauffage normal, munie des dispositifs d'alimentation en énergie et d'évacuation des produits de combustion et adaptée aux caractéristiques du logement (321) ; 2. Une installation d'alimentation en eau potable assurant à l'intérieur du logement la distribution avec une pression et un débit suffisants pour l'utilisation normale de ses locataires ; 3. Des installations d'évacuation des eaux ménagères et des eaux-vannes empêchant le refoulement des odeurs et des effluents et munies de siphon ; 4. Une cuisine ou un coin-cuisine aménagé de manière à recevoir un appareil de cuisson et comprenant un évier raccordé à une installation d'alimentation en eau chaude et froide et à une installation d'évacuation des eaux usées ; 5. Une installation sanitaire intérieure au logement comprenant un w.-c., séparé de la cuisine et de la pièce où sont pris les repas, et un équipement pour la toilette corporelle, comportant une baignoire ou une douche, aménagé de manière à garantir l'intimité personnelle, alimenté en eau chaude et froide et muni d'une évacuation des eaux usées. L'installation sanitaire d'un logement d'une seule pièce peut être limitée à un w.-c. extérieur au logement à condition que ce w.-c. soit situé dans le même bâtiment et facilement accessible ; 6. Un réseau électrique permettant l'éclairage suffisant de toutes les pièces et des accès ainsi que le fonctionnement des appareils ménagers courants indispensables à la vie quotidienne.
Consistance du logement (322)	Au moins une pièce principale ayant soit une surface habitable au moins égale à 9 mètres carrés et une hauteur sous plafond au moins égale à 2,20 mètres, soit un volume habitable au moins égal à 20 mètres cubes (323). Rappelons également que les caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation ne peuvent être mis à disposition aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux (324).

(320) D. 30 janv. 2002, art. 3 : Dans les logements situés dans les départements d'outre-mer, les dispositions relatives à l'alimentation en eau chaude prévues aux 4 et 5 ci-dessus ne sont pas applicables.

(321) Pour les logements situés dans les départements d'outre-mer, il peut ne pas être fait application de ces dispositions lorsque les conditions climatiques le justifient.

(322) D. 30 janv. 2002, art. 4.

(323) La surface habitable et le volume habitable sont déterminés conformément aux dispositions de CCH, art. R. 111-2, al. 2 et 3.

(324) C. santé publ., art. 1331-22. Concernant les combles : Rép. min. 24 sept. 2013 : *JO* Sénat Q 26 sept. 2013 ; et D. Dutrieux : *JCP* N 2013, 1231. V. *Lutter contre l'habitat indigne, guide pratique à l'usage des occupants*, www.dihal.gouv.fr et le RSD applicable. Le plan de prévention du risque inondation (PPRI) de certaines communes interdit l'habitation en dessous de la cote des plus hautes eaux connues ou impose que le logement soit un niveau entier au-dessus de la cote des plus hautes eaux connues (PHEC).

Type	Critères
Performance énergétique (325)	Depuis le 1er janvier 2018, le logement décent doit être étanche à l'air : ● il est protégé contre les infiltrations d'air parasites (326) ; ● les portes et fenêtres du logement ainsi que les murs et parois de ce logement donnant sur l'extérieur ou des locaux non chauffés présentent une étanchéité à l'air suffisante ; ● les ouvertures des pièces donnant sur des locaux annexes non chauffés sont munies de portes ou de fenêtres ; ● les cheminées doivent être munies de trappes. Depuis le 1er juillet 2018 (327) : ● le logement doit permettre une aération suffisante ; ● les dispositifs d'ouverture et les éventuels dispositifs de ventilation des logements doivent être en bon état et permettre un renouvellement de l'air et une évacuation de l'humidité adaptés aux besoins d'une occupation normale du logement et au fonctionnement des équipements.
Salubrité – Non péril	Le logement qui fait l'objet d'un arrêté d'insalubrité ou de péril ne peut être considéré comme un logement décent (328).

B/ Le cas particulier de la colocation

3134 – Application à la colocation. – Les critères énoncés par le décret de 2002 n'étaient pas adaptés aux colocations pour lesquelles chaque locataire est titulaire d'un bail portant sur une chambre (329). En effet, les chambres ne disposent pas de coin-cuisine aménagé de manière à recevoir un appareil de cuisson et comprenant un évier raccordé à une installation d'alimentation en eau chaude et froide et d'évacuation des eaux usées (330).

L'article 8-1, § 2 de la loi du 6 juillet 1989, tel que modifié par la loi Elan, prévoit désormais qu'en cas de colocation à baux multiples, il est tenu compte, pour apprécier les conditions de décence, de l'ensemble des éléments, équipements et pièces du logement.

Par ailleurs, les colocations à baux multiples constituant une division de logements, les dispositions de l'article L. 111-6-1 du Code de la construction et de l'habitation qui imposent la mise à disposition de locaux d'une superficie et d'un volume habitables supérieurs, respectivement, à 14 m² et à 33 m³, sont applicables.

Ces superficies minimales sont incompatibles avec celles prévues par le décret relatif à la décence. Le décret en Conseil d'État qui devait adapter les règles de la décence aux colo-

(325) Le décret du 9 mars 2017 pris pour l'application de l'article 12 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (dite « loi TEPCV ») du 17 août 2015 intègre la performance énergétique aux caractéristiques du logement décent en modifiant l'article 2 du décret du 30 janvier 2002. Ces dispositions ne sont pas applicables dans les départements situés outre-mer.
(326) Par ex. : les ouvrants tels que portes et fenêtres doivent être jointifs.
(327) D. 30 janv. 2002, art. 2. 6°, mod. par D. n° 2017-312, 9 mars 2017.
(328) D. 30 janv. 2002, art. 5.
(329) La loi Alur a prévu deux formes : (*i*) bail unique avec plusieurs locataires, (*ii*) pluralité de baux chacun conclu avec un locataire portant sur une chambre.
(330) D. 30 janv. 2002, art. 3, 4e, V. *supra*, n° 3133.

cations n'est toujours pas intervenu depuis 2014. L'article 8-1, § 2 précité, tel que modifié par la loi Elan, prévoit désormais que par dérogation au même article L. 111-6-1 du Code de la construction et de l'habitation, la surface et le volume habitables des locaux privatifs doivent être au moins égaux, respectivement, à 9 m² et à 20 m³.

Sous-section IV Les sanctions

Les sanctions varient selon le texte invoqué par les parties et retenu par les juges. **3135**

§ I Les sanctions résultant du Code civil

Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant (331). **3136**

Le locataire peut :

- demander des dommages-intérêts pour trouble de jouissance (332) ;
- se prévaloir du manquement à l'obligation de délivrance d'un logement décent pour suspendre le règlement des loyers et paralyser le cas échéant par ce biais les effets d'un commandement de payer visant la clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers (333).

Il incombe au locataire d'apporter la preuve de l'indécence, de l'insalubrité ou de l'absence d'habitabilité d'un logement (334).

§ II Les sanctions résultant de la loi 1989 et du décret « décence »

Le locataire peut demander au propriétaire la mise en conformité du logement (335) sans qu'il soit porté atteinte à la validité du contrat en cours (336). À défaut d'accord entre les parties, ou à défaut de réponse du propriétaire dans un délai de deux mois, la commission départementale de conciliation (337) peut être saisie et rendre un avis dans les conditions fixées à l'article 20 de la loi de 1989. La saisine de la commission ou la remise de son avis ne constitue pas un préalable à la saisine (338) du juge par l'une ou l'autre des parties. **3137**

(331) C. civ., art. 1719. – Aix-en-Provence, 11e ch. A, 21 mars 2017, no 16/01997. En ce cas, il s'agit de sanctionner l'impropriété à la destination, un logement impropre à sa destination n'étant pas décent.

(332) Cass. 3e civ., 21 déc. 2017, no 16-19.466 : *AJDI* 2018, 440 : cette demande n'est pas subordonnée à une mise en demeure préalable. Dans le même sens, Cass. 3e civ., 4 juin 2014, no 13-12.314, FS-P+B, pourvoi c/ CA Poitiers, 3e ch., 18 avr. 2012 : *JurisData* no 2014-013365 ; *Loyers et copr.* 2014, comm. 200.

(333) Cass. 3e civ., 28 juin 2018, no 16.27-246.

(334) Douai, 8e ch., sect. 4, 18 janv. 2018, no 15/06755. – Paris, pôle 4, ch. 3, 8 sept. 2016, no 15/10373. – Lyon, 6e ch., 16 juin 2016, no 15/04113.

(335) L. 1989, art. 20-1. Le texte n'impose aucun délai à compter de la date de conclusion du bail ou d'entrée dans les lieux.

(336) Pour reprendre les termes du professeur Philippe Briand : « La stratégie est affichée : supprimer l'indécence, ce n'est pas supprimer les indécents, c'est seulement les obliger à être décents » (*AJDI* 2002, p. 357).

(337) Issu de la loi portant engagement national pour le logement (dite « loi ENL »). Antérieurement, le locataire devait impérativement saisir le juge.

(338) Précision issue de la loi no 2007-290 du 5 mars 2007.

L'information du bailleur par l'organisme payeur de son obligation de mise en conformité du logement, telle que prévue aux articles L. 542-2 et L. 831-3 du Code de la sécurité sociale, tient lieu de demande de mise en conformité par le locataire.

Le juge saisi par l'une ou l'autre des parties détermine, le cas échéant, la nature des travaux à réaliser et le délai de leur exécution. Il peut réduire le montant du loyer ou suspendre, avec ou sans consignation, son paiement et la durée du bail jusqu'à l'exécution de ces travaux. Le juge transmet au préfet l'ordonnance ou le jugement constatant que le logement loué ne satisfait pas aux dispositions de l'article 6 de la loi de 1989.

En copropriété. Toutefois, le juge ne peut ordonner de mesure visant à permettre le respect du seuil maximal de consommation d'énergie finale par mètre carré et par an mentionné au premier alinéa de l'article 6 de la loi de 1989, lorsque le logement fait partie d'un immeuble soumis au statut de la copropriété et que le copropriétaire concerné démontre que, malgré ses diligences en vue de l'examen de résolutions tendant à la réalisation de travaux relevant des parties communes ou d'équipements communs et la réalisation de travaux dans les parties privatives de son lot adaptés aux caractéristiques du bâtiment, il n'a pu parvenir à un niveau de consommation énergétique inférieur au seuil maximal. Cette dernière disposition entrera en vigueur à une date fixée par décret à intervenir, et au plus tard le 1er janvier 2023 (339).

3138 **– Obligation de relogement ? –** Aucune disposition légale n'oblige le bailleur à fournir un autre logement au locataire, ce dernier pouvant seulement exiger l'exécution des travaux de mise en conformité (340).

Il en serait différemment si le logement n'était pas indécent mais frappé d'un arrêté d'insalubrité ou de péril assorti d'une interdiction d'habiter (341).

Bien que le texte ne le précise pas, il paraît évident qu'un logement indécent ne peut être loué (342). Il ne précise également pas le sort d'un tel bail s'il était néanmoins conclu. Comme indiqué, l'article 20-1 de la loi de 1989 précise que la demande du locataire ne porte pas atteinte à la validité du contrat en cours. Toutefois, en vertu d'un ordre public de direction, le juge pourrait s'arroger le pouvoir de prononcer sa résiliation (343).

§ III Les sanctions résultant du Code de la construction et de l'habitation

3139 L'article L. 511-6 du Code de la construction et de l'habitation punit d'un an d'emprisonnement et de 50 000 € d'amende le refus délibéré et sans motif légitime d'exécuter des travaux prescrits par le maire d'un immeuble menaçant ruine, et de trois ans emprisonnement et de 100 000 € d'amende :

- le fait de dégrader, détériorer, détruire des locaux ou de les rendre impropres à l'habitation de quelque façon que ce soit dans le but d'en faire partir les occupants lorsque ces locaux sont visés par un arrêté de péril ;
- le fait, de mauvaise foi, de ne pas respecter une interdiction d'habiter et d'utiliser des locaux prise en application de l'article L. 511-2 et l'interdiction de les louer ou mettre à disposition prévue par l'article L. 511-5.

(339) Issu de la loi relative à l'énergie et au climat du 8 nov. 2019, art. 17.
(340) CA Besançon, 2e ch., 16 déc. 2003, no 02/01379 : *JurisData* no 2003-229228 ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 107.
(341) CCH, art. L. 521-1. Nous renvoyons aux développements de la seconde partie.
(342) CA Paris, 6e ch. B, 18 sept. 2003, no 2002/06994 : *JurisData* no 2003-222833 ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 86 : à propos d'une chambre de bonne de 5 m².
(343) Nous partageons l'avis de B. Vial-Pedroletti *in Loyers et copr.* 2004, comm. 86. – V. Ph. Pelletier, *Locaux de petite taille et locations en cours à usage d'habitation* : *Rev. loyers* 2002, p. 6 et s.

L'article L. 521-4 du même code punit de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 100 000 € le fait :

- en vue de contraindre un occupant à renoncer aux droits qu'il détient en application des articles L. 521-1 à L. 521-3-1, de le menacer, de commettre à son égard tout acte d'intimidation ou de rendre impropres à l'habitation les lieux qu'il occupe ;
- de percevoir un loyer ou toute autre somme en contrepartie de l'occupation du logement, y compris rétroactivement, en méconnaissance du I de l'article L. 521-2 ;
- de refuser de procéder à l'hébergement ou au relogement de l'occupant, bien qu'étant en mesure de le faire.

L'article L. 111-6-1 du Code de la construction et de l'habitation punit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 75 000 € les personnes qui mettent en vente, en location ou à la disposition d'autrui des locaux destinés à l'habitation et provenant d'une division réalisée en méconnaissance des interdictions définies par le même article.

Les personnes physiques encourent également l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction (344).

§ IV Les sanctions résultant du Code de la santé publique

3140 L'article L. 1337-4 du Code de la santé publique incrimine le fait de mettre à disposition un local :

- impropre, par nature, à l'habitation (345) ;
- dans des conditions qui conduisent manifestement à sa suroccupation (346) ;
- dont l'utilisation présente un danger pour la santé ou la sécurité des occupants (347) ;
- déclaré insalubre par arrêté préfectoral (348).

3141 Le préfet met en demeure la personne qui a mis à disposition des locaux tels que caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation qui ne peuvent être mis à disposition aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux (349). La mise en demeure précise que, à l'expiration du délai fixé, en cas de poursuite de la mise à disposition des locaux impropres à l'habitation ou, le cas échéant, de non-réalisation des mesures prescrites, la personne qui les a mis à disposition est redevable d'une astreinte par jour de retard dans les conditions prévues à l'article L. 1331-29-1 du Code de la santé publique.

Les dispositions de l'article L. 521-2 du Code de la construction et de l'habitation sont applicables aux locaux visés par la mise en demeure. La personne qui a mis les locaux à disposition est tenue d'assurer le relogement des occupants dans les conditions prévues par l'article L. 521-3-1 du même code (350) ; à défaut, les dispositions de l'article L. 521-3-2 sont applicables.

(344) Les peines encourues par les personnes morales sont (*i*) l'amende, selon les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal ; (*ii*) les peines complémentaires prévues aux 2°, 4°, 8° et 9° de l'article 131-39 du même code. Pour l'application du 8°, la confiscation porte sur le fonds de commerce ou sur l'immeuble destiné à l'hébergement des personnes et ayant servi à commettre l'infraction.
(345) C. santé publ., art. L. 1331-22.
(346) C. santé publ., art. L. 1331-23.
(347) C. santé publ., art. L. 1331-24.
(348) C. santé publ., art. L. 1331-25.
(349) C. santé publ., art. L. 1331-22.
(350) Il s'agit des cas d'interdiction temporaire d'habiter ou d'utiliser, ou d'évacuation ordonnée en cas de péril imminent (CCH, art. L. 511-3) ou cas d'urgence ou de menace grave et imminente (CCH, art. L. 129-3).

§ V Les sanctions résultant du règlement sanitaire départemental

3142 En application des articles L. 1311-1 et L. 1311-2 du Code de la santé publique, le maire doit veiller au respect des dispositions du règlement sanitaire départemental. En outre, au titre de son pouvoir de police générale, précisé à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, le maire doit assurer la salubrité publique. Il doit donc faire cesser toute cause d'insalubrité sur le territoire de sa commune. Par ailleurs, le règlement sanitaire départemental prévoit des sanctions pénales en cas d'infractions à ce règlement. Elles sont constatées par les officiers et agents de police judiciaire visés aux articles L. 2122-31 et L. 2212-5 du Code général des collectivités territoriales (351).

§ VI Les sanctions pénales

3143 Le non-respect d'un règlement sanitaire départemental est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe, soit une amende forfaitaire de 450 € (352).

Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende (353). Les juges se fondent tant sur les critères issus du décret du 30 janvier 2002 que sur ceux résultant des dispositions du règlement sanitaire départemental.

Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (354).

3144 Les personnes physiques et morales coupables de l'infraction de soumission à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine prévue à l'article 225-14 du Code pénal encourent également les peines complémentaires suivantes (355) :

« 1° La confiscation de tout ou partie de leurs biens, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction. Lorsque les biens immeubles qui appartenaient à la personne condamnée au moment de la commission de l'infraction ont fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, le montant de la confiscation en valeur prévue au neuvième alinéa de l'article 131-21 est égal à celui de l'indemnité d'expropriation ;

2° L'interdiction pour une durée de dix ans au plus d'acheter un bien immobilier à usage d'habitation ou un fonds de commerce d'un établissement recevant du public à usage total ou partiel d'hébergement ou d'être usufruitier d'un tel bien ou fonds de commerce. Cette interdiction porte sur l'acquisition ou l'usufruit d'un bien ou d'un fonds de commerce soit à titre personnel, soit en tant qu'associé ou mandataire social de la société civile immobilière ou en nom collectif se portant acquéreur ou usufruitier, soit sous forme de parts immobilières ; cette interdiction ne porte toutefois pas sur l'acquisition ou l'usufruit d'un bien immobilier à usage d'habitation à des fins d'occupation à titre personnel ;

(351) Rép. min. n° 14100 : *JOAN* Q 6 mai 2008, p. 3846.
(352) D. n° 2003-462, 21 mai 2003, art. 7 ; C. pén., art. 131-13.
(353) C. pén., art. 225-14 à 225-15-1. Pour une critique de la restriction aux seules personnes vulnérables ou en situation de dépendance : F. Safi, *La répression des marchands de sommeil* : *Dr. pén.* juin 2019, n° 6, étude 15.
(354) C. pén., art. 223-1.
(355) C. pén., art. 225-26, issu de la loi Elan.

3° La confiscation de tout ou partie des biens leur appartenant ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont elles ont la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis ».

Sous-section V Les mesures préventives

3145 Les dispositions relatives à la déclaration de mise en location (356) ainsi qu'à l'autorisation de mise en location (357) qui permettent de contrôler, de manière préventive, la conformité des logements loués aux critères de décence seront abordées en seconde partie (V. *infra*, n° 3317).

3146 Nous rappellerons également, pour mémoire, d'autres mesures préventives :

- le droit à l'allocation-logement est subordonné à la délivrance d'un logement décent (358) à peine d'obligation de restitution des allocations directement perçues (359) ;
- les organismes ou services débiteurs de prestations familiales sont habilités à faire vérifier sur place si le logement est décent (360) ;
- l'information du bailleur par l'organisme payeur de son obligation de mise en conformité du logement (361) tient lieu de demande de mise en conformité par le locataire (362) ;
- l'obligation des syndics de copropriété et des agents immobiliers de signalement au procureur de la République des logements indignes (363).

Section II Le dossier de diagnostic technique

3147 Un dossier de diagnostic technique doit être fourni par le bailleur et annexé au contrat de location lors de sa signature ou son renouvellement. Ce dossier peut être transmis par voie dématérialisée, sauf opposition explicite de l'une des parties (364).

3148 **– Champ d'application. –** Cette obligation concerne (365) :

- les locaux (y compris meublés) (366) à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation, constituant la résidence principale du preneur ;
- les contrats de location à caractère saisonnier (367) ;
- les logements attribués ou loués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'occupation d'un emploi ;
- les locations consenties aux travailleurs saisonniers ;
- le bail mobilité (368).

(356) CCH, art. L. 634-1 à L. 634-5.
(357) CCH, art. L. 635-1 à L. 635-11.
(358) CSS, art. L. 542-2-2° nouveau et CSS, art. L. 835-2, al. 2.
(359) Cass. 2e civ., 29 nov. 2012, n° 11-20.091 : *JurisData* n° 2012-027327 ; *Loyers et copr.* 2013, comm. 37.
(360) CSS, art. L. 542-6, al. 1er nouveau et CSS, art. L. 831-7, al. 1er nouveau.
(361) Telle que prévue aux articles L. 542-2 et L. 831-3 du Code de la sécurité sociale.
(362) L. 1989, art. 200-1, al. 2.
(363) L. 10 juill. 1965, art. 18-1-1.
(364) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 3-3, al. 7, dans sa rédaction issue de la loi Elan. Cette nouvelle règle concerne les baux conclus à compter du 25 novembre 2018.
(365) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 2 et 3-3.
(366) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 25-3.
(367) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 2 et 3-1). Toutefois, il est exclu pour les contrats de location saisonnière aux termes de l'article L. 134-3-1 du Code de la construction et de l'habitation. Le diagnostic de performance énergétique (DPE) est exclu pour les bâtiments ou parties de bâtiments résidentiels qui sont destinés à être utilisés moins de quatre mois par an (CCH, art. R. 134-1).
(368) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 25-12.

Type	Contenu	Durée de validité	Champ d'application	Sanction
Amiante	État mentionnant l'absence ou, le cas échéant, la présence de matériaux ou produits de la construction contenant de l'amiante (369).	Un décret en Conseil d'État doit définir les modalités d'application, notamment la liste des matériaux ou produits concernés. En attendant sa parution, notre recommandation est d'annexer au bail la copie d'un diagnostic préexistant, au titre de l'obligation d'information incombant au bailleur, et de l'enjeu sanitaire.		
État des risques et pollutions (370) **et informations concernant les terrains situés en secteur d'information sur les sols** (371)	État des risques naturels, technologiques, miniers, sismiques et de pollution des sols et information concernant un sinistre consécutif à une catastrophe naturelle ayant donné lieu au versement d'une indemnité (372).	6 mois (373)	Logements situés dans les zones couvertes par un plan de prévention des risques technologiques ou par un plan de prévention des risques naturels prévisibles, prescrit ou approuvé, dans les zones de sismicité ou zones à potentiel radon (374).	Résiliation du bail ou diminution du loyer (375).
Performance énergétique (376)	Un diagnostic de performance énergétique daté de moins de dix ans (377) doit être tenu à la disposition de tout candidat locataire lors de la conclusion du bail (378). **Au titre des parties privatives :** À partir du 1er janvier 2022 (379), le DPE devra (i) mentionner le montant des dépenses théoriques de l'ensemble des usages énumérés dans le DPE et (ii) être complété par un audit énergétique pour les logements classés F et G (380).	10 ans	Location de tout ou partie d'un immeuble bâti sauf s'il s'agit d'un contrat de bail rural ou lorsque ce sont des contrats de location saisonnière (381).	Valeur informative (382). Toutefois, à compter du 1er janvier 2021, la valeur informative ne portera que sur les recommandations DPE, et non sur les informations y figurant. **Une action en responsabilité pourrait être intentée contre le bailleur en cas d'erreurs.**

(369) Issu de la loi Alur.
(370) Depuis le 1er juin 2006.
(371) CCH, art. L. 125-6.
(372) En application de l'article L. 125-2 ou/et L. 128-2 du Code des assurances, survenu pendant la période où il a été propriétaire de l'immeuble, ou dont il a été lui-même informé en application des dispositions de l'article L. 125-5, IV, du Code de l'environnement.
(373) C. env., art. L. 125-5, II et art. R. 125-26, al. 3.
(374) C. env., art. L. 125-5, I : zones définies par voie réglementaire.
(375) C. env., art. L. 125-5, V.
(376) CCH, art. L. 134-1.
(377) CCH, art. R. 134-4-2.
(378) CCH, art. L. 134-4-3 : À compter du 1er janvier 2011, en cas (de vente ou) de location d'un bien immobilier, le classement du bien au regard de sa performance énergétique est mentionné dans les annonces relatives à la vente ou la location, selon des modalités définies par décret en Conseil d'État.
(379) L. 8 nov. 2019, relative à l'énergie et au climat, art. 20 modifiant CCH, art. L. 134-1, L. 134-3 et L. 134-3-1.
(380) CCH, art. L. 134-3 : consommation d'énergie primaire supérieure ou égale à 331 kWh par m² et par an.
(381) CCH, art. L. 134-3-1.
(382) L. 1989, art. 3-3.

Type	Contenu	Durée de validité	Champ d'application	Sanction
Plomb	Constat de risque d'exposition au plomb (383).	6 ans (384) Si un précédent constat a établi l'absence de revêtements contenant du plomb ou la présence de revêtements contenant du plomb à des concentrations inférieures aux seuils réglementaires, il n'est pas requis de faire établir un nouveau constat pour chaque nouveau bail. Le constat initial peut être joint à chaque contrat de location.	Pour les immeubles affectés en tout ou partie à l'habitation construits avant le 1er janvier 1949.	Responsabilité pénale du bailleur (385). Responsabilité civile du bailleur.
État de l'installation intérieure d'électricité (386)	Même contenu que celui figurant dans l'état de l'installation intérieure d'électricité prévu, en cas de vente (387). Dans les parties privatives des locaux à usage d'habitation qui constituent la résidence principale du preneur, ainsi que dans leurs dépendances.	6 ans (388)	Locaux d'habitation comportant une installation intérieure d'électricité réalisée depuis plus de quinze ans (389). **Entrée en vigueur** (390) : • logements situés dans un immeuble collectif dont le permis de construire a été délivré avant le 1er janvier 1975 : contrats de location signés à compter du 1er juillet 2017 ; • autres logements : aux contrats de location signés à compter du 1er janvier 2018. **Dispense :** • lorsqu'un état de l'installation intérieure d'électricité a été réalisé selon les exigences de l'article L. 134-7 du Code de la construction et de l'habitation depuis moins de 6 ans à la date à laquelle ce document doit être produit (391) ; • lorsque l'installation intérieure d'électricité a fait l'objet d'une attestation de conformité relative à la mise en conformité ou à la mise en sécurité de l'installation électrique, visée par un organisme agréé (392), à condition que cette attestation ait été établie depuis moins de 6 ans à la date à laquelle ce document doit être produit (393).	Responsabilité civile du bailleur.

(383) Prévu par C. santé publ., art. L. 1334-5 et L. 1334-7.
(384) C. santé publ., art. L. 1334-7, al. 4 et R. 1334-11.
(385) C. santé publ., art. L. 1334-7, al. 3.
(386) D. nº 2016-1105, 11 août 2016, relatif à l'état de l'installation intérieure d'électricité dans les logements en location.
(387) D. nº 2016-1105, 11 août 2016, art. 2. Art. 4 : Un état de l'installation intérieure d'électricité, réalisé selon les exigences de l'article L. 134-7 du Code de la construction et de l'habitation, tient lieu d'état de l'installation intérieure d'électricité prévu à l'article 3-3 de la loi nº 89-462 du 6 juill. 1989, s'il a été réalisé depuis moins de six ans à la date à laquelle ce document doit être produit.
(388) D. nº 2016-1105, art. 3. Trois ans pour le diagnostic avant vente.
(389) D. nº 2016-1105, 11 août 2016, art. 1er.
(390) D. nº 2016-1105, 11 août 2016, art. 6.
(391) D. nº 2016-1105, 11 août 2016, art. 4.
(392) Par le ministre chargé de l'énergie en application du décret nº 72-1120 du 14 décembre 1972.
(393) D. nº 2016-1105, 11 août 2016, art. 5.

Type	Contenu	Durée de validité	Champ d'application	Sanction
État de l'installation intérieure de gaz (394)	Même contenu que celui figurant dans l'état de l'installation intérieure de gaz prévu, en cas de vente (395). Au titre des parties privatives des locaux à usage d'habitation qui constituent la résidence principale du preneur ainsi que dans leurs dépendances.	6 ans (396)	Locaux d'habitation comportant une installation intérieure de gaz réalisée depuis plus de 15 ans ou dont le dernier certificat de conformité date de plus de 15 ans (397). **Entrée en vigueur** (398) : • logements situés dans un immeuble collectif dont le permis de construire a été délivré avant le 1er janvier 1975 : à tous les contrats de location signés à compter du 1er juillet 2017 ; • autres logements : tous les contrats de location signés à compter du 1er janvier 2018. **Dispense :** • lorsqu'un état de l'installation intérieure de gaz a été réalisé selon les exigences de l'article L. 134-6 du Code de la construction et de l'habitation depuis moins de 6 ans à la date à laquelle ce document doit être produit (399) ; • lorsqu'un état de l'installation intérieure de gaz a été réalisé avant l'entrée en vigueur du décret de 2016 dans le respect des conditions de ses articles 2 et 3, par un organisme d'inspection accrédité (400), cet état tient lieu d'état de l'installation intérieure de gaz s'il a été réalisé depuis moins de 6 ans à la date à laquelle ce document doit être produit (401).	Responsabilité civile du bailleur.
Radon (402)	Obligation d'informer les locataires de l'existence du risque. Les informations sont données dans l'état des risques et pollutions (ERP).	6 mois	Depuis le 1er juillet 2018. Si l'immeuble est situé en zone de niveau 3 (403).	

(394) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, relatif à l'état de l'installation intérieure de gaz dans les logements en location.
(395) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, art. 2. Art. 4 : Un état de l'installation intérieure de gaz, réalisé selon les exigences de l'article L. 134-6 du Code de la construction et de l'habitation, tient lieu d'état de l'installation intérieure de gaz prévu à l'article 3-3 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989, s'il a été réalisé depuis moins de six ans à la date à laquelle ce document doit être produit.
(396) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, art. 3. Trois ans pour le diagnostic avant vente.
(397) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, art. 1er.
(398) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, art. 6.
(399) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, art. 4.
(400) Pour la réalisation de diagnostics des installations intérieures de gaz par le Comité français d'accréditation (Cofrac) ou un autre organisme, signataire de l'accord européen multilatéral pris dans le cadre de la coordination européenne des organismes d'accréditation (EA).
(401) D. nº 2016-1104, 11 août 2016, art. 5.
(402) Ord. nº 2016-128, 10 févr. 2016 : *JO* 11 févr. 2016.
(403) C. santé publ., art. L. 1333-29. Le classement en zones 1, 2 et 3 résulte d'un arrêté du 27 juin 2018 (NOR : SSAP1817819A : *JO* 30 juin 2018).

– Contenu. – Les diagnostics requis sont les suivants (404) : **3149**

L'article 147 de la loi Elan excluait la nécessité d'annexer les diagnostics techniques aux baux portant sur les locations saisonnières, mais il a été censuré par le Conseil constitutionnel. **3150**

Depuis le 25 novembre 2018, le dossier de diagnostic technique est adressé au locataire par voie dématérialisée, sauf opposition explicite du locataire ou du propriétaire (405).

Section III Le mesurage

– Obligations du bailleur. – Le contrat de location doit être établi par écrit et respecter un contrat type défini par décret en Conseil d'État (406), pris après avis de la Commission nationale de concertation. La surface habitable des locaux loués doit obligatoirement y figurer (407). **3151**

La surface habitable d'un logement est la surface de plancher construite, après déduction des surfaces occupées par les murs, cloisons, marches et cages d'escaliers, gaines, embrasures de portes et de fenêtres ; le volume habitable correspond au total des surfaces habitables ainsi définies multipliées par les hauteurs sous plafond. Il n'est pas tenu compte de la superficie des combles non aménagés, caves, sous-sols, remises, garages, terrasses, loggias, balcons, séchoirs extérieurs au logement, vérandas, volumes vitrés prévus à l'article R. 111-10 du Code de la construction et de l'habitation, locaux communs et autres dépendances des logements, ni des parties de locaux d'une hauteur inférieure à 1,80 mètre (408).

– Sanctions. – À défaut de mention de la surface habitable, le locataire peut, dans un délai d'un mois à compter de la prise d'effet du contrat de location, mettre en demeure le bailleur de porter cette information au bail. À défaut de réponse du bailleur dans le délai d'un mois ou en cas de refus de ce dernier, le locataire peut saisir, dans le délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente afin d'obtenir, le cas échéant, la diminution du loyer (409). **3152**

Lorsque la surface habitable de la chose louée est **inférieure** de plus d'un vingtième à celle exprimée dans le contrat de location, le bailleur supporte, à la demande du locataire, une diminution du loyer proportionnelle à l'écart constaté. À défaut d'accord entre les parties ou à défaut de réponse du bailleur dans un délai de deux mois à compter de la demande en diminution de loyer, le juge peut être saisi, dans le délai de quatre mois à compter de cette même demande, afin de déterminer, le cas échéant, la diminution de loyer à appliquer. La diminution de loyer acceptée par le bailleur ou prononcée par le juge prend effet à la date

(404) L. 1989, art. 3-3. État parasitaire non exigé.
(405) Il en est de même pour les extraits du règlement de copropriété.
(406) D. n° 2015-587, 29 mai 2015, relatif aux contrats types de location de logement à usage de résidence principale. Annexe 1 : Contrat type de location ou de colocation de logement nu et Annexe 2 : Contrat type de location ou de colocation de logement meublé (soumis au titre I^er^ *bis* de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986). Ce contrat type ne concerne ni les locations de logements conventionnés, ni la colocation à baux multiples.
(407) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 3, al. 6. Issu de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 à l'initiative de la commission des finances du Sénat « afin de faciliter l'instruction des dossiers par les commissions de médiation mises en place par la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant un droit au logement opposable » (Rapp. AN n° 1357, comm. ss art. 24 *quater*).
(408) CCH, art. R. 111-2, al. 2 et 3.
(409) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 3 *in fine*.

de signature du bail. Si la demande en diminution du loyer par le locataire intervient plus de six mois à compter de la prise d'effet du bail, la diminution de loyer acceptée par le bailleur ou prononcée par le juge prend effet à la date de la demande (410).

3153 **– Champ d'application. –** L'obligation de mention dans le bail de la surface habitable figurant à l'article 3 ne s'applique qu'aux baux soumis à la loi de 1989, titres 1er et 1er *bis*, savoir les logements nus ou meublés, à titre de résidence principale. Le titre 1er *ter* (art. 25-12) ne le rend pas applicable au bail mobilité.

Il résulte de l'article 40 de la loi que ces dispositions ne sont pas applicables à :
- logements HLM non conventionnés ;
- baux loi 1948 ;
- logements régis par une convention donnant droit à l'aide personnalisée au logement (411) ;
- logements des résidences universitaires.

SOUS-TITRE II

Des traitements différenciés des différents baux d'habitation

CHAPITRE I La durée des baux

3154 La durée du contrat de location est une modalité de protection du locataire, du droit au logement, droit fondamental affirmé par le premier article de la loi du 6 juillet 1989. Le droit à la reconduction du bail en est une application pratique. Le bailleur ne peut y faire échec que pour des motifs limitativement prévus et encadrés :
- pendant le cours du bail : résiliation ;
- au terme du bail : congé.

Le droit à la reconduction suppose une occupation régulière des lieux loués à titre de résidence principale. La **résidence principale** est entendue par la loi du 6 juillet 1989 comme le logement occupé au moins **huit mois par an**, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure, soit par le preneur ou son conjoint, soit par une personne à charge au sens du Code de la construction et de l'habitation. Il appartient au bailleur de prouver que le logement n'est plus la résidence principale du locataire pour sortir du champ d'application de cette loi.

3155 La loi du 6 juillet 1989 apporte une protection accrue au locataire. Nous avons choisi de présenter les différentes dispositions dans un tableau synoptique et comparatif. **Voir tableau grand format en pièce externe disponible à la fin du rapport**. Les développements qui suivent ont été choisis pour leur technicité et/ou leur nouveauté.

(410) L. nº 89-462, 6 juill. 1989, art. 3-1.
(411) Convention conclue en application de l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation.

– Congé pour vente ou reprise. Incidence de la vente du logement en cours de bail. **3156**
– Si le logement nu à titre de résidence principale (412) a été vendu en cours de bail, le nouveau propriétaire doit respecter un certain délai avant de pouvoir donner congé pour vendre ou pour habiter au locataire en place (413) :

Congé pour reprise. Le terme du bail survient :
- moins de deux ans après la vente : le bailleur peut donner congé à l'échéance du bail, mais il ne prendra effet qu'à l'expiration d'un délai de deux ans à partir de la date d'achat (414) ;
- plus de deux ans après la vente : le bailleur peut donner congé à l'échéance du bail.

Exemple

Vente du logement : 15 juin 2019.
Terme du bail : 20 juillet 2020.
Le congé doit être délivré au plus tard le 20 janvier 2020. Le congé prendra effet le 15 juin 2021.

Congé pour vente. Le terme du bail survient :
- moins de trois ans après la vente : pour le terme du premier renouvellement ou de la première reconduction du bail en cours au moment de l'achat (415) ;
- plus de trois ans après la vente : pour l'échéance du bail.

Exemple

Vente du logement : 1er mars 2015.
Terme du bail : 31 mai 2017.
Le congé doit être délivré au plus tard le 30 novembre 2019, soit six mois avant le 31 mai 2020, terme de la première reconduction.
S'agissant du dispositif de prorogation résultant de l'article II de la loi de 1989, nous renvoyons au tableau comparatif figurant *infra*, au n° 3165.

– **Interprétation complexe. –** Le texte emploie trois termes anodins, mais dont l'interpré- **3157**
tation est loin d'être aisée :
- en cas d'**acquisition :** faut-il entendre « vente », le texte visant à « lutter contre des opérations immobilières purement spéculatives visant à racheter des logements occupés et à les reprendre dans la foulée pour réaliser une plus-value financière » (416) ou également

(412) L. 1989, art. 15-I. Issu de la loi Alur et modifié par la loi Macron du 6 août 29015. Applicable uniquement aux logements nus loués à titre de résidence principale (*i.e.* titre 1er de la loi de 1989, et non aux logements meublés du titre 1er *bis*, pour lesquels le bailleur peut donner congé pour reprise ou vendre).
(413) Ce dispositif d'applique aux congés délivrés à compter du 8 août 2015, même si le bail a été conclu avant la loi Alur.
(414) Par ex. : vente du logement le 15 juin 2019 et terme du bail le 20 juillet 2020 : le congé doit être reçu par le locataire au moins six mois avant le terme du bail, soit le 20 janvier 2020 au plus tard, le congé ne prendra effet qu'au 15 juin 2021.
(415) Il s'agit de la signature de l'acte authentique de vente.
(416) Rapp. AN n° 1329, 26 juill. 2013, par G. Hamel, p. 106.

tout moyen d'acquérir la propriété (417) comme les successions, donations ? Nous retiendrons la première lecture (418) mais en incluant les adjudications ;

- d'un **bien** (419) : l'acquisition doit-elle avoir porté sur :
  - la pleine propriété, ou aussi sur un droit réel démembré ? La vente à la même personne de la nue-propriété et de l'usufruit emporte report du délai de congédiement. La réponse est moins évidente en cas d'acquisition de l'un ou de l'autre des droits démembrés. Elle doit être affirmative en cas de vente de la nue-propriété, la nue-propriété ayant vocation à la pleine propriété, et devrait l'être aussi en cas de vente de l'usufruit, s'agissant d'un droit réel immobilier, et l'usufruitier étant le bailleur en vertu de l'article 595 du Code civil, et par suite celui qui pourrait délivrer congé,
  - la toute propriété, ou aussi sur des droits indivis ? La vente à la même personne de tous les droits indivis emporte report du délai de congédiement. En revanche, la vente de partie des droits indivis ne porte pas sur l'entier logement. Toutefois, nous considérons que le texte est également applicable et que les parties et coïndivisaires doivent être informés (420),
  - la pleine propriété, ou aussi sur des droits sociaux donnant vocation à cette pleine propriété ? Leur cession ouvre les droits de préemption des articles 10 et 10-1 de la loi de 1975, mais l'article 15 de la loi de 1989 n'en fait aucune mention. Il semble donc exclu d'étendre à cette hypothèse le dispositif de report du délai de congédiement, sous réserve d'une manœuvre frauduleuse ;
- **occupé :**
  - il convient de comprendre en vertu d'un bail d'habitation nu, portant locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, et qui constituent la résidence principale du preneur, soumis au régime de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, seul concerné par les dispositions de l'article 15 (421). La location meublée régie par la loi de 1989 obéit à des règles spéciales de congédiement (422),
  - le texte n'exige pas d'occupation effective, ce qui protège le locataire en cas de sous-location. Dans le même sens, rien ne s'opposerait à l'application aux locataires personnes morales bénéficiant d'une extension conventionnelle du statut.

3158 – Sanctions. – Le texte ne prévoit pas de sanction spécifique à défaut de respect de ce dispositif de report du délai de congédiement. Il nous semble que les sanctions encourues seraient :

- inopposabilité du congé, ne faisant pas échec à la reconduction tacite du bail à son échéance ;
- report des effets du congé qui serait alors considéré comme « prématuré » : le locataire ne pourrait pas encore exercer son droit de préemption (devant attendre les deux premiers mois du délai de préavis de six mois qui précède la fin du bail), ni renoncer à l'offre, le

(417) Au sens du livre troisième du Code civil, intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ».
(418) En ce sens CA Paris, pôle 4, ch. 4, 12 mars 2019, n° 16/17263 : *Rev. loyers* avr. 2019, n° 996, p. 177. – Comité de consultation du Cridon de Paris réuni le lundi 24 octobre 2016. Flash du Cridon de Paris du 28 octobre 2016 : Ne sont pas concernées par les nouvelles dispositions ni les transmissions à titre gratuit entre vifs (donation), ni la transmission successorale aux héritiers du bailleur dont de surcroît, ces derniers continuent la personne.
(419) Comprendre « logement » pour rester cohérent avec les dispositions de l'article.
(420) E. Colas, *Délivrer un congé après l'acquisition d'un bien occupé* : *Dr. et patrimoine* juill.-août 2016, n° 260, p. 40.
(421) En outre, en cas d'extension conventionnelle du statut.
(422) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 25-8.

droit n'étant pas encore ouvert. Sans que le propriétaire puisse retirer son congé en vertu d'une jurisprudence constante (423), ou relouer le bien libéré par le locataire à la suite de ce congé. **Un joli casse-tête d'inaliénabilité temporaire qu'il conviendrait d'éviter** (424) **!**

– Le congé reprise pour habiter, un congé à justifier. – Ce congé doit indiquer les **3159** nom et adresse du bénéficiaire de la reprise, ainsi que la nature du lien existant entre le bailleur et le bénéficiaire de la reprise (425), qui ne peut être que le bailleur, son conjoint, le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire.

Par ailleurs, le bailleur doit justifier du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise (426). Depuis le 1er janvier 2018, le bailleur doit joindre à la lettre de congé une notice d'information relative aux obligations du bailleur et aux voies de recours et d'indemnisation du locataire (427), laquelle prévoit notamment que le congé pour reprise doit comporter plusieurs mentions spécifiques :

- la mention que le bailleur entend reprendre le logement pour l'habiter ou pour y loger l'un de ses proches ;
- les nom et adresse du bénéficiaire de la reprise ;
- la nature du lien de parenté qui existe entre le bénéficiaire et le bailleur ;
- une mention justifiant du caractère réel et sérieux de la décision de reprise ;
- dans le cas où le bailleur est une société civile immobilière familiale, le congé doit indiquer le nom et l'adresse de l'associé bénéficiaire de la reprise.

Cette exigence supplémentaire de justification issue de la loi Alur vise à permettre au juge en cas de contestation de contrôler la justification du congé, mais suscite des difficultés d'interprétation. S'agit-il d'un contrôle de la réalité du congé ou de son opportunité ? Il nous semble que le contrôle doit s'attacher à la réalité du congé au risque de vider ce motif de congé de tout contenu (428).

(423) Cass. 3e civ., 10 déc. 2008, no 07-15.386 : *Bull. civ.* 2008, III, no 202 ; *JurisData* no 2008-046205 ; *Loyers et copr.* 2009, comm. 2. – Cass. 3e civ., 19 mai 2010, no 09-13.474 : *Bull. civ.* 2010, III, no 99.

(424) Pour un infléchissement de la jurisprudence, V. not. C. Coutant-Lapalus, *Les dangers d'un congé pour vendre anticipé* : *JCP* N 2012, no 35, 1312. – E. Morgantini, *Congé pour vendre anticipé : peut-on vendre quand même ?* : *Cah. Cridon Lyon* mars 2012, p. 16.

(425) Depuis la loi Alur. Antérieurement la précision du lien de parenté n'était pas exigée : Cass. 3e civ., 2 févr. 2000, no 98-13.690 : *JurisData* no 2000-000235 ; *Loyers et copr.* 2000, comm. 86. Ces précisions s'imposent aux locations nues et meublées soumises à la loi de 1989.

(426) Cette exigence de justification s'impose aux locations nues, mais pas aux locations meublées soumises à la loi de 1989.

(427) V. A. 13 déc. 2017, relatif au contenu de la notice d'information relative aux obligations du bailleur et aux voies de recours et d'indemnisation du locataire jointe au congé délivré par le bailleur en raison de sa décision de reprendre ou de vendre le logement : *JO* no 0296, 20 déc. 2017. **Arrêté pris en application de l'article 15 de la loi de 1989 et par conséquent non applicable aux locations meublées (*i.e.* art. 25-8 qui prévoit également un congé pour reprise).**.

(428) La loi de 1948 prévoit un droit de reprise pour habiter sans relogement qui impose que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux et à ceux de membres de sa famille (art. 19) imposant une appréciation.

La loi Alur a renforcé les pouvoirs de contrôle du juge afin de lutter contre les congés frauduleux. Ce dernier exerce deux contrôles (429) :

- contrôle *a priori* :
  - du caractère réel et sérieux de l'intention de reprise : le motif doit être vraisemblable, sérieux au regard des circonstances de la reprise,
  - du caractère légitime de l'intention de reprise,
  - en cas de contestation, le juge peut, même d'office, vérifier la réalité du motif du congé et le respect des obligations prévues à l'article 15. Il peut notamment déclarer non valide le congé si la non-reconduction du bail n'apparaît pas justifiée par des éléments sérieux et légitimes ;
- contrôle *a posteriori* :
  - le bénéficiaire de la reprise doit y habiter, et ce à titre de résidence principale (430) ;
  - dans un délai raisonnable (431) ;
  - la charge de la preuve incombant au bailleur ou au bénéficiaire de la reprise (432) ;
  - sans que la loi n'impose une durée de cette obligation d'habiter, dans la mesure où le désir d'habiter au moment du congé ne peut être contesté.

3160 Les sanctions encourues sont les suivantes :

- sanctions civiles :
  - nullité du congé,
  - réintégration du locataire :
    - les auteurs sont partagés (433),
    - elle a été admise en jurisprudence (434) sauf si elle est devenue impossible (435), mais également refusée (436),
  - dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ;
- sanctions pénales (437) : le fait pour un bailleur de délivrer un congé justifié frauduleusement par sa décision de reprendre ou de vendre le logement est puni d'une amende pénale dont le montant ne peut être supérieur à 6 000 € pour une personne physique et

(429) Avant la loi Alur, le bailleur n'avait pas à motiver le congé autrement que par la reprise, sans avoir notamment à justifier du besoin du relogement (Cass. 3e civ., 3 avr. 1997 : *Loyers et copr.* 1997, comm. 161). Le juge ne pouvait contrôler l'opportunité de la reprise (Cass. 3e civ., 15 mai 1996 : *Rev. loyers* 1996, p. 362), et ne pouvait exercer qu'un contrôle de la réalité du congé. Les sanctions du congé frauduleux retenues par les sujets étaient indemnitaires, ces derniers étant réticents à admettre la réintégration du locataire.

(430) CA Paris, 6e ch. B, 26 mai 2005, no 04/00060 : *JurisData* no 2005-273536 : le bailleur qui exerce son droit de reprise sur les lieux loués contracte l'obligation de venir les occuper réellement et personnellement à titre de résidence principale à la fin du bail.

(431) Cass. 3e civ., 21 févr. 2001, no 99-12.261 : *JurisData* no 2001-008351 ; *Loyers et copr.* 2001, comm. 200, obs. B. Vial-Pedroletti ; *AJDI* 2001, p. 433, note S. Beaugendre.

(432) Cass. 3e civ., 6 avr. 2004 : *Rev. loyers* 2004, p. 518.

(433) Pour : J.-L. Aubert et Ph. Bihr, *La location d'habitation, loi du 6 juill. 1989, mod. loi du 21 juill. 1994*, Sirey, 2e éd. 1994, no 287, p. 201. – O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat*, LGDJ, 1999, no 349, p. 279. – F. Bérenger, *La réintégration du locataire expulsé* : *Ann. loyers* 2012, p. 36. – *Contra* C. Beddeleem, *Guide des baux d'habitation et mixtes* : *Ann. loyers* 2008, no 1865.

(434) CA Paris, 14e ch. B, 7 juill. 2006, no 06/01911 : *JurisData* no 2006-308842 ; *Loyers et copr.* 2006, comm. 195.

(435) Logement vendu (CA Lyon, 8e ch. civ., 6 avr. 2010, no 09/00701 : *JurisData* no 2010-015948. – CA Paris, 6e ch. C, 20 mars 2007, no 06/11846 : *JurisData* no 2007-329185), ou reloué (CA Paris, pôle 4, 4e ch., 11 janv. 2011, no 07/22207 : *JurisData* no 2011-000629). – *Contra* : dans cette affaire, le bailleur ne l'avait pas révélé à la cour (CA Paris, 8e ch. B, 19 févr. 2009 : *JurisData* no 2009-378285).

(436) CA Paris, 6e ch. A, 3 juill. 1991 : *Loyers et copr.* 1991, comm. 410. – CA Paris, 6e ch. C, 14 oct. 1997 : *JurisData* no 1997-022736 ; *Loyers et copr.* 1998, comm. 6. – CA Paris, 6e ch. C, 7 janv. 1998, no 95/25889 : *JurisData* no 1998-020006 ; *Loyers et copr.* 1998, comm. 92. – CA Rouen, ch. app. prioritaires, 1er mars 2005, no 03/03762 : *JurisData* no 2005-266926 ; *Loyers et copr.* 2005, comm. 128, obs. B. Vial-Pedroletti.

(437) Applicables aux locations nues et meublées soumises à la loi de 1989.

à 30 000 € pour une personne morale. Le montant de l'amende est proportionné à la gravité des faits constatés. Le locataire est recevable dans sa constitution de partie civile et la demande de réparation de son préjudice (438).

– Locataires protégés et droit au relogement. – Le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement du bail en donnant congé à l'égard de tout locataire : **3161**

- âgé de plus de soixante-cinq ans (439) (à la date d'échéance du bail) ;
- et dont les ressources annuelles sont inférieures (à la date de notification du congé) à un plafond de ressources en vigueur pour l'attribution des logements locatifs conventionnés fixé par arrêté du ministre chargé du logement ;
- ou ayant à sa charge une personne de plus de soixante-cinq ans (à la date d'échéance du bail) vivant habituellement dans le logement et remplissant la condition de ressources (à la date de notification du congé), et que le montant cumulé des ressources annuelles de l'ensemble des personnes vivant au foyer est inférieur audit plafond de ressources (à la date de notification du congé) (440) ;
  sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans les limites géographiques prévues à l'article 13 *bis* de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée.

Le locataire bénéficie dans ce cas d'un droit au relogement.

Il résulte du renvoi à la loi de 1948 que le logement offert doit être :

- en bon état d'habitabilité, remplissant des conditions d'hygiène normales ou au moins équivalentes à celles du local objet de la reprise et correspondant à ses besoins personnels ou familiaux et, le cas échéant, professionnels, et à ses possibilités ;
- situé :
  - dans le même arrondissement ou les arrondissements limitrophes ou les communes limitrophes de l'arrondissement où se trouve le local, objet de la reprise, si celui-ci est situé dans une commune divisée en arrondissements,
  - dans le même canton ou dans les cantons limitrophes de ce canton inclus dans la même commune ou dans les communes limitrophes de ce canton si la commune est divisée en cantons,
  - dans les autres cas sur le territoire de la même commune ou d'une commune limitrophe, sans pouvoir être éloigné de plus de cinq kilomètres.

Par exception, ces dispositions ne sont pas applicables :

- lorsque le bailleur est une personne physique âgée de plus de soixante-cinq ans (à la date d'échéance du bail) ;
- ou si ses ressources annuelles sont inférieures (à la date de notification du congé) audit plafond de ressources ;
- ou s'il reloge le locataire.

Ainsi, en présence d'un locataire protégé, le bailleur ne peut donner congé et le bail est automatiquement renouvelé sauf si le bailleur :

- a plus de soixante-cinq ans (à la date d'échéance du bail) ;
- ou possède (à la date de notification du congé) des revenus inférieurs aux mêmes plafonds de ressources ;
- ou s'il reloge le locataire.

(438) L. 1989, art. 15, IV.
(439) Avant la loi Alur, soixante-dix ans.
(440) Issu de la loi Macron. Difficulté d'appréciation de la notion de personne à charge. Il serait opportun de se référer à la notion en matière d'aide personnalisée au logement (APL) (CCH, art. R. 351-8).

Ce dispositif de protection est applicable aux logements nus et aux logements meublés loués à titre de résidence principale.

3162 – Le droit au maintien dans les lieux des titulaires de baux soumis à la loi de 1948. – Les occupants de bonne foi (441) bénéficient d'un droit au maintien dans les lieux (442). Le bailleur ne peut délivrer un congé pour vendre, et ne peut donner congé que pour deux motifs dans des conditions restrictives.

- **Reprise pour habiter** (443) **:**
  - à titre de résidence principale, pour le bailleur (444) ou son époux, ou ses ascendants ou descendants, les ascendants ou descendants de son époux ;
  - obligation de proposer au locataire une solution de relogement conforme à ses besoins, sauf si le bailleur :
    - a acquis le logement il y a au moins dix ans (445), délai réduit à quatre ans s'il peut justifier auprès du juge qu'il a acheté le bien en vue de l'habiter,
    - est lui-même évincé d'un logement qu'il loue à un bailleur qui exerce un droit de reprise,
    - est lui-même évincé d'un logement qui fait l'objet d'une expropriation ou d'une mesure d'interdiction d'habiter dans les lieux pour cause de péril ou d'insalubrité,
    - ne bénéficie plus de son logement de fonction pour des raisons indépendantes de sa volonté,
    - et dans ces trois derniers cas, sauf s'il est déjà propriétaire d'un autre logement libre et correspondant à ses besoins normaux (446) et à ceux des membres de sa famille vivant habituellement ou domiciliés avec lui ;
  - relogement : le local doit être en bon état d'habitation, remplir des conditions d'hygiène normales ou au moins équivalentes à celles du local objet de la reprise et correspondre à ses besoins personnels ou familiaux et, le cas échéant, professionnels, et à ses possibilités financières ;
  - exception : ce droit de reprise ne peut pas être exercé par le bailleur si le locataire du logement :
    - est âgé de plus de soixante-dix ans,
    - et dispose de ressources annuelles inférieures à 1,5 fois le montant annuel du Smic brut,
    - sauf si le bénéficiaire de la reprise (447) est lui-même âgé de plus de soixante-cinq ans ;
  - par acte extrajudiciaire ;

(441) C'est-à-dire ayant un comportement ne révélant pas de manquements graves et répétés à ses obligations.

(442) Cette réglementation d'après-guerre visait à protéger contre la pénurie de logements. Nous ne pourrons développer le champ d'application de ce dispositif protecteur. Il ne peut concerner que les logements dont les locataires sont entrés dans les lieux avant le 23 décembre 1986, occupant effectivement le logement à titre de résidence principale, depuis au moins huit mois au cours d'une année de location, n'ayant pas fait l'objet d'une décision définitive d'expulsion. L'occupation du logement doit être suffisante (par ex. : insuffisant si personne seule et plus de trois pièces habitables). Le logement ne doit pas être un accessoire au contrat de travail.

(443) L. 1948, art. 18 et s.

(444) De nationalité française ou ressortissant d'un État membre de l'Union européenne.

(445) En cas d'acquisition à titre gratuit, les délais prévus au présent alinéa courent à partir de la dernière acquisition à titre onéreux.

(446) Difficulté d'interprétation à raison de sa subjectivité. Large pouvoir d'appréciation du juge.

(447) Le propriétaire ou l'un de ses proches.

- délai de préavis :
  - avec offre de relogement au locataire : trois mois,
  - autres cas : six mois ;
- contenu du congé :
  - proposition de relogement :
  - l'acte d'huissier doit indiquer à peine de nullité :
  - le nom et l'adresse du propriétaire du local offert,
  - l'emplacement de celui-ci,
  - le nombre de pièces qu'il comporte,
  - le degré de confort,
  - le loyer,
  - le délai à l'expiration duquel il veut effectuer la reprise et pendant lequel il peut être pris possession du local offert, délai qui ne peut être inférieur à trois mois s'il s'agit d'un locataire (448),
  - l'identité du bénéficiaire de la reprise ainsi que sa situation de famille et sa profession ;
  - sans proposition de relogement :
  - l'acte d'huissier doit à peine de nullité :
  - indiquer que le droit de reprise est exercé en vertu de l'article 19 de la loi de 1948,
  - préciser la date et le mode d'acquisition de l'immeuble,
  - faire connaître le nom et l'adresse du propriétaire qui loge le bénéficiaire ainsi que l'emplacement et le nombre de pièces du local occupé par ce dernier. En effet, le bénéficiaire de ce droit de reprise est tenu de mettre à la disposition du locataire ou de l'occupant dont il reprend le local, le logement qui, le cas échéant, pourrait être rendu vacant par l'exercice de ce droit (449) ;
- obligation d'exercice effectif de la reprise dans un délai de trois mois à compter du départ du locataire, et pour une durée minimum de trois ans (450).

- **Reprise en vue de construire** (451) **:**
  - en vue de la réalisation de travaux de (*i*) démolition pour reconstruction, (*ii*) surélévation, ou (*iii*) d'addition de construction ;
  - obligation de proposer au locataire une solution de relogement conforme à ses besoins ;
  - le congé doit reproduire le motif du congé et les dispositions des articles 13 et 13 *bis* de la loi de 1948 ;
  - préavis de six mois ;
  - par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou acte d'huissier ou remise en main propre contre émargement ou récépissé.

(448) Si, dans le délai d'un mois à compter de la signification de l'acte extrajudiciaire, le locataire ou l'occupant donne son acceptation écrite à la proposition qui lui est faite, il doit remettre le local qu'il occupe à la disposition du propriétaire, au plus tard à la date fixée pour la reprise dans l'acte extrajudiciaire. Si, dans le même délai d'un mois, le locataire ou l'occupant refuse ou ne fait pas connaître sa décision, le propriétaire l'assigne, suivant la procédure prévue au chapitre V de la loi 1948, aux fins de nomination d'un expert.

(449) Le bénéficiaire du droit de reprise devra notifier à son propriétaire l'action qu'il exerce par acte extrajudiciaire dans le même délai. Le propriétaire de son logement ne pourra s'opposer à la venue de ce nouveau locataire ou occupant qu'en excipant de motifs sérieux et légitimes. S'il entend user de ce droit, il devra, à peine de forclusion, saisir la juridiction compétente aux termes des articles 46 et suivants dans un délai de quinze jours à dater de la modification susvisée. Cette notification devra, à peine de nullité, indiquer que, faute par le propriétaire d'avoir saisi la juridiction compétente dans le délai de quinze jours, il sera forclos. Le nouvel occupant aura le titre d'occupant de bonne foi.

(450) À défaut, le propriétaire est privé de tout droit de reprise, outre une amende civile de 7,5 à 150 € et la réparation du préjudice causé, sauf survenance de force majeure ou d'un cas fortuit (art. 62).

(451) L. 1948, art. 11 et s.

CHAPITRE II Les droits de préemption du locataire et la prorogation des baux

3163 Le locataire d'habitation ne dispose pas d'un droit de préemption en toutes circonstances. Par principe, le bailleur peut vendre le bien loué sans avoir à le proposer au locataire. La loi de 1989 prévoit même qu'en cas de mutation à titre gratuit ou onéreux du logement, le nouveau bailleur est tenu de notifier au locataire son nom ou sa dénomination et son domicile ou son siège social ainsi que, le cas échéant, ceux de son mandataire (452).

Néanmoins, le locataire bénéficie d'un droit de préemption dans des hypothèses nombreuses et variées, sans hiérarchie (453) :

- à l'occasion de la délivrance d'un congé ;
- en cas de vente consécutive à la division initiale d'un immeuble ou à la subdivision de tout ou partie d'un immeuble par lots ;
- en cas de vente d'un immeuble entier ;
- sans omettre le renforcement des droits des locataires en vertu des accords collectifs des 9 juin 1998 et 16 mars 2005.

Par ailleurs, la loi Alur a introduit deux autres dispositifs de protection :

- prorogation des baux en cas de mise en copropriété d'un immeuble situé en zone tendue (454) ;
- modification des délais de congé en cas d'acquisition d'un bien occupé (455).

Outre les dispositifs de prorogation et de renouvellement issus des accords collectifs et de la loi SRU (456).

Ces dispositifs sont **complexes**, et de surcroît en cas de superposition et d'échelonnement ; en effet, l'acquisition d'un immeuble entier précède souvent une revente par lots.

Nous renvoyons aux développements du 112e Congrès des notaires de France (457) et vous proposons une autre approche :

- Tableau schématique des droits des locataires en cas de vente en bloc ou par lots (**Section I**) ;
- Tableau synoptique et comparatif des droits de préemption du locataire et des dispositifs de prorogation des baux (**Section II**).

(452) L. 1989, art. 3.
(453) Cass. 3e civ., 14 déc. 1994 : *JurisData* no 1994-002348 ; *Bull. civ.* 1994, III, no 207 ; *JCP* N 1995, II, p. 1597, note Dagot et II, 22556 ; *D.* 1995, inf. rap. p. 25.
(454) L. 1989, art. 11-2.
(455) L. 1989, art. 15, I, al. 2.
(456) L. 1989, art. 11-1.
(457) Nantes, 2016, *La propriété immobilière : entre liberté et contraintes*, 3e commission, nos 2226 et s.

Section I Tableau schématique des droits des locataires en cas de vente en bloc ou par lots

	Nombre de logements	Zone	Loi 1975, art. 10	Loi 1975, art. 10-1	Loi 1989, art. 15	Accords collectifs	Loi 1989, art. 11-1	Loi 1989, art. 11-2
Vente en bloc	+ 5	tendue	NON	OUI sauf engagement de prorogation.	OUI si volonté de vendre libre.	NON	NON	NON car lié à la mise en copropriété.
Vente en bloc	+ 5	détendue	NON			NON	NON	NON
Vente en bloc	+ 10	tendue	NON			NON	NON	NON car lié à la mise en copropriété.
Vente en bloc	+ 10	détendue	NON			NON	NON	NON
Vente par lots	+ 5	tendue	OUI si première vente quelque soit le nombre sauf congé pour vente.	NON		NON	OUI si congé pour vente	OUI si consécutive à une mise en copropriété d'un immeuble de 5 logements ou plus.
Vente par lots	+ 5	détendue		NON		NON		NON
Vente par lots	+ 10	tendue		NON		OUI		OUI si consécutive à une mise en copropriété d'un immeuble de 5 logements ou plus
Vente par lots	+ 10	détendue		NON		OUI		NON

Section II Tableau synoptique et comparatif des droits de préemption du locataire et des dispositifs de prorogation des baux

3165 Voir tableau grand format en pièce externe disponible à la fin du rapport.

CHAPITRE III

La protection du locataire par l'encadrement des loyers, quand la protection rime avec stabilité

3166 – Une liberté relative et à géométrie variable. – Le principe de liberté de fixation du loyer a évolué au cours des dernières décennies. La loi du 23 décembre 1986 avait rétabli le principe de la liberté totale de fixation du loyer initial ou de renouvellement, après que la loi Quilliot du 22 juin 1982 avait réinstauré un contrôle des loyers. La loi Alur en a repris les principes en instaurant un dispositif visant à encadrer les loyers des baux initiaux (458) dans les zones dites « tendues », définies comme étant les zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements (459).

Le succès de ce dispositif n'a pas été au rendez-vous, ayant rencontré de nombreuses vicissitudes. Deux communes (Paris et Lille) y avaient eu recours, mais les arrêtés préfectoraux ont été annulés à la fin de l'année 2017 par les tribunaux administratifs (460) faute d'avoir imposé l'encadrement des loyers sur toute l'agglomération, comme la loi l'imposait, mais uniquement sur une partie.

(458) Interprétation stricte : vente uniquement sauf manœuvre dans le seul but de contourner la loi (par ex. : apport de l'immeuble puis cession de la totalité des titres). V. *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 420, *Préemption. - Droit de préemption du locataire. - Vente d'un immeuble entier (L. 13 juin 2006)*, n° 15. – CA Paris, 25 avr. 2006 : *Loyers et copr.* 2006, comm. 148, B. Vial-Pedroletti : inapplicable en cas d'apport.

(459) Exclusion de la vente partielle d'un immeuble même si le seuil est atteint.

(460) Inapplicable à la vente de lots de copropriété, même si le vendeur ne conserve ou a déjà vendu les locaux commerciaux et cède en une seule fois tous les locaux d'habitation de l'immeuble (Département immobilier du Cabinet Lefèvre-Pelletier et associés, *Principaux apports de la loi Aurillac* : *Rev. loyers* 2006, p. 314). En revanche, la question n'est pas tranchée dans les cas litigieux où « immeuble » ne rime pas avec « bâtiment », comme lorsque la vente porte sur : (i) un des bâtiments d'un ensemble immobilier, divisé ou non en volumes, ou (ii) des maisons individuelles édifiées sur une seule unité foncière. Les auteurs sont partagés. Pour les uns, le dispositif paraît applicable, dès lors que l'immeuble comprend plus de cinq logements et est vendu dans son intégralité à un acquéreur unique, par un vendeur unique, quand bien même l'immeuble comprend deux ou plusieurs bâtiments (Lefèvre-Pelletier et associés, par le Département immobilier du Cabinet d'avocats, *Principaux apports de la loi Aurillac* : *Rev. loyers* 2006, p. 314. – Ph. Pelletier et S. Fraîche-Dupeyrat, *Les baux d'habitation après la loi Alur*, LexisNexis, coll. « Actualité », 2014, n° 528. – Cridon de Paris, question 830705). Pour un autre, la vente d'un bâtiment après division cadastrale d'un tènement foncier comportant deux bâtiments indépendants ne saurait y échapper ; en revanche, une dépendance matérielle et fonctionnelle entre les deux bâtiments interroge sur la notion d'immeuble entier et par conséquent sur la nécessité d'appliquer le dispositif (V. *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 420, *Préemption. - Droit de préemption du locataire. - Vente d'un immeuble entier (L. 13 juin 2006)*, n° 25 : état de dépendance matérielle et fonctionnelle (s'ils sont par exemple desservis par une entrée unique, ou une chaudière collective unique, *etc.*).

Le principe issu de la loi Elan du 23 novembre 2018 est celui de la liberté même dans les zones dites « tendues » (461). La rédaction des articles 17 (462) et 17-2 (463) de la loi de 1989, a par conséquent été revue. Toutefois, ce principe de liberté est à tempérer. **L'encadrement du loyer initial est possible, à titre expérimental et optionnel** (464).

Par ailleurs, depuis la loi du 6 juillet 1989 (465), les loyers dans le cadre d'une relocation (466) ou d'un renouvellement de bail ne sont pas libres dans les zones tendues (467). Tous les ans depuis lors, un nouveau décret est pris pour encadrer ces loyers. Le dernier,

(461) Sur cette notion, V. *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 420, *Préemption. - Droit de préemption du locataire. - Vente d'un immeuble entier (L. 13 juin 2006)*, n° 20. Débats en ce qui concerne l'extension aux immeubles à usage mixte commercial et d'habitation. Contre : E. Jubault, *Le nouveau droit de préemption au profit du locataire. L. n° 2006-685, 13 juin 2006* : *JCP* N 2007, n° 19, 1173, note 8. – Pour : C. Fénardon, *Application et articulation des droits de préemption du locataire d'habitation* : *JCP* N 2007, 1194, n° 67. – Le Cridon de Paris considère que l'interprétation stricte doit laisser place à la finalité de la loi de protection du locataire contre le risque de perte de son logement. La présence de locaux commerciaux outre les cinq logements doit être inopérante. Nous partageons cet avis et considérons que les dispositions de l'article 10-1 de la loi sont applicables.

(462) Dix logements avant la loi Alur. Ce seuil de dix avait été choisi pour ne pas pénaliser les bailleurs privés, en tant qu'il permettait d'exclure la quasi-totalité de ces bailleurs, et était cohérent avec celui de l'article 11-1 de la loi de 1989 (également abaissé à cinq par la loi Alur) et des accords collectifs. Il pourrait être envisagé un retour au seuil initial de dix pour les bailleurs privés. Initialement, l'objectif de la loi Aurillac était de contraindre le propriétaire à vendre moyennant un prix « occupé ». Toutefois, l'abaissement du seuil laisse entendre une volonté de maintien dans les lieux des locataires par l'effet de la prorogation, sans omettre les effets pervers du droit de préemption subsidiaire.

(463) Département immobilier du Cabinet Lefevre-Pelletier et associés, *Principaux apports de la loi Aurillac* : *Rev. loyers* 2006, p. 313. Contrairement aux accords collectifs limitant à certains bailleurs.

(464) L. 1975, art. 10-1, II. *I.e.* Sociétés d'attribution. Non applicable à la cession de la totalité des parts de SCI.

(465) Cass. 3e civ., 11 févr. 2016, nos 14-25682 et 15-50079 : *Loyers et copr.* 2016, n° 84, note B. Vial-Pedroletti. E. Colas ; *Dr. et patrimoine* juill.-août 2016, n° 260, p. 16. : « seuls doivent être pris en compte, pour le calcul du nombre de logements rendant applicables les dispositions de l'article 10-1-I-A de la loi du 31 décembre 1975, les logements susceptibles d'être offerts à la location présentant les caractéristiques de décence fixées par le décret du 30 janvier 2002 ». Toutefois, l'arrêt faisant référence aux « logements susceptibles d'être offerts à la location », ce critère de décence n'est applicable qu'aux logements vacants. Un logement indécent mais loué doit être pris en compte. *Contra* CA Paris, ch. 1, 26 juin 2014, n° 13/02795 (arrêt censuré visé *supra*). La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce moyen, laissant entendre refuser de confirmer la position de la cour d'appel sur ce point. En ce sens : E. Colas : *Dr. et patrimoine* juill.-août 2016, n° 260, p. 16.

(466) Question discutée en l'absence d'arrêt de la Cour de cassation. Refus d'application à une personne morale (CA Paris, 2 févr. 2012 : *JurisData* n° 2012-001667 ; *Loyers et copr.* 2012, comm. 96, obs. B. Vial-Pedroletti. – CA Paris, 2e ch., 31 mai 2001, *SCM Centre d'échographie Victor-Hugo* c/ *Sté foncière Victor Hugo Étoile* : *JurisData* n° 2001-183374 ; *Gaz. Pal.* 28-29 août 2002, p. 14, note crit. M. Pialoux). – B. Vial-Pedroletti, *La protection renforcée des locataires lors de la vente de plus de dix logements dans un même immeuble : Loyers et copr.* 2006, comm. 9. – E. Colas : *Dr. et patrimoine* déc. 2015, p. 18. – 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière : entre liberté et contraintes*, 3e commission, « Le mécanisme de protection Aurillac : faut-il purger ou proroger ? », n° 2337. – *Contra* : Département immobilier du cabinet Lefèvre-Pelletier et associés, *Principaux apports de la loi Aurillac* : *Rev. Lamy dr. aff.* juill. 2006, p. 313 : « On peut regretter que la loi nouvelle accorde une protection inattendue au locataire qui n'avait dans l'immeuble qu'un pied à terre, ou encore à ceux qui louaient un logement meublé ou encore aux sociétés qui louent un logement pour l'usage d'un de leur dirigeant ou d'un membre de leur personnel ». Un rapport parlementaire a préconisé de restreindre le champ des personnes pouvant bénéficier des dispositions de l'article 10-1 (...) aux seules personnes physiques dont le logement concerné est la résidence principale, sans que ne soit affaiblie ni l'intention du législateur, ni la portée du dispositif (Rapp. AN n° 490, 7 déc. 2007 [2e proposition], sur la mise en application de la loi n° 2006-685 du 13 juin 2006 relative au droit de préemption et à la protection des locataires en cas de vente d'un immeuble, présenté par MM. J. Tibéri et Ch. Caresche).

(467) L. 1er sept. 1948, art. 4, al. 2 : « Sont réputés de bonne foi les locataires, sous-locataires, cessionnaires de baux à l'expiration de leur contrat ainsi que les occupants qui, habitant dans les lieux en vertu ou en suite d'un bail écrit ou verbal, d'une sous-location régulière, d'une cession régulière, d'un bail antérieur, d'un échange opéré dans les conditions légales, exécutent leurs obligations ».

daté du 26 juillet 2019 (468), prolonge pour une période d'une année les dispositions du décret n° 2017-1198 du 27 juillet 2017 (469) et prévoit des adaptations afin de prendre en compte la performance énergétique du logement (470).

Par conséquent, nous distinguerons, dans trois sections, la fixation du loyer à l'occasion de :
- la conclusion d'un premier contrat de location ou après inoccupation de plus de dix-huit mois ;
- la relocation ;
- le renouvellement du contrat.

Puis envisagerons dans deux dernières sections :
- la révision du loyer en cours de bail ;
- la majoration du loyer en cas de travaux d'amélioration.

Section I La fixation du loyer lors de la conclusion d'un premier contrat de location ou après inoccupation de plus de dix-huit mois

3167 Le loyer du bail initial est en principe libre mais ce principe a connu ou connaît des exceptions, les deux dernières résultant d'un dispositif d'encadrement du loyer initial dans des zones dites « tendues » :
- de la loi Alur : à titre optionnel ;
- de la loi Elan : à titre expérimental, pendant une durée de cinq ans, et optionnel. À ce jour, seules les villes de Paris et Lille ont instauré un tel dispositif.

Sous-section I Le principe : un loyer initial libre

3168 **– Champ d'application. –** La fixation du loyer des logements mis en location est libre (471), et ce même dans les vingt-huit agglomérations considérées comme « tendues » par le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 (472).

Ce principe s'applique aux baux soumis entièrement à la loi du 6 juillet 1989. Par conséquent, sont exclus :
- les logements appartenant à des organismes HLM (473) ;

(468) D. 30 juin 1977, art. 1er. – Cass. 3e civ., 16 avr. 1986 : *JCP* G 1987, II, 20742, note B. Vial-Pedroletti ; *Defrénois* 1987, art. 34001, note M. Vion : applicable également au locataire et pas seulement à l'occupant. Sauf si l'absence d'occupation est imputable au bailleur (CA Paris, 1re ch., 26 févr. 2015, n° 13/16815 : *JurisData* n° 2015-004029 ; *Loyers et copr.* 2015, comm. 107, note B. Vial-Pedroletti). Exclu pour les locataires personnes morales : CA Paris, 2 févr. 2012 : *JurisData* n° 2012-001667 ; *Loyers et copr.* 2012, comm. 96, obs. B. Vial-Pedroletti ; dans le même sens : Cass. 3e civ., 16 avr. 1986, préc.

(469) Cass. 3e civ., 15 nov. 2006, n° 04-15.679 : *JurisData* n° 2006-035904 ; *Bull. civ.* 2006, III, n° 226 ; *JCP* G 2006, IV, 3408.

(470) En tant qu'il est occupant sans droit ni titre.

(471) L'exploit d'huissier nous paraît plus opportun. Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, n° 13-20.976 : *JurisData* n° 2014-034985 ; *Loyers et copr.* mars 2015, n° 3, comm. 57 : la notification de l'offre de vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n'exclut pas sa signification par un acte d'huissier de justice.

(472) En cas de colocation, notification à chacun. La notification est de plein droit opposable au conjoint du locataire ou occupant de bonne foi si son existence n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur.

(473) Rép. min. n° 24 092 : *JO* Sénat Q 19 avr. 2007, p. 826 : la mention obligatoire dans l'offre de vente de l'indication du prix et des conditions de la vente, dans sa totalité et en une seule fois, n'est qu'une information d'ordre économique sur le coût global du montant de la vente en bloc sans que le locataire ne bénéficie d'un droit de préemption sur l'immeuble entier.

- les locations soumises à la loi du 1er septembre 1948 ;
- les locations consenties à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales ;
- les logements ayant bénéficié de primes et prêts spéciaux du Crédit foncier de France et de la Caisse centrale de coopération économique ;
- les logements de résidences universitaires ;
- les logements conventionnés (474).

– Notion de loyer initial. – Cette notion vise les logements : **3169**

- faisant l'objet d'une première location (475) ;
- vacants depuis plus de dix-huit mois ; en cas de vacance d'une durée inférieure, le loyer n'est pas libre (476).

Sous-section II Le tempérament : un loyer initial encadré par arrêté préfectoral

À titre expérimental, pendant une durée de cinq ans, des collectivités (477) peuvent, dans **3170** les deux ans de la publication de la loi soit avant le 27 novembre 2021, décider de solliciter l'institution sur tout ou partie de leur territoire, d'un dispositif d'encadrement des loyers par arrêté préfectoral. La contrainte géographique issue de la loi Alur ayant entraîné l'annulation du dispositif à Paris et Lille a été supprimée (478).

Les logements appartenant à ou gérés par des organismes d'habitations à loyer modéré (479) ou appartenant à ou gérés par des sociétés d'économie mixte agréées (480), et faisant l'objet d'une convention (481) sont exclus de cette expérimentation.

(474) Il convient d'y inclure les accessoires inclus dans le bail (cave, garage, *etc.*) La protection renforcée des locataires lors de la vente de plus de dix logements dans un même immeuble, B. Vial-Pedroletti : *Loyers et copr.* sept. 2006, no 9, étude 9, no 15.

(475) Portant constat de l'état apparent de la solidité du clos et du couvert et de celui de l'état des conduites et canalisations collectives ainsi que des équipements communs et de sécurité. Le vendeur ne pourra faire supporter les frais de diagnostic technique aux locataires au prorata des tantièmes de copropriété, comme les frais de division.

(476) L. 1975, art. 10-1, B.

(477) Dans l'hypothèse suivante : (i) mise en copropriété de l'immeuble en raison de la vente d'au moins un logement à un locataire ou un occupant de bonne foi, et (ii) vente par le bailleur des lots occupés à des conditions ou à un prix plus avantageux à un tiers. Il ne s'applique pas si aucun locataire ne préempte, sans qu'il soit requis de comparer le prix de vente avec la somme des prix de vente offerts aux locataires. En revanche, si un locataire préempte et que par suite l'immeuble est mis en copropriété, la vente des lots non préemptés est soumise à un nouveau droit de préemption si elle intervient à ses conditions ou à un prix plus avantageux. Par conséquent, la vente du solde des lots à un tiers impose de ventiler le prix par lot afin de comparer lot par lot. Il est à craindre que le tiers candidat acquéreur soit peu enclin à poursuivre son projet sur un périmètre réduit et de surcroît ralenti par le délai nécessaire à la purge de ce droit de préemption. Le propriétaire devra alors vraisemblablement rechercher un acquéreur pour chacun des lots restants. Par ailleurs, ce droit de préemption nous paraît surabondant dans la mesure où le locataire bénéficie du droit de préemption de l'article 10-I de la loi de 1975 s'agissant de la première vente après division.

(478) L. 1975, art. 10-1, II. En cas de pluralité de bailleurs et/ou de locataires, le lien de parenté ou d'alliance devrait seulement unir l'acquéreur et l'un des vendeurs, le vendeur et l'un des acquéreurs ou l'un des vendeurs et l'un des acquéreurs : M. Dagot et J. Lafond : *JCl. Notarial Formulaire,* Vo *Préemption,* fasc. 450, no 116.

(479) Cass. 3e civ., 10 mai 1987 : *Defrénois* 1987, art. 34091, p. 1311.

(480) Organismes visés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation (offices publics de l'habitat, sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, sociétés anonymes coopératives de production, sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré et fondations d'habitations à loyer modéré).

(481) CCH, art. L. 481-1.

La réglementation de l'encadrement est identique à celle instituée par la loi Alur. Ce dispositif étant à titre expérimental, il n'a pas été intégré dans la loi de 1989, comme l'avait été celui institué par la loi Alur.

Nous envisagerons successivement les conditions et la procédure de mise en place d'un tel dispositif (**§ I**), sa mise en œuvre (**§ II**), puis les recours du locataire (**§ III**) et les sanctions administratives encourues (**§ IV**).

§ I Les conditions et la procédure

A/ Le logement situé en zone tendue

3171 **– Zones tendues. –** Sont concernées les communes qui figurent sur la liste annexée au décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 relatif au champ d'application de la taxe annuelle sur les logements vacants, institué par l'article 232 du Code général des impôts.

Logements concernés. Ce dispositif peut être mis en œuvre pour les baux soumis à la loi de 1989, nus, meublés à usage de résidence principale du locataire ou mobilité.

Logements exclus. Les logements appartenant à ou gérés par des organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation ou appartenant à ou gérés par des sociétés d'économie mixte agréées en application de l'article L. 481-1 du même code, et faisant l'objet d'une convention mentionnée à l'article L. 351-2 dudit code, sont exclus de cette expérimentation (482).

B/ Les critères requis

3172 Les **critères** requis pour qu'un décret soit adopté par le gouvernement sont les suivants (483) :

- un écart important entre le niveau moyen de loyer constaté dans le parc locatif privé et le loyer moyen pratiqué dans le parc locatif social ;
- un niveau de loyer médian élevé ;
- un taux de logements commencés, rapporté aux logements existants sur les cinq dernières années, faible ;
- des perspectives limitées de production pluriannuelle de logements inscrites dans le programme local de l'habitat et de faibles perspectives d'évolution de celles-ci.

Le premier décret est daté du 12 avril 2019 et concerne la ville de Paris (484). Le second est daté du 22 janvier 2020 et concerne la ville de Lille (485).

(482) CCH, art. L. 351-2.

(483) Cela ne saurait signifier que le terme de chaque bail est prorogé de six ans, mais que chacun bénéficie d'une prorogation de telle sorte que leur terme soit unique : six ans après la vente. Il semble que cette durée a été choisie, s'agissant de la durée d'un bail consenti par une personne morale. Ainsi, si la durée du bail restant à courir au jour de la signature de l'acte authentique est de deux ans, le bail sera prorogé de quatre ans. Si elle est de trois ans, la prorogation sera de trois ans.

(484) Cass. 3e civ., 12 nov. 2015, n° 14-25.129 : *JurisData* n° 2015-025204 ; *Bull. civ.* 2015, III, n° 482 ; *Loyers et copr.* janv. 2016, n° 1, comm. 3. – N. Damas : *AJDI* 2016, p. 429. Toutefois, un auteur recommande de l'insérer dans le corps de l'acte : E. Colas, *Mécanisme de protection Aurillac : comment proroger les baux lors d'une « vente en bloc » ?* : *Defrénois* 2018, n° 133v1, p. 15.

(485) Et de l'absence de reproduction des dispositions légales contenues dans le A de l'article 10-1, I. Le texte ne prévoit pas de nullité à défaut de production des documents annexes.

C/ La publication d'un arrêté préfectoral

3173 La localisation en zone tendue est insuffisante. Le préfet doit ensuite, chaque année, fixer pour le territoire de la collectivité demandeuse sur laquelle s'applique le dispositif, par arrêté :

- un loyer de référence ; chaque loyer de référence est égal au loyer médian calculé à partir des niveaux de loyers constatés par l'observatoire local des loyers selon les catégories de logements et les secteurs géographiques (486) ;
- un loyer de référence majoré, égal à un montant supérieur de 20 % au loyer de référence ;
- un loyer de référence minoré égal au loyer de référence diminué de 30 % ;
- exprimés par un prix au mètre carré de surface habitable :
  - par catégorie de logements (487),
  - et par secteur géographique.

3174 **– Ville de Paris** (488)**. –** Par décret du 12 avril 2019 (489), le dispositif d'encadrement des loyers a été mis en place sur l'intégralité du territoire de la ville de Paris. Par arrêté du préfet de la Région d'Île-de-France du 28 mai 2019 (490), il a été fixé les montants de ces loyers de référence, par catégorie de logement et par secteur géographique (491).

Le **champ d'application** est le suivant :

- baux signés à compter du 1er juillet 2019 (492) ;
- locations nues ou meublées, et baux mobilité.

D/ Les observatoires locaux des loyers

3175 En outre, l'encadrement requiert la mise en place d'observatoires des loyers agréés dans les zones concernées (493). La loi Elan contient également des dispositions tendant à favoriser l'agrément des observatoires locaux des loyers, savoir :

- dissociation de la création de ces observatoires de l'encadrement des loyers, ayant constaté qu'après la loi Alur, la plupart des collectivités territoriales comprises dans les zones n'avaient pas sollicité l'agrément de leur observatoire, ne souhaitant pas mettre en place l'encadrement des loyers ;

(486) L. 1989, art. 15-II, al. 9.
(487) E. Colas, *La vente d'un immeuble entier « à la découpe » : le dispositif Aurillac* : *JCP* N 2019, nº 25, nº 1215.
(488) L. 1989, art. 11-2.
(489) La notion de vacance variant selon le texte auquel on se réfère : (i) dix-huit mois d'après le décret du 27 juill. 2017 relatif à l'encadrement des loyers, (ii) dès l'exigibilité de la taxe sur les logements vacants, c'est-à-dire au moins un an, (iii) dès le départ du locataire, pour une approche purement matérielle.
(490) Seule la première vente ouvre un droit de préemption, qu'il s'agisse d'une adjudication ou d'une vente amiable. Cas admis : vente d'un lot postérieure a la division ou subdivision, vente exemptée entre parents et allies, vente après renonciation du locataire à son droit de préemption. Cas refusés : partage, vente en bloc, donation-partage ayant entraîné la division de l'immeuble par lots, transmission à titre gratuit, vente précédente résolue ou annulée.
(491) Mutations concernées : vente, promesse de vente, partage par voie de division en lots de copropriété, vente moyennant rente viagère, vente affectée d'un terme ou d'une condition. Mutations exclues sauf fraude : bail à nourriture, aliénation à titre gratuit, échange sauf si soulte excessive, apport en société, dation en paiement, partage sauf si soulte excessive, licitation, retrait d'une société d'attribution, vente avec obligation d'entretien et de soins.
(492) Exclusion de : indivision même avec convention de jouissance ou d'indivision, division foncière (Cass. 3e civ., 4 mai 1988, nº 86-17.245), copropriété horizontale de maisons individuelles (l'art. 10, III exclut les ventes portant sur un bâtiment entier ou sur l'ensemble des locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel dudit bâtiment).
(493) Par ex., V. 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, nº 2320.

- modification des conditions de représentativité au sein de ces observatoires pour permettre aux agences d'urbanisme d'être agréées (494).

§ II Le dispositif

3176 – Principe : un loyer plafonné au loyer de référence majoré. – Le loyer de base des logements mis en location est fixé librement entre les parties lors de la conclusion du contrat de bail, dans la limite du loyer de référence majoré fixé par arrêté (495).

Exception : un complément de loyer. Un complément de loyer peut être appliqué au loyer de base pour des logements présentant des caractéristiques de localisation ou de confort le justifiant (496), par comparaison avec les logements de la même catégorie situés dans le même secteur géographique. Ces caractéristiques doivent réunir les conditions suivantes (497) :

- ne pas avoir déjà été prises en compte pour déterminer le loyer de référence correspondant au logement (498) ;
- être déterminantes pour la fixation du loyer, notamment par comparaison avec les logements de la même catégorie situés dans le même secteur géographique (499) ;
- ne pas donner lieu à récupération par le bailleur au titre des charges, ni à la contribution pour le partage des économies d'énergie pour les travaux réalisés par le bailleur, prévues par les articles 23 et 23-1 de la loi de 1989 (500).

Le montant du complément de loyer et les caractéristiques du logement le justifiant doivent être mentionnés au contrat de bail.

Lorsqu'un complément de loyer est appliqué, le loyer s'entend comme la somme du loyer de base et de ce complément. Un complément de loyer ne peut être appliqué à un loyer de base inférieur au loyer de référence majoré.

(494) Cass. 3e civ., 13 juin 1990, no 88-18.095 : *JurisData* no 1990-001841 ; *Bull. civ.* 1990, III, no 148. L'offre de vente doit porter sur l'objet de la vente, et pas nécessairement sur tous les biens loués, le bailleur pouvant exclure les locaux accessoires. Exclusion des locaux accessoires, sauf s'ils dépendent de l'appartement donné en location.

(495) L'occupant de bonne foi est celui au sens de l'article 4 de la loi de 1948, bénéficiaire du droit au maintien dans les lieux, se prévalant à l'origine d'un titre régulier (C. Bosgiraud, *Les droits de préemption du locataire* : *RD imm.* 1983, p. 174).

(496) Cons. const., 9 janv. 2018, no 2017-683 : *JurisData* no 2018-000069. – V. Zalewski-Sicard, *Le Conseil constitutionnel, l'art. 10 de la loi du 31 décembre 1975 et le notaire* : *JCP* N 2018, no 3, act. 140 ; *Defrénois* 18 janv. 2018, no 3, p. 5 ; *Defrénois* 22 mars 2018, no 12, p. 23, G. Rouzet. Cette condition impose au praticien une recherche complémentaire dont il ne peut se dispenser et suscite des difficultés d'interprétation : (i) en présence d'un bail renouvelé ou tacitement reconduit : le bail serait juridiquement postérieur sans que le locataire n'ait changé. Il serait abusif de le priver de son droit, (ii) en cas de poursuite du bail au profit d'un autre locataire en vertu de l'article 14.

(497) Il convient d'y inclure les accessoires inclus dans le bail (cave, garage, *etc.*). La protection renforcée des locataires lors de la vente de plus de dix logements dans un même immeuble. – B. Vial-Pedroletti : *Loyers et copr.* sept. 2006, no 9, étude 9, no 15.

(498) L. 1975, art. 10, III, *in fine* : « à un organisme mentionné à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ni, pour les logements faisant l'objet de conventions conclues en application de l'article L. 351-2 du même code, aux ventes d'un ou de plusieurs locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel d'un même immeuble à une société d'économie mixte mentionnée à l'article L. 481-1 dudit code ou à un organisme bénéficiant de l'agrément prévu à l'article L. 365-1 du même code ».

(499) Cass. 3e civ., 15 nov. 2006, no 04-16.664, FS-P+B : *JurisData* no 2005-030444 ; *Loyers et copr.* 2006, comm. 21 ; *Rev. loyers* 2007, p. 91, note J. Rémy. – Cass. 3e civ., 12 avr. 2018, no 17-11.015 : *JurisData* no 2018-005700 ; *Loyers et copr.* 2018, comm. 134.

(500) Pas de droit de préemption, en cas de prêt à usage, mise à disposition moyennant une contrepartie en nature, droit réel (bail à construction, emphytéotique, usufruit), occupation par un indivisaire, location-accession, location attribution.

§ III Les contestations par le locataire

3177 Une action en diminution de loyer peut être engagée si le loyer de base prévu dans le contrat de bail est supérieur au loyer de référence majoré en vigueur à la date de signature de ce contrat (501). Le locataire qui souhaite contester le complément de loyer dispose d'un délai de trois mois à compter de la signature du bail pour saisir la commission départementale de conciliation prévue à l'article 20 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, sauf lorsqu'il s'agit d'un bail mobilité soumis au titre 1er ter de la même loi.

En cas de contestation, il appartient au bailleur de démontrer que le logement présente des caractéristiques de localisation ou de confort le justifiant, par comparaison avec les logements de la même catégorie situés dans le même secteur géographique.

En cas de conciliation, le montant du loyer, tenant compte de l'éventuel complément de loyer, est celui fixé par le document de conciliation délivré par la commission départementale de conciliation.

En l'absence de conciliation, le locataire dispose d'un délai de trois mois à compter de la réception de l'avis de la commission départementale de conciliation pour saisir le juge d'une demande en annulation ou en diminution du complément de loyer. La fin de non-recevoir tirée de l'absence de saisine préalable de la commission départementale de conciliation peut être soulevée d'office par le juge.

Dans les deux cas, le loyer résultant du document de conciliation ou de la décision de justice s'applique à compter de la prise d'effet du bail.

Étant précisé que toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit (502).

§ IV Les sanctions administratives

3178 Le préfet constatant qu'un contrat de bail ne respecte pas le dispositif d'encadrement peut mettre en demeure le bailleur, dans un délai de deux mois, d'une part, de mettre le contrat en conformité et, d'autre part, de procéder à la restitution des loyers trop-perçus (503). Le bailleur est informé des sanctions qu'il encourt et de la possibilité de présenter, dans un délai d'un mois, ses observations.

La mise en demeure indique (504) :

- le manquement constaté, la nécessité pour le bailleur de mettre en conformité le contrat de location et, le cas échéant, de rembourser les loyers trop-perçus dans un délai de deux mois à compter de la mise en demeure ;
- le montant maximal de la sanction encourue si la mise en demeure reste infructueuse ;

(501) Par ex. : exclusion des logements foyers, locations saisonnières, résidence secondaire, location à une personne morale, locataires de logements appartenant aux organismes d'HLM ou conventionnés ou donnés en location à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 40, I, II, III et V).

(502) Exclu si la location relève de la loi du 1er sept. 1948 (Cass. 3e civ., 25 juin 2003, n° 01-13.997 : *JurisData* n° 2003-019791 ; *Rev. loyers* 2003, p. 616. – CA Paris, 6e ch., sect. C, 11 sept. 2001 : *Rev. loyers* 2001, p. 465.

(503) Exclu si le preneur a donné congé, ou si le bail a été résilié ou annulé, ou si le terme du bail à durée réduite de l'article 11 est survenu (réalisation effective de l'évènement), ou en cas d'abandon de domicile (en revanche, pas de déchéance en cas d'insuffisance d'occupation).

(504) Exclu si locaux mixtes commercial et habitation, ou professionnels.

- la possibilité pour le bailleur de présenter, dans un délai d'un mois à compter de celle-ci, ses observations (505).

Dans les délais qui lui sont impartis, le bailleur doit transmettre au préfet une copie du contrat mis en conformité ainsi que, le cas échéant, les éléments permettant de justifier le remboursement des loyers trop-perçus.

Si cette mise en demeure reste infructueuse, le préfet peut prononcer une amende à l'encontre du bailleur (506). Cette décision est motivée et indique les voies et délais de recours. L'amende est prononcée après que l'intéressé a été mis à même de présenter ses observations. Le prononcé de l'amende ne fait pas obstacle à ce que le locataire engage une action en diminution de loyer.

Section II L'encadrement réglementaire du loyer lors de la relocation

3179 L'article 18 de la loi du 6 juillet 1989 autorise le gouvernement à fixer annuellement par décret (507) dans les zones tendues, le montant maximum d'évolution des loyers des logements vacants et des contrats renouvelés. Ce décret peut prévoir des adaptations particulières, notamment en cas de travaux réalisés par les bailleurs ou de loyers manifestement sous-évalués. L'encadrement produit effet pendant toute la durée du bail conclu ou renouvelé (508).

En cas de litige entre les parties résultant de l'application de ce décret, la commission départementale de conciliation est compétente et sa saisine constitue un préalable obligatoire à la saisine du juge par l'une ou l'autre des parties.

Le décret n° 2017-1198 du 27 juillet 2017 tel que modifié par le décret 2019-802 du 26 juillet 2019 (509) s'applique aux relocations intervenues entre le 1er août 2019 et le 31 juillet 2020.

Sous-section I Le champ d'application

§ I Le champ d'application territorial

3180 Ce dispositif concerne les logements :

- situés en zones tendues (510) ;

(505) Locataires des baux entièrement soumis à la loi de 1989 ; locataires personnes physiques et sociétés civiles constituées exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus ; locations consenties dans les résidences universitaires non régies par une convention conclue en application de l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation ; locataires en cas de décès ou d'abandon. **Exclusions :** locations non affectées à l'usage de résidence principale du locataire ; locataires personnes morales ; logements meublés même à titre de résidence principale ; logements foyers ; locations consenties dans les résidences universitaires lorsqu'elles font l'objet d'une convention conclue en application de l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation ; locations consenties à des travailleurs saisonniers ; résidences secondaires ; logements accessoires à une fonction ou à l'occupation d'un emploi ; locataires des logements appartenant à des organismes HLM ou conventionnés ou à des collectivités territoriales ; sous-locataire ; cessionnaire du bail sauf si autorisée par le bailleur. Locations isolées de « garages, places de stationnement, jardins ou autres locaux », lorsque la location n'est pas consentie « accessoirement au local principal par le même bailleur ».

(506) À compter du 8 août 2015.

(507) Si justification d'un grief : Cass. 3e civ., 15 mai 2008, n° 07-10.243 : *JurisData* n° 2008-043913 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 149 ; *Rev. loyers* 2008, p. 382, note J. Rémy ; *D.* 2008, p. 1553, note G. Forest.

(508) CA Paris, 10 mars 2005 : *JurisData* n° 2005-267050 ; *Loyers et copr.* 2005, comm. 129. – Cass. 3e civ., 1er févr. 2012, n° 11-14.089. – CA Paris, 6e ch. B, 16 déc. 2004 : *JurisData* n° 2004-059594 ; *Loyers et copr.* 2005, comm. 66.

(509) Cass. 3e civ., 22 janv. 2003 : *AJDI* 2003, p. 349, note L. Ascensi ; *D.* 2003, inf. rap. p. 397 ; *Dict. perm. Gestion immobilière*, bull. 339 ; *JCP* G 2003, IV, 1440, dès lors que l'objet de la vente est déterminé.

(510) En vue d'informer le locataire sur les obligations des bailleurs et sur les voies de recours et d'indemnisation du preneur. Pour le contenu, V. A. 13 déc. 2017.

- dans les agglomérations suivantes : Ajaccio, Annecy, Arles, Bastia, Bayonne, Beauvais, Bordeaux, Draguignan, Fréjus, Genève-Annemasse, Grenoble, La Rochelle, La Teste-de-Buch-Arcachon, Lille, Lyon, Marseille-Aix-en-Provence, Meaux, Menton-Monaco, Montpellier, Nantes, Nice, Paris, Saint-Nazaire, Sète, Strasbourg, Thonon-les-Bains, Toulon, Toulouse ;
- et figurant sur la liste annexée au décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 relatif au champ d'application de la taxe annuelle sur les logements vacants instituée par l'article 232 du Code général des impôts.

Ce champ territorial est identique pour l'encadrement du loyer du bail initial et du bail renouvelé. En dehors de ces zones, le loyer de ces relocations peut être librement fixé.

§ II Les logements nus et meublés

3181 Avant la loi Alur, l'article 18 et ses décrets d'application ne visaient que les locations non meublées (511), alors seules soumises à la loi du 6 juillet 1989. La loi Alur ayant étendu une grande partie des dispositions de la loi de 1989 aux locations en meublé, ces dispositions d'encadrement leur sont désormais applicables. Le dernier décret vise expressément les logements meublés (512). Le bail mobilité créé par la loi Elan est également concerné.

En revanche, les logements suivants sont exclus du dispositif :
- logements conventionnés par l'Anah ;
- logements soumis à la loi de 1948 ;
- logements HLM ;
- locations de tourisme ;
- sous-locations.

§ III Les logements vacants

3182 Le dispositif concerne les logements inoccupés proposés à la location.

En sont expressément exclus les logements suivants pour lesquels le loyer peut être librement fixé sauf encadrement optionnel résultant de la loi Elan (513) :
- les logements faisant l'objet d'une première location ;
- les logements inoccupés par un locataire depuis plus de dix-huit mois ;
- les logements vacants ayant fait l'objet depuis moins de six mois de travaux d'amélioration d'un montant au moins égal à une année du loyer antérieur ; les travaux peuvent concerner les parties privatives ou communes, mais dans ce dernier cas seule la quote-part du propriétaire est prise en compte.

(511) V. *supra*, n° 3156 en ce qui concerne le report du délai de congédiement.
(512) Notification effectuée à l'adresse indiquée à cet effet par le locataire au bailleur ; si le locataire n'a pas fait connaître cette adresse au bailleur, la notification est effectuée à l'adresse des locaux dont la location avait été consentie, imposant le recours à une notification par voie d'huissier. Droit de préemption subsidiaire exclu : (i) congé pour vendre suivi d'une vente de l'immeuble entier à un tiers, (ii) locataire ayant accepté l'offre de vente mais ne l'ayant pas réalisée dans les délais impartis.
(513) Pas d'extension aux alliés comme pour le droit de préemption en cas de division.

Sous-section II Le dispositif d'encadrement

§ I Le principe de plafonnement

3183 Lorsqu'un logement vacant fait l'objet d'une nouvelle location, le loyer du nouveau contrat de location ne peut excéder le dernier loyer appliqué au précédent locataire (514).

Lorsque le dernier loyer appliqué au précédent locataire a fait l'objet d'une réévaluation sans que celle-ci ait été entièrement appliquée à la date à laquelle cessent les relations contractuelles entre le bailleur et le précédent locataire, le dernier loyer appliqué au précédent locataire s'entend du loyer convenu entre les parties ou fixé judiciairement, y compris la fraction non encore réévaluée (515).

Si aucune révision de loyer n'est intervenue au cours des douze mois précédant la conclusion du nouveau contrat de location, le loyer appliqué au nouveau locataire ne peut excéder le dernier loyer appliqué au précédent locataire révisé en fonction de la variation de l'indice de référence des loyers mentionnée au deuxième alinéa du I de l'article 17-1 de la loi du 6 juillet 1989. La date de référence à prendre en compte pour cette révision est celle du dernier indice publié à la date de signature du nouveau contrat de location.

§ II Les dérogations

3184 Le loyer du nouveau contrat de location peut être réévalué dans les conditions et les limites suivantes :

A/ Les travaux réalisés par le bailleur

I/ La nature des travaux

3185

Travaux pris en compte	Travaux exclus
Travaux d'amélioration.	
Travaux de mise en conformité avec les normes de décence définies en application des premier et deuxième alinéas de l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989.	Sauf si réalisés moins de six mois avant la relocation.
	Travaux d'amélioration ou de mise en conformité ayant donné ou donnant lieu à (516) : – une contribution pour le partage des économies de charges en application de l'article 23-1 de la loi du 6 juillet 1989 (517) ou, – à une majoration du loyer en application du II de l'article 17-1.

Les travaux peuvent avoir porté sur les parties privatives ou sur les parties communes.

(514) Avant la loi Alur : 4e degré.
(515) Cass. 3e civ., 18 janv. 1989 : *Bull. civ.* 1989, III, no 13.
(516) Cass. 3e civ., 11 oct. 2018, no 16-26.748, F-D : *JurisData* no 2018-017973, *Loyers et copr.* déc. 2018, no 12, comm. 242. Le droit de substitution a été supprimé par la loi du 21 juillet 1994.
(517) L. 1989, art. 15, IV.

L'augmentation de loyer n'est possible que lorsque (518), à l'issue des travaux, la consommation en énergie primaire du logement est inférieure à 331 kWh par mètre carré et par an (519). Cette condition est présumée remplie pour un logement pour lequel la consommation en énergie primaire avant les travaux, constatée par un diagnostic de performance énergétique, était inférieure à 331 kWh par mètre carré et par an.

3186

Coin des amateurs

Aucun texte ne définit la notion de travaux d'amélioration. Une réponse ministérielle (520) antérieure à la loi Alur nous apporte des éclaircissements :

La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, en son article 17 a) et e), recourt à la notion de travaux d'amélioration soit pour permettre la liberté dans la fixation du loyer, soit pour autoriser un bailleur à pratiquer une hausse de loyer sous réserve d'une clause expresse sur ce sujet dans le contrat. Par ailleurs, les décrets d'application de l'article 18 de la loi de 1989 pris en 1989, 1990 et 1991 autorisent une exception au blocage des loyers de l'agglomération parisienne : une majoration du loyer annuel, limitée à 10 % du coût réel des travaux d'amélioration portant sur les parties communes. La notion de travaux d'amélioration ne reçoit pas dans les textes actuellement en vigueur de définition précise. Toutefois, l'ensemble des textes cités , bien qu'abrogés *de facto*, donne de cette notion un contenu suffisamment explicite pour être utilisé, notamment les décrets n° 83-1178 du 28 décembre 1983 et n° 84-364 du 11 mai 1984. Globalement sont définis comme travaux d'amélioration par ces textes, les travaux apportant une qualité permettant de diminuer de façon certaine les dépenses d'entretien et d'exploitation ; ou apportant une plus grande sécurité pour les biens comme pour les personnes. En tout état de cause, il appartient au juge compétent, éventuellement saisi en cas de litige, de se prononcer souverainement sur la qualité de travaux d'amélioration des travaux contestés. Tant la diversité des immeubles bâtis que la nature des travaux qui peuvent y être réalisés rendent particulièrement délicate l'élaboration d'une liste précise de ces travaux d'amélioration. Il sera proposé à la Commission nationale de concertation d'inscrire à un prochain ordre du jour l'examen du problème soulevé et d'envisager sous quelle forme juridique, accord collectif ou texte réglementaire, il peut y être répondu.

Il résulte par ailleurs de la jurisprudence qu'il doit s'agir de travaux ayant pour objet d'apporter aux locataires un équipement nouveau, un surcroît de sécurité ou une qualité

(518) Le locataire ne pourrait pas encore exercer son droit de préemption (devant attendre les deux premiers mois du délai de préavis de six mois qui précède la fin du bail), ni renoncer à l'offre le droit n'étant pas encore ouvert. Sans que le propriétaire puisse retirer son congé en vertu d'une jurisprudence constante (Cass. 3e civ., 10 déc. 2008, n° 07-15.386 : *Bull. civ.* 2008, III, n° 202 ; *JurisData* n° 2008-046205 ; *Loyers et copr.* 2009, comm. 2. – Cass. 3e civ., 19 mai 2010, n° 09-13.474 : *Bull. civ.* 2010, III, n° 99), ou relouer le bien libéré par le locataire à la suite de ce congé. Un joli casse-tête d'inaliénabilité temporaire qu'il conviendrait d'éviter. Pour un infléchissement de la jurisprudence, V. not. C. Coutant-Lapalus, *Les dangers d'un congé pour vendre anticipé* : *JCP* N 2012, n° 35, 1312. – E. Morgantini, *Congé pour vendre anticipé : peut-on vendre quand même ?* : *Cah. Cridon Lyon* mars 2012, p. 16.

(519) Exclusions : partage, échange, apport en société, aliénations à titre gratuit. En revanche, le droit de préemption est applicable en cas de : cession des droits sociaux donnant vocation à l'attribution du logement loué, licitation, vente moyennant rente viagère.

(520) Non applicable en cas de vente par adjudication : Cass. 3e civ., 20 déc. 2018, n° 18-10.355, FS-P+B+I : *JurisData* n° 2018-024023 ; *Loyers et copr.* févr. 2019, n° 2, comm. 27.

supérieure des prestations (521), et que par exemple ne sont pas des travaux d'amélioration (522) :

- les travaux d'entretien et de réparation auxquels le bailleur est tenu (523) ;
- les travaux de ravalement des murs mitoyens, le ravalement et l'imperméabilisation des pignons, ainsi que la modification des espaces verts existants (524) ;
- la réfection de la toiture et le changement des tapis de l'escalier (525) ;
- les travaux de ravalement de peinture, reprise des pierres et bandeaux dégradés, reprise de dallage dans l'entrée de l'immeuble, réfection de l'électricité et installation de l'électricité et d'un digicode, à l'exception de ce dernier poste (526).
- la réfection des peintures de l'appartement qui relève du bon état d'usage garanti au locataire entrant dans les lieux, ni le simple remplacement des équipements de la salle de bains, dès lors qu'il n'est pas démontré que les nouvelles installations aient apporté un meilleur confort ou des prestations complémentaires. Seule la pose d'une hotte dans la cuisine constitue une amélioration. Mais son coût étant très inférieur au loyer annuel du précédent locataire, le loyer ne peut être fixé librement entre les parties (527) ;
- les travaux ayant consisté à remplacer une chaudière au fuel par une chaudière au gaz dès lors que le bailleur ne démontre pas, d'une part, que ces travaux ont été entrepris dans un autre but que de changer une installation devenue vétuste, et qu'il n'établit pas, d'autre part, que les avantages du nouveau système de chauffage par le gaz ont directement et

(521) Nous n'avons pas abordé les autres dispositifs protecteurs du locataire tels que l'acquisition par un proche (art. 3.3), le relogement (art. 4.1), le renouvellement du bail (art. 4.2). Les dispositifs de renouvellement et de prorogation des baux issus des accords collectifs peuvent se cumuler successivement, étant mis en œuvre et s'appréciant à des dates différentes : (i) prorogation : date de l'offre de vente faite dans le cadre de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, (ii) renouvellement du bail : date de l'expiration du bail. Par ailleurs, le renouvellement ne bénéficie qu'à certains locataires, à la différence de la prorogation. V. J. Lafond, *Les baux d'habitation*, LexisNexis, 2007, n° 1411. – C. Fénardon, *Les conséquences de la vente du logement loué sur la durée du bail* : *JCP* N 2008, n° 13, 1155, § 53. – Ph. Pelletier et V. Crucis-Busquet, *Les ventes par lots : dix ans de jurisprudence* : *Rev. loyers* 2008, p. 311.

(522) Modalités du décompte. Sont décomptés les logements occupés ou libres. Le seuil de onze logements doit s'apprécier au jour de la délivrance du congé (Cass. 3e civ., 5 avr. 2006, n° 04-18.398 : *JurisData* n° 2006-033059 ; *Loyers et copr.* 2006, comm. 125 : il importe peu que ce nombre ait augmenté postérieurement).

(523) Logements appartenant aux SEM, sociétés immobilières à participation majoritaire de la Caisse des dépôts et consignations, collectivités publiques, sociétés filiales d'un organisme collecteur de la contribution des employeurs à l'effort de construction et aux filiales de ces organismes autres que celles liées aux organismes d'HLM.

(524) Logements appartenant aux entreprises d'assurance, établissements de crédit et aux filiales de ces organismes et aux personnes morales autres que celles mentionnées aux deux alinéas précédents, soit à tous les logements appartenant à des personnes morales (y compris les SCPI) à l'exception des « sociétés civiles de famille ».

(525) Constituées entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus.

(526) Reprise par l'accord de 2005 de la jurisprudence antérieure (Cass. 3e civ., 5 mai 2004, n° 03-11.224 : *JurisData* n° 2004-023498 ; *Bull. civ.* 2004, III, n° 88 ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 163, note B. Vial-Pedroletti ; *JCP* N 2004, n° 41, 1472, note Ph. Pelletier ; *Bull. Cridon Paris* 1er oct. 2004, Ph. Pelletier, note pratique, II-97 et C. Bosgiraud, note pratique, II, 101 ; *Gaz. Pal.* 2004, 2, jurispr. p. 3185, note M. Pialoux ; *Rev. loyers* 2004, p. 506, note approbative, V. Canu. – Confirmant CA Paris, 6e ch. C, 12 nov. 2002 : *Administrer* 2003, p. 39, note approbative V. Canu) contre l'avis de la doctrine. Pour une critique, E. Morgantini, *La vente à la découpe, saison II* : *Cah. Cridon Lyon* n° 65, 19 nov. 2012. Ainsi, le dispositif doit être appliqué même dans les cas suivants alors qu'ils sont à notre sens déconnectés de l'objectif initial recherché : (i) vente de plus de dix logements dépendant d'un même immeuble même si tous les locataires bénéficient d'un bail loi 1948, (ii) vente de plus de dix logements dont un seul est occupé même si aucun congé pour vente n'est délivré, la Cour de cassation considérant le dispositif applicable non seulement aux congés pour vendre mais aussi aux offres de vente (Cass. 3e civ., 5 sept. 2012, n° 11-17.630 : *JurisData* n° 2012-019553 ; *Loyers et copr.* 2012, comm 286 ; *JCP* N 2012, act. 816. – Cass. 3e civ., 22 janv. 2014, n° 12-28.099 : *JurisData* n° 2014-001251 ; *Loyers et copr.* 2014, comm. 70), la seule intention de vendre par lots suffisant à le rendre applicable.

(527) Conforme à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975.

individuellement profité aux locataires et que les prestations fournies à ceux-ci aient été sensiblement améliorées (528).

S'agissant des travaux de mise en conformité, il convient de se référer au décret du 30 janvier 2002, pris en application de l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989, qui fixe les caractéristiques de décence (529).

Avant le décret du 29 juillet 2015, le bailleur ne pouvait réévaluer le loyer à la suite de l'exécution de ces travaux. Cette modification devrait encourager les propriétaires à les faire exécuter.

II/ Le montant des travaux

Le décret impose un coût minimal qui varie selon la date de réalisation des travaux : **3187**

Date des travaux	Montant minimal
Travaux réalisés au cours du bail conclu avec le précédent locataire	Moitié de la dernière année de loyer. Le coût des travaux portant sur les parties communes est déterminé en fonction des millièmes correspondants au logement (530). L'augmentation est alors plafonnée : la hausse du loyer annuel ne peut excéder 15 % du coût réel des travaux toutes taxes comprises (531).
Travaux réalisés moins de six moins avant relocation	Dernière année de loyer. En pareil cas, le loyer peut être librement réévalué.

(528) L. 1989, art. 15, II, al. 8. Et la nullité de la vente : Cass. 3e civ., 23 juin 2010, no 09-13.153 : *JurisData* no 2010-010004 ; *Bull. civ.* 2010, III, no 128 ; *Loyers et copr.* 2010, comm. 218, note B. Vial-Pedroletti. *Idem* à défaut de respect du délai de trois mois ci-avant visé. Il n'est imposé aucun délai entre les deux notifications. Il serait opportun d'attendre l'expiration du délai de réponse du locataire au titre de la première notification pour connaître sa position. Néanmoins, le bailleur peut ne pas vouloir attendre, notamment si l'échéance du bail est proche et qu'il ne veut pas perdre l'opportunité de notifier dans les délais impartis un congé pour vente. Cela peut également se révéler pertinent même si le locataire a accepté l'offre de vente, cette dernière étant caduque faute pour le locataire de réaliser la vente dans le délai de deux mois, délai porté à quatre mois s'il a subordonné à l'obtention du prêt son acceptation de l'offre de vente.

(529) L. 1989, art. 15, II : « dans les cas de congés pour vente prévus à l'article 11-1, l'offre de vente au profit du locataire est dissociée du congé ». Ce qui laisse entendre que l'offre de vente peut être dissociée du congé, qu'un congé peut être délivré sans offre de vente, considérant de surcroît qu'elle a déjà été délivrée « en application de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 » (J. Lafond, *La loi SRU et les baux d'habitation* : *JCP* N 2001, p. 573, no 78. – J.-L. Puygauthier, *Le congé pour vendre* : *Defrénois* 2002, p. 749). Néanmoins, la majorité de la doctrine considère que le congé doit être accompagné d'une autre offre de vente (C. Bosgiraud, *Une talentueuse énigme : l'accord collectif de location du 9 juin 1998 relatif aux congés pour vente par lots* : *JCP* N 2003, no 45, 1559, § 42 et s. – C. Fénardon, *L'accord collectif de location du 16 mars 2005 relatif aux congés pour vente par lots aux locataires rendu obligatoire* : *JCP* N 2007, no 12, 1134, § 44. – V. Canu, note ss CA Paris, 6e ch., 20 nov. 2003 : *Administrer* févr. 2004, p. 38). L'offre de vente visée par l'article 11-1 serait celle que doit contenir un congé pour vendre ; toutefois, en vertu des accords collectifs, le locataire doit recevoir, après la première offre de l'article 10 de la loi de 1975 et le congé de la loi de 1989, une nouvelle offre de vente ouvrant un droit de préemption. Nous ne pouvons que partager cette prudence à raison des risques de nullité, tout en constatant qu'elle suscite des interrogations. Un prix différent pourrait-il notamment être proposé ? Cette thèse a des partisans considérant que le prix fixé dans l'offre de vente (L. 31 déc. 1975, art. 10) correspond à la valeur d'un bien occupé tandis que l'offre de vente issue d'un congé pour vente vise à la vente d'un bien libre de tout occupant (Ph. Pelletier, *Les congés pour vente dans les ensembles immobiliers d'habitation* : *Rev. loyers* 2003 p. 565. – R. Hallard, *Le nouveau régime applicable aux congés pour vente par lots aux locataires dans les ensembles immobiliers d'habitation : l'accord collectif de location du 16 mars 2005* : *Inf. rap. copr.* sept. 2007, p. 19. En ce sens CA Paris, 6e ch. C, 20 févr. 2007 : *JurisData* no 2007-327684 ; *Loyers et copr.* 2007, comm. 94. – *Adde*, dans le même sens : CA Paris, 6e ch. C, 8 janv. 2008 : *JurisData* no 2008-351975).

(530) L. 1989, art. 15, II, al. 8. – CA Paris, 6e ch. C, 15 mars 2005 : *Loyers et copr.* 2005, comm. 134 : les informations prévues à l'accord collectif n'avaient pas été fournies aux locataires.

(531) Cass. 3e civ., 18 janv. 2012, no 11-30.003 : *JurisData* no 2012-000327 ; *Bull. civ.* 2012, III, no 13 ; *Loyers et copr.* no 3, Mars 2012, comm. 66, note B. Vial-Pedroletti ; *Rev. loyers* 2012, p. 108, note V. Canu ; *AJDI* 2012, p. 755, note N. Damas. – CA Paris, 6e ch. C, 28 nov. 2006 : *AJDI* 2007, p. 138. – CA Paris, 6e ch. B, 6 déc. 2007 : *AJDI* 2008, p. 213. Il peut s'agir d'une « même opération étalée dans le temps » : CA Paris, pôle 4, 3e ch., 17 mars 2016, no 15-03.284 : *JurisData* no 2016-005103.

Le bail doit comporter une clause indiquant « la nature et le montant des travaux effectués dans le logement depuis la fin du dernier contrat de location ou depuis le dernier renouvellement du bail » (532).

Le propriétaire doit produire des justificatifs permettant de vérifier que les travaux exécutés correspondent bien à ceux qui permettent une augmentation et qu'ils sont d'un montant autorisant une revalorisation. Il sera opportun d'annexer les factures au contrat de bail.

B/ La sous-évaluation manifeste du dernier loyer

3188 Le bailleur peut demander une réévaluation lorsque le dernier loyer appliqué au précédent locataire est manifestement sous-évalué, par rapport à des logements comparables (533).

Les logements comparables servant à la détermination du loyer de référence sont situés :
- soit dans le même groupe d'immeubles ;
- soit dans tout autre groupe d'immeubles comportant des caractéristiques similaires et situé dans la même zone géographique.

Les éléments constitutifs de ces références sont définis par le décret n° 90-780 du 31 août 1990 portant application de l'article 19 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs (534).

Le bailleur doit démontrer que le loyer du dernier locataire est très inférieur aux loyers pratiqués dans le voisinage pour des logements comparables.

Les références produites par le bailleur doivent (535) :
- être jointes au contrat ;
- porter non seulement sur des baux conclus récemment, mais également sur des baux conclus depuis plus de trois ans.

3189 Les références à fournir par le bailleur en application de l'article 17-2 de la loi du 6 juillet 1989 doivent mentionner au moins pour chaque logement loué (536) :

a) le nom de la rue et la dizaine de numéros où se situe l'immeuble ;

b) le type d'habitat, individuel ou collectif, et l'époque de construction de l'immeuble ;

c) l'étage du logement et la présence éventuelle d'un ascenseur ;

d) la surface habitable du logement et le nombre de ses pièces principales ;

e) l'existence éventuelle d'annexes prises en compte pour le loyer ;

(532) Sauf sociétés civiles de famille visées à l'article 13 de la loi de 1989.

(533) Même si l'opération de vente a été décidée avant l'entrée en vigueur des accords collectifs, sans effet rétroactif pour les ventes déjà intervenues à cette date.

(534) Cass. 3e civ., 22 juin 2017, n° 16-18.290. E. Colas, *Congés pour vendre et pratique notariale, Question n° 1* : *JCP* N 2017, n° 50, 1339. En l'espèce, le second congé a été annulé faute d'avoir respecté les accords collectifs. Les accords doivent être respectés même si l'intention de mettre en vente a été prise par un propriétaire ayant fait l'objet depuis lors d'une liquidation judiciaire. Même au titre des ventes par le liquidateur : Cass. 3e civ., 13 sept. 2018, n° 17-20.180, FS-P+B+I : *JurisData* n° 2018-015483 ; *Loyers et copr.* déc. 2018, n° 12, comm. 244 ; *Defrénois* 27 sept. 2018, n° 38, p. 5.

(535) Exclu en cas de division en volumes, ou de division foncière sauf fraude.

(536) Rédaction loi Alur : « Lorsqu'un immeuble indivis ayant cinq locaux d'habitation ou plus est mis en copropriété, les baux en cours sont prorogés de plein droit d'une durée de trois ans de plus que leur durée contractuelle ou légale antérieure, dès lors que l'immeuble est situé dans une des zones mentionnées au I de l'article 17 ». La loi Macron a notamment supprimé le terme « indivis » qui cantonnait le dispositif essentiellement à des immeubles indivis à la suite de successions.

f) l'état d'équipement du logement : notamment, w.-c. intérieur, salle d'eau, chauffage central ;

g) l'indication selon laquelle le locataire est dans les lieux depuis plus ou moins de trois ans ;

h) le montant du loyer mensuel hors charges effectivement exigé ;

i) l'année de constatation des éléments constitutifs de la référence.

La hausse du nouveau loyer ne peut excéder la moitié de la différence entre :
- le montant d'un loyer déterminé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables ;
- et le dernier loyer appliqué au précédent locataire, éventuellement révisé sur l'indice de référence des loyers (IRL) si cela n'a pas été fait dans les douze derniers mois (537), sauf si ces principes ont été écartés par la publication d'un arrêté préfectoral (538).

C/ Les incidences de la publication d'un arrêté préfectoral

Lorsqu'un arrêté préfectoral (539) a été pris à la date de la conclusion d'un nouveau contrat ou du renouvellement du bail (540) : **3190**
- la réévaluation du loyer en cas de travaux ou de sous-évaluation manifeste du loyer ne pourra excéder le loyer de référence majoré fixé par cet arrêté ;
- les cas de réévaluation dérogatoire prévus à l'article 4 ne s'appliquent pas lorsque le dernier loyer appliqué au précédent locataire est supérieur au loyer de référence majoré en vigueur à la date de conclusion du nouveau contrat de location.

(537) Applicable également en présence de locaux commerciaux au sein de l'immeuble.

(538) L'article 11-2 ne distingue pas selon que les logements sont libres ou occupés, ni selon le type du bail ou d'occupation. *A minima*, un logement doit être loué, et le bail doit être soumis à la loi du 6 juillet 1989, seuls les locataires soumis à ce statut étant bénéficiaires de la prorogation. Un logement non décent peut-il être comptabilisé ? La Cour de cassation a jugé par la négative en ce qui concerne le dispositif Aurillac. En revanche, aucune décision n'a encore été rendue en ce qui concerne ce dispositif. Il nous paraît opportun d'étendre cette solution, tout en étant attentifs aux données de chaque cas d'espèce. Ainsi, un logement non décent mais qui est ou a été loué ne saurait être exclu. Nous devons également être attentifs aux hypothèses de report de travaux de mise aux normes de décence pour éviter de franchir le seuil d'application.

(539) Le 1° envisage la prorogation pour une durée fixe, tandis que le 2° prévoit une prorogation d'une durée nécessairement variable en vue d'assurer l'occupation des locataires pour une durée fixe (comme le dispositif de la loi Aurillac). Et ce d'autant plus que le résultat est finalement déséquilibré : les locataires (1°) dont la durée du bail restant à courir est de moins de trois ans au jour de la mise en copropriété bénéficieront d'une prorogation plus courte, toujours inférieure à six ans, que les locataires dont le terme du bail intervient plus de trois ans après la mise en copropriété (2°), qui bénéficient d'une occupation pendant une durée de six ans à compter de la mise en copropriété. Cette situation est d'autant plus ubuesque que le dispositif de l'article 11-2 semble essentiellement pertinent en cas de mise en copropriété par un propriétaire qui ne vient pas d'acquérir l'immeuble. Dans le cas inverse de mise en copropriété après une acquisition en bloc, l'acquéreur a par hypothèse déjà prorogé les baux en vertu de l'article 10-1 de la loi du 31 décembre 1975, rendant le dispositif d'un intérêt plus limité.

(540) Le texte ne prévoit aucune modalité d'information, ce qui est regrettable. Nous recommandons que le propriétaire qui met en copropriété adresse à chaque locataire un courrier l'informant de la mise en copropriété intervenue, de la prorogation par l'effet de la loi et de la proposition de régularisation d'un avenant au bail. Cette démarche est d'autant plus importante qu'elle permet d'acter avec chaque locataire de la durée réelle de son bail. Il conviendrait que le législateur encadre les modalités de prorogation et d'information des locataires.

§ III La contestation du loyer

3191 Le locataire peut contester le loyer de la manière suivante, sous réserve de respecter cet ordre :

- en adressant un courrier avec demande d'avis de réception au propriétaire ;
- en cas d'échec, en saisissant la commission départementale de conciliation dont dépend le logement, laquelle a deux mois pour rendre un avis ;
- à défaut de conciliation, en saisissant le juge du tribunal d'instance dont dépend le logement (541).

Section III La fixation du loyer lors du renouvellement du contrat

3192 Le loyer du bail renouvelé a évolué depuis 1986 ; il était alors libre (542). La loi de 1989 (543) ne permettait la réévaluation du loyer du contrat renouvelé que s'il était « manifestement sous-évalué ».

La loi Alur, en instaurant un régime d'encadrement des loyers initiaux, est venue modifier la réglementation du loyer du bail renouvelé (544). Ce dispositif complexe était de surcroît difficile à mettre en œuvre en l'absence d'observatoires de loyers agréés.

La loi Elan l'a remplacé par un dispositif optionnel à titre expérimental. Le loyer du bail renouvelé varie selon que le logement est situé ou non dans une des zones tendues prévues par l'article 140 de la loi Elan.

En tout état de cause, à défaut de mise en œuvre par le bailleur d'une procédure de renouvellement exprès du bail, il est renouvelé par tacite reconduction aux conditions antérieures, le loyer ne pouvant qu'être révisé selon la variation de l'indice de référence des loyers.

Sous-section I Le dispositif général d'encadrement du loyer renouvelé

3193 À titre liminaire, il convient de préciser que lorsque le bailleur propose un nouveau loyer en application des dispositions de l'article 17-2 de la loi de 1989, il ne peut donner congé au

(541) Exemple (si mise en copropriété à court terme) : acte de vente signé le 1er septembre 2019, les baux étant donc prorogés jusqu'au 30 août 2025. Mise en copropriété et première vente le 15 décembre 2019. Les baux sont prorogés jusqu'au 14 décembre 2025, soit du temps égal entre la vente et la mise en copropriété.

(542) Notamment en cas de mise en œuvre d'une stratégie de vente : vente des logements libres imposant de conserver l'immeuble, et de supporter économiquement la vacance. Si, lors de la mise en copropriété, le terme de baux en cours intervient moins de trois ans après cette date, ils sont prorogés de plein droit d'une durée de trois ans, reportant encore la date à laquelle il pourra délivrer les congés pour vente. Il faudrait attendre que tous les baux arrivent à terme et que le délai de préavis du congé pour vente (*attention aux conséquences des congés prématurés*) ait expiré pour mettre en copropriété. Cette stratégie comporte d'autres risques : il suffit qu'un seul locataire préempte à la suite du congé pour vente pour que le propriétaire doive mettre l'immeuble en copropriété rendant le dispositif de prorogation applicable.

(543) Dispositif interpellant : un congé pour vente vise à mettre fin à un bail à son échéance, tandis qu'il permet de reconduire le bail nonobstant la délivrance dudit congé. En pratique, il s'agit du champ d'application de l'accord collectif du 16 mars 2005, sauf si le bailleur est une personne physique ou une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au 4e degré inclus. Mais à une réserve près et non des moindres, le nombre de logements, cinq à la différence des accords collectifs (plus de dix) non modifiés par la loi Alur (en tout état de cause, la loi ne peut modifier un dispositif d'origine conventionnelle conclue entre partenaires).

(544) Dix avant la loi Alur.

locataire pour la même échéance du bail, et ce afin que le locataire ne se sente pas contraint de quitter les lieux s'il refuse l'offre du bailleur (545).

Les dispositions de l'article 17-2 sont applicables aux logements nus et aux logements meublés (546) au sens de la loi du 6 juillet 1989.

§1 Les conditions

Lors du renouvellement du contrat, le loyer ne donne lieu à réévaluation que s'il est manifestement sous-évalué (547). **3194**

Loyers de référence. Le texte ne définit pas la sous-évaluation manifeste, mais précise à l'alinéa 2 que le bailleur peut proposer au locataire « un nouveau loyer fixé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables ».

Les loyers servant de référence doivent être représentatifs de l'ensemble des loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables, situés soit dans le même groupe d'immeubles, soit dans tout autre groupe d'immeubles comportant des caractéristiques similaires et situés dans la même zone géographique.

La notion de voisinage n'est pas définie et les réponses ministérielles peu éclairantes (548). La Cour de cassation considère que les juges du fond ne sont pas tenus de fonder leurs décisions uniquement sur les loyers pratiqués par le bailleur dans le même immeuble (549) et qu'il n'importe pas que les références du bailleur concernent des appartements lui appartenant, dès lors qu'elles sont représentatives des loyers habituellement pratiqués dans le voisinage immédiat (550). **3195**

La notion de comparabilité s'étend, quant à elle, à l'ensemble des éléments qui caractérisent le logement. Ceci signifie que les références doivent être prises pour des logements de qualité proche, de caractéristiques comparables (nombre de pièces, confort, environne-

(545) Pas d'incidence sur la période pendant laquelle le locataire peut préempter : l'offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis. Cass. 3e civ., 29 oct. 2008, no 07-17.911 : *JurisData* no 2008-045794 ; *Loyers et copr.* 2009, comm. 5.

(546) Choix entre : (i) délivrer le congé plus de deux ans avant le terme du bail pour échapper à cette reconduction, (ii) délivrer le congé moins de deux ans avant le terme du bail, allongeant la durée d'occupation au-delà du terme initial. Sans omettre qu'une délivrance prématurée lui impose de maintenir l'offre, et notamment le prix de vente, sans pouvoir la retirer ou modifier nonobstant les évolutions du marché (CA Paris, 2e ch. sect. A., 14 mai 2008, no 07/11172 : *JurisData* no 2008-364278 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 212), ni proposer le logement à un tiers (Cass. 3e civ., 23 févr. 1994 : *Bull. civ.* 1994, III, no 26. 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, no 2236), à peine de nullité (Cass. 3e civ., 19 mai 2010, no 09-13.474 : *JurisData* no 2010-006631 ; *Loyers et copr.* 2010, comm. 216). V. *JCl. Bail à loyer*, Fasc. 134-20, no 51.

(547) À compter de la date d'envoi de l'offre de vente par le bailleur : C. Fénardon, *L'accord collectif de location du 16 mars 2005 relatif aux congés pour vendre par lots au locataire rendu obligatoire* : *JCP* N 2007, no 12, 1134.

(548) Liste non limitative. Exemple : bail conclu le 1er janvier 2013 et prenant fin le 31 décembre 2019. Offre de vente notifiée le 1er mai 2019 (soit moins de trente mois avant la fin du bail). Prolongation de la durée d'occupation jusqu'au 1er novembre 2021 (soit trente mois), soit de vingt-deux mois.

(549) L'ancienneté est appréciée à la date de l'offre de vente.

(550) Exemple : bail conclu le 1er janvier 2013 et prenant fin le 31 décembre 2019. Offre de vente notifiée le 1er avril 2019 ; le locataire occupe les lieux depuis six ans à la date de l'offre de vente. La durée du bail restant à courir à compter de l'offre de vente est de neuf mois, soit jusqu'au 31 décembre 2019. Le bail sera prorogé pour une durée de six mois soit jusqu'au 30 juin 2020.

ment...) (551). Les références retenues doivent concerner des loyers constatés dans le voisinage pour des logements comparables au cours des trois dernières années ayant précédé la date de renouvellement du bail (552).

3196 – Types de références. – L'article 17-2, alinéa 3 de la loi de 1989 précise qu'un décret en Conseil d'État définit les éléments constitutifs de ces références. L'article 1er du décret du 31 août 1990 (553), tel que modifié par le décret nº 2019-437 du 13 mai 2019 (554), prévoit que les références à fournir par le bailleur (555) mentionnent au moins (556), pour chaque logement loué :

a) Le nom de la rue et la dizaine de numéros où se situe l'immeuble ;

b) Le type d'habitat, individuel ou collectif, et l'époque de construction de l'immeuble (557) ;

c) l'étage du logement et la présence éventuelle d'un ascenseur ;

d) la surface habitable du logement et le nombre de ses pièces principales ;

e) l'existence éventuelle d'annexes prises en compte pour le loyer ;

f) l'état d'équipement du logement : notamment, w.-c. intérieur, salle d'eau, chauffage central ;

g) l'indication selon laquelle le locataire est dans les lieux depuis plus ou moins de trois ans ;

h) le montant du loyer mensuel hors charges effectivement exigé (558) ;

i) l'année de constatation des éléments constitutifs de la référence.

L'article 1-1 du décret du 31 août 1990 prévoit que « les références doivent porter non seulement sur des baux conclus récemment, mais également sur des baux conclus depuis plus de trois ans », sans que leur proportion ne soit précisée. L'article 19 de la loi du 6 juillet 1989, abrogé par la loi Alur, prévoyait qu'au moins deux tiers de ces références doivent correspondre à des locations pour lesquelles il n'y a pas eu de changement de locataires depuis au moins trois ans.

(551) Si les hypothèses sont rares, elles ne sont pas inexistantes. Un bailleur personne morale envisage de vendre par lots plus de dix logements situés dans un immeuble en zone tendue. Le bailleur adresse une offre de vente moins de trente mois avant l'échéance de leur bail. Les deux mécanismes de prorogation sont applicables. En pratique, la prorogation de l'accord collectif sera d'une durée plus longue englobant celle du second. Néanmoins, la situation serait différente en cas de décalage entre la mise en œuvre des accords collectifs et la mise en copropriété, le vendeur commençant par exemple par vendre les locaux commerciaux. Cette mutation serait précédée de la mise en copropriété mais n'imposerait pas la mise en œuvre des accords collectifs faute d'intention à cette date de vendre plus de dix logements. Les baux de l'immeuble seraient prorogés en vertu de l'article 11-2, la prorogation des baux en vertu des articles 3.1 et 3.2 étant elle décalée par hypothèse. À notre connaissance, rien ne dispense d'appliquer cumulativement les deux mécanismes.

(552) Cass. 3e civ., 29 juin 1994, nº 92-15.755 : *JurisData* nº 1994-001595 ; *Bull. civ.* 1994, III, nº 131 ; *Loyers et copr.* 1994, comm. 461 ; *JCP* G 1994, IV, 2159.

(553) D. nº 90-780, 31 août 1990, portant application de l'article 17-2 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

(554) D. nº 2019-437.

(555) En application de l'article 17-2 de la loi du 6 juillet 1989 ou, pour le locataire, en application du VI de l'article 140 de la loi Elan.

(556) Les termes « au moins » ont été ajoutés par le décret du 10 juin 2015 ayant précédemment modifié le décret du 31 août 1990. Le bailleur peut arguer d'autres éléments. V. *JCl. Géomètre expert - Foncier*, Fasc. 102, *Bail d'habitation et à usage mixte. - Loi nº 89-462 du 6 juill. 1989. - Fixation du loyer du bail renouvelé*, par J. Lafond.

(557) CA Versailles, 3 avr. 1992 : *JurisData* nº 1992-041525 ; *Rev. loyers* 1992, p. 466 : il n'est pas nécessaire d'indiquer la date de la construction des immeubles cités en référence.

(558) Il s'agit du loyer versé en tenant éventuellement compte de l'étalement par sixième dont il aura pu faire l'objet en application des dispositions du *c)* de l'article 17 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989.

– Nombre de références. – Le bailleur doit fournir : **3197**

- au moins trois références dans les autres zones géographiques ;
- au moins six références dans les communes dont la liste est fixée par décret (559), faisant partie d'une agglomération de plus d'un million d'habitants.

– Observatoires des loyers. – Des références (période de construction d'un immeuble, typologie des logements...) peuvent être obtenues auprès du réseau des observatoires locaux des loyers (560) ou de l'Observatoire des loyers de l'agglomération parisienne (Olap) (561). Ces observatoires ont notamment pour mission de recueillir les données relatives aux loyers sur une zone géographique déterminée et de mettre à la disposition du public des résultats statistiques représentatifs sur ces données (562). **3198**

Les professionnels qui interviennent, à quelque titre que ce soit, lors de la conclusion du contrat de bail d'un logement, lors de la location ou pour en assurer la gestion locative, communiquent à l'observatoire local des loyers compétent des informations relatives au logement et au contrat de location. Tout bailleur possédant une part significative des locaux constituant le parc de référence (563), à l'échelle de la zone géographique d'un observatoire local des loyers, communique audit observatoire, des informations relatives au logement et au contrat de location (564).

§ II La procédure

A/ La proposition du bailleur

L'offre d'un nouveau loyer doit à peine de nullité (565) : **3199**

- être formulée au locataire (566) ;

(559) V. D. n° 87-818, 2 oct. 1987, fixant la liste des communes faisant partie d'une agglomération de plus de 1 000 000 d'habitants, mod. par D. n° 2015-733, 24 juin 2015, fixant la liste des communes concernées dans les agglomérations de Paris, Lyon et Marseille. V. Annexe du décret pour le détail.

(560) www.observatoire-des-loyers.fr.

(561) www.observatoire-des-loyers.fr.

(562) L. 1989, art. 16.

(563) Défini au deuxième alinéa de l'art. 16.

(564) L. 1989, art. 5, II.

(565) Toutefois, CPC, art. 114 : La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Ainsi le locataire doit prouver que cela lui a causé un grief (Cass. 3e civ., 13 juill. 1999, n° 97-20.161 : *JurisData* n° 1999-003110 ; *AJDI* 1999, p. 927. – Cass. 3e civ., 9 mars 1994 : *Loyers et copr.* 1994, comm. 78, I. – Cass. 3e civ., 8 juin 1995 : *Bull. civ.* 1995, III, n° 138 ; *JCP* G 1995, IV, 1858. – Cass. 3e civ., 22 mars 1995 : *Bull. inf. C. cass.* 15 mai 1995, n° 514. – Cass. 3e civ., 8 juin 1995 : *Loyers et copr.* 1995, comm. 353. – Cass. 3e civ., 21 nov. 1995 : *Rev. loyers* 1996, p. 22. – Cass. 3e civ., 4 juill. 2001 : *RJDA* 11/2001, n° 1087). La nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief – *i.e.* le bailleur avait communiqué au cours de la première instance les précisions requises sur l'adresse des logements servant de référence – (Cass. 3e civ., 4 mars 2008, n° 07-13.328 : *JurisData* n° 2008-043049 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 101, obs. B. Vial-Pedroletti ; *Rev. loyers* 2008, p. 276).

(566) Cas des époux et pacsés : « Art. 9-1. – Nonobstant les dispositions des articles 515-4 et 1751 du Code civil, les notifications ou significations faites en application du présent titre par le bailleur sont de plein droit opposables au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au locataire ou au conjoint du locataire si l'existence de ce partenaire ou de ce conjoint n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur ». Si l'existence du conjoint du locataire a été portée à la connaissance du bailleur, une notification doit être adressée à chacun des époux (Cass. 3e civ., 15 juin 1994, n° 92-16.252 : *JurisData* n° 1994-001923 ; *Loyers et copr.* 1994, comm. 363. – CA Bordeaux, 5e ch., 6 juin 1993 : *JurisData* n° 1993-047368). En cas de colocation, à chacun : CA Paris, 6e ch. A, 3 juill. 1991 : *Loyers et copr.* 1991, comm. 406.

- par le bailleur nommément désigné (567) ;
- au moins six mois avant le terme du contrat ; elle peut être formulée avant cette date, mais ne prendra effet qu'à la date pour laquelle elle aurait dû être formulée (568) ;
- par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par acte d'huissier, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement (569) ;
- reproduire les dispositions de l'article 17-2 du 6 juillet 1989 ;
- mentionner le montant du loyer ;
- mentionner la liste des références ayant servi à le déterminer (570).

B/ La réponse du locataire

3200 – Accord du locataire. – La loi ne prévoit pas de forme particulière.

Il convient qu'elle soit formulée par écrit et de manière explicite (571).

3201 – Désaccord du locataire ou défaut de réponse. – Le locataire peut faire part au bailleur de son accord :

- par écrit ;
- au plus tard quatre mois avant la fin du bail ; au-delà son silence vaudra refus.

En cas de désaccord ou à défaut de réponse du locataire quatre mois avant le terme du contrat, l'une ou l'autre des parties saisit la commission départementale de conciliation (CDC).

La CDC doit être saisie :

- avant l'échéance du bail (572) ;
- par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie électronique (573).

(567) Ou une personne dûment habilitée au nom et pour le compte du bailleur nommément désigné. La loi ayant instauré un ordre public de protection du preneur, le défaut d'indication du nom du bailleur constitue un vice substantiel de la notification du congé de sorte que le locataire n'a pas à justifier d'un grief (CA Paris, 6e ch., sect. C, 20 mars 2007, no 05/06888 : *JurisData* no 2007-329106 ; *Loyers et copr.* 2007, comm. 146).

(568) Cass. 3e civ., 27 mars 2002, no 00-21.752 : *JurisData* no 2002-013717 ; *Loyers et copr.* 2002, comm. 146.

(569) Le délai court à compter du jour de la réception de la lettre recommandée, de la signification de l'acte d'huissier ou de la remise en main propre. CPC, art. 641 : Lorsqu'un délai est exprimé en mois, ce délai expire le jour du dernier mois qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. CPC, art. 669, al. 3 : La date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire. Si la lettre n'est pas remise à son destinataire absent, mais renvoyée à l'expéditeur, le courrier ne peut être considéré comme reçu (Cass. 3e civ., 14 déc. 1994, no 93-12.481 : *JurisData* no 1994-002358 ; *JCP* G 1995, IV, 392). Dans le même sens, si la lettre recommandée avec demande d'avis de réception a été retournée au bailleur avec la mention « n'habite pas à l'adresse indiquée » et qu'aucune notification n'a été tentée (Cass. 3e civ., 19 janv. 2000, no 98-10.486 : *JurisData* no 2000-000062 ; *Bull. civ.* 2000, III, no 10 ; *Loyers et copr.* 2000, comm. 85).

(570) Dans le corps du texte ou jointes en annexe (CA Paris, 6e ch. B, 14 déc. 2000, no 1999/16371 : *JurisData* no 2000-131310 ; *Loyers et copr.* 2001, comm. 87). Cette solution a été reprise par le décret du 31 août 1990, tel que modifié par le décret no 2015-650 du 10 juin 2015, qui dispose à l'article 1-1 que : « Lorsque la détermination du montant d'un loyer manifestement sous-évalué est subordonnée à la présentation par le bailleur de références de loyers (...) ces références sont jointes au contrat ».

(571) En ce sens, le seul paiement sans observation du loyer du bail renouvelé ne caractérisait pas une renonciation sans équivoque à se prévaloir du loyer du bail expiré (Cass. 3e civ., 13 juill. 2011, no 10-16.902 : *JurisData* no 2011-014331 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 267. – Cass. 3e civ., 6 mars 2013, no 11-28.064 : *JurisData* no 2013-003864 ; *Loyers et copr.* 2003, comm. 107).

(572) La saisine tardive de la commission entraîne l'irrégularité de la saisine du juge (Cass. 3e civ., 15 févr. 1995, no 92-14.163 : *JurisData* no 1995-000231 ; *Bull. civ.* 1995, III, no 48 ; *Loyers et copr.* 1995, comm. 309).

(573) D. no 2001-653, 19 juill. 2001, art. 7 tel que mod. par D. no 2015-733, 24 juin 2015, art. 1er, 6o : dans ce cas, le procédé technique utilisé doit assurer l'authentification de l'émetteur, l'intégrité du message et permettre de vérifier la réception du message par la commission à une date certaine. La demande peut également être réalisée au moyen d'un formulaire prévu par un arrêté du préfet.

La commission rend un avis dans le délai de deux mois à compter de sa saisine (574) et s'efforce de concilier les parties (575).

À défaut d'accord constaté par la commission, le juge est saisi avant le terme du contrat. Le juge ne peut être valablement saisi d'une demande en fixation du prix du bail renouvelé avant que la commission de conciliation ait donné son avis ou que le délai de deux mois qui lui est imparti à cette fin soit écoulé (576).

À défaut de saisine, le contrat est reconduit de plein droit aux conditions antérieures du loyer, éventuellement révisé.

C/ Le plafonnement du loyer de renouvellement

3202 Le loyer de renouvellement est plafonné dans les zones tendues (577).

L'article 18 de la loi du 6 juillet 1989 renvoie à un décret en Conseil d'État, savoir :

- au titre des contrats renouvelés pendant la période du 1er août 2018 au 31 juillet 2019 : décret nº 2018-549 du 28 juin 2018 (578) ;
- au titre des contrats renouvelés pendant la période du 1er août 2019 au 31 juillet 2020, au décret nº 2019-802 du 26 juillet 2019.

Lors du renouvellement d'un contrat de location, si le loyer est manifestement sous-évalué, la hausse de loyer convenue entre les parties ou fixée judiciairement ne peut excéder la plus élevée des deux limites suivantes (579) :

- la moitié de la différence entre le montant d'un loyer déterminé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables et le loyer appliqué avant le renouvellement du contrat de location, révisé dans les limites prévues au I de l'article 17-1 de la loi du 6 juillet 1989 ;
- une majoration du loyer annuel égale à 15 % du coût réel des travaux toutes taxes comprises, si le bailleur a réalisé, depuis la conclusion du contrat de location initial ou, lorsque le bail a été renouvelé, depuis son dernier renouvellement, des travaux d'amélioration ou de mise en conformité avec les caractéristiques de décence portant sur les parties privatives ou sur les parties communes pour un montant au moins égal à la dernière année de loyer.

Sont exclus (580) les travaux d'amélioration ou de mise en conformité ayant donné ou donnant lieu à :

- une contribution pour le partage des économies de charges en application de l'article 23-1 de la loi du 6 juillet 1989 ou ;
- à une majoration du loyer en application du II de l'article 17-1.

Le décret peut prévoir des adaptations particulières, notamment en cas de travaux réalisés par les bailleurs ou de loyers manifestement sous-évalués. Ces adaptations particulières ne

(574) L. 6 juill. 1989, art. 20. Zones délimitées par le décret du 10 mai 2013, relatif à la taxation des logements vacants.
(575) V. D. nº 2001-653, 19 juill. 2001, mod. par D. nº 2015-733, 24 juin 2015, pris pour l'application de l'article 20 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée et relatif aux commissions départementales de conciliation.
(576) Cass. 3e civ., 12 oct. 2011, nº 10-21.216 : *JurisData* nº 2011-021598 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 314.
(577) L. 1989, art. 18.
(578) Prolongeant le décret nº 2017-1198 du 27 juill. 2017. V. Section II, Loyer de relocation.
(579) D. 27 juill. 2017, art. 5.
(580) D. 27 juill. 2017, art. 7.

s'appliquent pas lorsque les logements ont une consommation énergétique primaire supérieure ou égale à 331 kWh par mètre carré et par an (581).

D/ L'étalement du loyer de renouvellement

3203 L'augmentation du loyer est progressive et varie selon que la location est nue ou meublée.

La décision du juge est exécutoire par provision.

3204 **– Location nue. –** La hausse convenue entre les parties ou fixée judiciairement s'applique par tiers ou par sixième selon la durée du contrat.

Toutefois, cette hausse s'applique par sixième annuel au contrat renouvelé, puis lors du renouvellement ultérieur, dès lors qu'elle est supérieure à 10 % si le premier renouvellement avait une durée inférieure à six ans :

- lorsque la hausse est inférieure à 10 % du loyer initial, elle est étalée sur la durée du nouveau bail (582) ;
- lorsque la hausse est supérieure à 10 % du loyer initial, elle est appliquée d'un sixième par an pendant six ans, quelle que soit la durée du nouveau bail (583).

La révision éventuelle résultant de l'article 17-1 s'applique à chaque valeur ainsi définie.

3205 **– Location meublée. –** La hausse du loyer convenue entre les parties ou fixée judiciairement s'applique au contrat renouvelé dans les conditions suivantes (584) :

- lorsque la hausse est inférieure à 10 % du loyer initial, elle est appliquée intégralement au contrat renouvelé ;
- lorsque la hausse est supérieure à 10 % du loyer initial, elle est appliquée d'un tiers par an au contrat renouvelé et lors des renouvellements suivants.

Lorsque les parties sont convenues, par une clause expresse, de travaux d'amélioration du logement que le bailleur fera exécuter ou d'acquisition d'équipements par le bailleur en sus de l'équipement initial, le contrat de location ou un avenant à ce contrat peut fixer une majoration de loyer consécutive à ces opérations.

E/ La durée du contrat en cas de loyer de renouvellement fixé judiciairement

3206 Le contrat dont le loyer est fixé judiciairement est réputé renouvelé pour la durée définie à l'article 10 de la loi de 1989 à compter de la date d'expiration du contrat.

Sous-section II Le dispositif optionnel dans les zones tendues

3207 La loi Elan ayant rendu le dispositif d'encadrement optionnel, ce dernier ne figure plus à l'article 17-2 de la loi de 1989 comme à la suite de l'adoption de la loi Alur, mais à l'article 140, VI de la loi Elan.

(581) L. 1989, art. 18, al. 2 mod. par L. n° 2019-1147, 8 nov. 2019, art. 19, relative à l'énergie et au climat : *JO* n° 0261, 9 nov. 2019. Entrée en vigueur le 1er janvier 2021.

(582) Pour un bail de trois ans : 1/3 par an ; pour un bail de six ans : 1/6 par an.

(583) Si le bailleur est une personne physique : les trois premiers sixièmes s'appliqueront au contrat renouvelé et les trois suivants lors du renouvellement ultérieur.

(584) L. 1989, art. 25-9.

§ I Les conditions

Nous renvoyons à ce qui a été indiqué ci-avant. **3208**

§ II Le dispositif

L'article 140, VI permet que deux types d'actions soient engagés lors du renouvellement du contrat. **3209**

Étant rappelé que toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit (585).

A/ L'action en diminution de loyer par le locataire

Cette action peut être engagée par le locataire si le montant du loyer fixé au contrat de bail, hors montant du complément de loyer le cas échéant, est supérieur au loyer de référence majoré. **3210**

Le montant du complément du loyer est exclu dans la mesure où il doit être contesté dans un délai de trois mois à compter de la signature du bail, et ne peut plus l'être au moment du renouvellement.

B/ Action en réévaluation de loyer par le bailleur

Cette action peut être engagée par le bailleur dès lors que le loyer est inférieur au loyer de référence minoré. **3211**

Le nouveau loyer proposé dans le cadre d'une action en réévaluation de loyer est inférieur ou égal au loyer de référence minoré. Le locataire peut, par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables, contester l'action en réévaluation de loyer selon la procédure prévue au présent article.

C/ Les dispositions communes aux deux actions

L'une des parties peut proposer un nouveau loyer à son cocontractant, au moins six mois avant le terme du contrat pour le bailleur et au moins cinq mois avant le terme du contrat pour le locataire, dans les conditions de forme prévues à l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 (586). **3212**

Le montant du loyer de référence majoré ou minoré pris en compte correspond à celui qui est en vigueur à la date de la proposition émise par l'une des parties.

Les loyers servant de référence doivent être représentatifs de l'ensemble des loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables, situés soit dans le même groupe d'immeubles, soit dans tout autre groupe d'immeubles comportant des caractéristiques similaires et situés dans la même zone géographique.

Le nombre minimal de références à fournir est de trois. Toutefois, il est de six dans les communes, dont la liste est fixée par décret, faisant partie d'une agglomération de plus d'un million d'habitants.

(585) L. 1989, art. 7-1.
(586) Lettre recommandée avec demande d'avis de réception, exploit d'huissier ou remise en main propre.

Le bailleur ne peut donner congé au locataire pour la même échéance du contrat s'il fait application des dispositions de l'article 17-2 de la loi de 1989.

La notification d'une proposition d'un nouveau loyer reproduit intégralement, à peine de nullité, les dispositions de l'article 17-2 de la loi de 1989 et mentionne le montant du loyer ainsi que la liste des références ayant servi à le déterminer.

En cas de désaccord ou à défaut de réponse du cocontractant saisi quatre mois avant le terme du contrat, l'une ou l'autre des parties peut saisir la commission départementale de conciliation mentionnée à l'article 20 de la loi du 6 juillet 1989.

À défaut d'accord constaté par la commission départementale de conciliation, le juge peut être saisi avant le terme du contrat. À défaut de saisine du juge, le contrat est reconduit de plein droit aux conditions antérieures du loyer, éventuellement révisé en application de l'article 17-1.

Le contrat dont le loyer est fixé judiciairement est réputé renouvelé pour la durée définie aux articles 10 et 25-7 de ladite loi, à compter de la date d'expiration du contrat. La décision du juge est exécutoire par provision.

Lorsque les parties s'accordent sur une hausse du loyer ou lorsque cette hausse est fixée judiciairement, celle-ci s'applique par tiers ou par sixième selon la durée du contrat.

Toutefois, cette hausse s'applique par sixième annuel au contrat renouvelé, puis lors du renouvellement ultérieur, dès lors qu'elle est supérieure à 10 % si le premier renouvellement avait une durée inférieure à six ans.

Lorsque la hausse du loyer convenue entre les parties ou fixée judiciairement porte sur un contrat de location soumis aux dispositions du titre I^er^ *bis* de la loi du 6 juillet 1989 précitée, elle s'applique au contrat renouvelé. Toutefois, si la hausse est supérieure à 10 %, elle s'applique par tiers annuel au contrat renouvelé et lors des renouvellements ultérieurs.

La révision éventuelle résultant de l'article 17-1 de la loi de 1989 s'applique à chaque valeur ainsi définie.

Section IV La révision du loyer

3213 Les conditions de la révision du loyer en cours de bail sont exposées à l'article 17-1 de la loi de 1989.

Étant précisé que ces dispositions sont :
- applicables aux logements meublés (587) ;
- inapplicables au bail mobilité (588).

Par ailleurs, des règles particulières sont applicables au titre de (589) :
- logements ayant fait l'objet de prêts spéciaux du Crédit foncier de France ou de la Caisse centrale de coopération économique ;
- logements locatifs conventionnés (590).

(587) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 25-9.
(588) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 25-16.
(589) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 40.
(590) Toutefois, L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 17, *d)* est applicable aux loyers des logements conventionnés en application de l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation.

La révision du loyer doit impérativement être prévue aux termes du bail (591).

La révision intervient chaque année à la date convenue entre les parties ou, à défaut, au terme de chaque année du contrat.

3214 La variation qui en résulte ne peut excéder, à la hausse, la variation d'un indice de référence des loyers (IRL) publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques chaque trimestre et qui correspond à la moyenne, sur les douze derniers mois, de l'évolution des prix à la consommation hors tabac et hors loyers. À défaut de clause contractuelle fixant la date de référence, cette date est celle du dernier indice publié à la date de signature du contrat de location.

À défaut de manifester sa volonté d'appliquer la révision du loyer dans un délai d'un an suivant sa date de prise d'effet, le bailleur est réputé avoir renoncé au bénéfice de cette clause pour l'année écoulée (592).

Si le bailleur manifeste sa volonté de réviser le loyer dans le délai d'un an, cette révision de loyer prend effet à compter de sa demande.

Section V La majoration du loyer en cas de travaux d'amélioration

3215 Lorsque les parties sont convenues, par une clause expresse, de travaux d'amélioration du logement que le bailleur fera exécuter, le contrat de location ou un avenant à ce contrat peut fixer la majoration du loyer consécutive à la réalisation de ces travaux. Cette majoration ne peut faire l'objet d'une action en diminution de loyer (593).

3216 Les conditions sont les suivantes :

- clause expresse du contrat prévoyant (594) :
  - les travaux que le bailleur accepte d'effectuer,
  - leurs modalités d'exécution dont leur durée (595),
  - la majoration du loyer ;
- travaux d'amélioration du logement.

3217 Sont exclus les travaux :

- dans les parties communes sont exclus ;
- d'entretien ou les réparations.

3218 Nous rappellerons les dispositions du décret n° 84-363 (596) du 11 mai 1984 au titre des travaux justifiant des majorations supplémentaires de loyer :

« **Art. 2 –** Les travaux justifiant des majorations supplémentaires de loyer sont ceux qui tendent à améliorer le confort, la sécurité, l'équipement, la qualité thermique ou phonique du logement ou de l'immeuble.

(591) Confirmé par la jurisprudence. En ce sens : Cass. 3e civ. 4 oct. 1995, n° 93-20.461 : *RJDA* 11/1995, n° 1214. – Cass. 3e civ., 5 févr. 2014, n° 13-10.804 : *BPIM* 2/2014, inf. 135. Tempérament : sauf preuve dûment rapportée par le bailleur d'un accord exprès et non équivoque du locataire, procédant d'un consentement éclairé et donné en pleine connaissance de cause (CA Nîmes, 19 mai 2009, n° 08/01477 : *JurisData* n° 2009-008826).

(592) Avant la loi Alur, révision de plein droit. La révision sous la forme d'une indexation était automatiquement due, la seule réserve étant le délai de prescription quinquennal.

(593) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 17-1, II. Non applicable aux logements meublés car non visé par l'art. 25-9.

(594) J. Lafond, *Les baux d'habitation*, Litec, 2007, n° 571.

(595) J. Lafond, *Les baux d'habitation*, Litec, 2007, n° 571.

(596) D. n° 84-363, 11 mai 1984, rendant obligatoire en application des articles 47 et 37 de la loi n° 82256 du 22 juin 1982 un accord collectif national de location conclu le 25 novembre 1983 entre la société centrale immobilière de la Caisse des dépôts et consignations et les représentants des organisations nationales représentatives des locataires.

Ces travaux ne peuvent pas être des interventions :
- relevant de l'entretien courant ;
- ou constituant un rattrapage de défaut d'entretien ;
- ou relevant des grosses réparations ou du gros entretien ;
- ou contribuant au maintien de la sécurité existante.

Les travaux d'entretien courant sont ceux ayant pour but de maintenir dans leur état initial de bon fonctionnement les menus ouvrages existants sans changer leur usage, ni la nature des prestations qu'ils peuvent offrir, même si cela nécessite l'emploi d'éléments nouveaux ayant bénéficié des progrès technologiques.

Les travaux de grosses réparations ou de gros entretien sont des travaux importants qui concourent à la stabilité de l'immeuble ou lui sont essentiels dans sa destination.

Les travaux d'amélioration pouvant donner lieu à une majoration de loyer sont ceux :
- apportant un service ou une qualité supérieure au niveau de prestation existant dans les logements ou dans les immeubles, à condition que ce niveau ne soit pas inférieur aux prestations fournies initialement pour ces mêmes logements ou immeubles ;
- ou apportant une qualité permettant de diminuer de façon certaine les dépenses d'entretien ou d'exploitation ;
- ou apportant une plus grande sécurité pour les biens comme pour les personnes.

Une liste indicative de ces travaux d'amélioration figure en annexe au présent accord. Les parties signataires conviennent de s'y référer pour son application.

Les travaux résultant de l'application d'une réglementation nouvelle sont pris en compte dans le cadre d'un avenant au présent accord. »

SOUS-TITRE III

La protection du locataire en difficulté

3219 Le locataire peut rencontrer deux difficultés principales pouvant conduire à mettre en péril son occupation :
- le surendettement (**Chapitre I**) ;
- le risque d'expulsion (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La protection du locataire surendetté

3220 La procédure de surendettement a été abordée en première partie. Dans le présent chapitre, nous exposerons uniquement les spécificités liées aux rapports locatifs.

3221 La loi Elan a modifié l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, créé un nouvel article L. 714-1 du Code de la consommation et complété les articles L. 722-5 et L. 722-16 du même code, afin de mieux articuler les décisions judiciaires portant sur les impayés et l'expulsion avec les procédures de traitement de la situation de surendettement pour les locataires de bonne foi ayant repris le paiement de leur loyer et le remboursement de leur dette (597).

(597) S. Piédelièvre, *Dispositifs particuliers en matière de baux d'habitation dans la loi Elan* : *JCP* N 2018, n° 49, 1353 ; *Surendettement et résiliation de bail* : *RD bancaire et fin.* janv. 2019, n° 1, comm. 21.

Section I Les impayés, la résiliation et les délais de paiement

3222 En cas d'impayés de loyers, le bailleur peut former une demande destinée à faire constater le jeu de la clause de résiliation de plein droit contenue au bail. En pareil cas, le juge peut, même d'office, accorder des délais de paiement dans la limite de trois années, par dérogation au délai prévu au premier alinéa de l'article 1343-5 du Code civil, au locataire en situation de régler sa dette locative (598). Le respect de l'échéancier permet au locataire d'échapper à la résiliation du bail.

Par dérogation, lorsqu'une procédure de traitement du surendettement a été ouverte au bénéfice du locataire, des délais peuvent également lui être accordés. Ce régime dérogatoire engendrait des incohérences (599) entre (*i*) les délais accordés au locataire dans le cadre de la procédure en constat de résiliation du bail et, (*ii*) à l'occasion du traitement de sa situation de surendettement. Par ailleurs, le locataire ne pouvait respecter l'échéancier décidé par le juge en vertu de l'article 24 de la loi de 1989 alors que l'article L. 722-5 du Code de la consommation interdit le paiement des créances, autres qu'alimentaires, antérieures à la décision de recevabilité (600).

3223 **– Adaptation de la loi de 1989. –** Depuis la loi Elan, l'article 24 de la loi de 1989 prévoit que le juge doit inviter les parties à lui produire tous éléments relatifs à l'existence d'une procédure de traitement du surendettement. Par ailleurs, *(i)* lorsqu'une procédure de traitement du surendettement a été ouverte au bénéfice du locataire et *(ii)* qu'au jour de l'audience où il statue sur l'octroi de délais, le locataire a repris le paiement du loyer et des charges, le juge qui constate l'acquisition de la clause de résiliation de plein droit du contrat de location doit accorder des délais en tenant compte des décisions prises dans le cadre de la procédure de surendettement.

- Lorsqu'un plan conventionnel de redressement a été approuvé, ou que des mesures ont été imposées par la commission de surendettement (601), ou bien par le juge du surendettement (602), le juge des loyers doit accorder les délais et des modalités de paiement identiques.
- Lorsque la commission de surendettement impose, sur le fondement de l'article L. 733-1, 4° du Code de la consommation, un délai de suspension d'exigibilité de la créance locative, le juge des loyers accorde ce délai, augmenté de trois mois pour permettre au locataire de saisir à nouveau la commission afin qu'elle réexamine sa situation en application de l'article L. 733-2 du même code.
- Dans d'autres cas, le juge des loyers doit fixer le délai en tenant compte de l'existence et de l'état d'avancement de la procédure de surendettement :
  - le juge des loyers accorde des délais de paiement jusqu'à l'issue de la procédure de surendettement lorsque la commission :
    - a rendu une décision de recevabilité,
    - ou est saisie d'une demande de réexamen de la situation du débiteur, à l'expiration de la période de suspension d'exigibilité des créances ;

(598) L. 1989, art. 24, V, al. 1er.

(599) Analyse pratique et critique des dispositions de la loi Elan : F. Petit, *Des délais de paiement accordés au locataire surendetté : Act. proc. coll.* déc. 2018, n° 20, alerte 283. Pour une critique du dispositif : B. Vial-Pedroletti, *Loi du 6 juill. 1989... 30 ans déjà !* : *Loyers et copr.* juill. 2019, nos 7-8, étude 4 : « Ces atteintes que l'on pourrait estimer disproportionnées par rapport au droit de propriété sont encore une fois légitimées par le droit au logement du locataire ».

(600) V. Étude d'impact du projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, p. 240 et s.

(601) L. 6 juill. 1989, art. 24, VI, 1°.

(602) L. 6 juill. 1989, art. 24, VI, 4°.

– le locataire bénéficie d'un délai jusqu'à, selon les cas, l'approbation d'un plan conventionnel de redressement, la décision imposant des mesures, le jugement prononçant un rétablissement personnel ou toute décision de clôture de la procédure de surendettement (603), ou bien encore jusqu'à la décision du juge du surendettement statuant sur une contestation formée en application de l'article L. 733-10 du Code de la consommation (604).

3224 – Effets quant à la résiliation. – Pendant le cours des délais accordés par le juge (605), les effets de la clause de résiliation de plein droit sont suspendus. Si le locataire se libère de sa dette locative dans le délai et selon les modalités fixées par le juge, la clause de résiliation de plein droit est réputée ne pas avoir joué. Dans le cas contraire, elle reprend son plein effet.

Lorsqu'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire a été imposé par la commission de surendettement des particuliers ou prononcé par le juge ou lorsqu'un jugement de clôture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire a été rendu, le juge suspend les effets de la clause de résiliation de plein droit pendant un délai de deux ans à partir de la date de la décision imposant les mesures d'effacement ou du jugement de clôture (606). Ce délai, et la suspension des effets de la clause de résiliation du bail qui en découle, ne peuvent affecter l'exécution du contrat de location et notamment suspendre le paiement du loyer et des charges (607).

Si le locataire s'est acquitté du paiement des loyers et des charges conformément au contrat de location pendant ledit délai de deux ans, la clause de résiliation de plein droit est réputée ne pas avoir joué. Dans le cas contraire, elle reprend son plein effet.

3225 – Adaptations du Code de la consommation. – La loi Elan a également modifié le Code de la consommation. Le nouvel article L. 714-1 du Code de la consommation vise à envisager le cas où (*i*) le juge des loyers a accordé des délais de paiement sur le fondement de l'article 24, V de la loi du 6 juillet 1989 et (*ii*) que, au cours de ceux-ci, de nouveaux délais sont accordés par la commission de surendettement au débiteur, locataire dans le cadre de la procédure de surendettement. En pareil cas, si le bailleur est avisé de ces nouveaux délais imposés par la commission de surendettement, ces derniers se substituent à ceux précédemment accordés par le juge des loyers. En revanche, point de substitution, en cas de contestation des délais de paiement imposés par la commission. Dans ce cas, les délais accordés par le juge du surendettement se substituent à ceux accordés par le juge des loyers.

L'interdiction de paiement des créances antérieures à la décision de recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement d'un débiteur ne concerne plus les créances locatives lorsqu'une décision judiciaire a accordé des délais de paiement au débiteur (608).

Section II Le recouvrement des créances locatives

3226 – Ordre de règlement des créances. – Les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et des sociétés de financement et aux crédits (609).

(603) L. 6 juill. 1989, art. 24, VI, 1°, 2° et 4°.
(604) L. 6 juill. 1989, art. 24, VI, 3°.
(605) Droit commun ou procédure de surendettement.
(606) L. 6 juill. 1989, art. 24, VIII. – C. consom., art. L. 714-1, II, al. 1er.
(607) L. 6 juill. 1989, art. 24, VII et VIII. – C. consom., art. L. 714-1, I, al. 3, et II, al. 3.
(608) C. consom., art. L. 722-5, al. 3.
(609) C. consom., art. L. 711-6.

3227 L'article L. 722-5 du Code de la consommation prévoit que la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur emportent interdiction pour celui-ci de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire, y compris les découverts mentionnés aux 10° et 11° de l'article L. 311-1, née antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine ; elles emportent aussi interdiction de prendre toute garantie ou sûreté. Le débiteur peut toutefois saisir le juge du tribunal d'instance afin qu'il l'autorise à accomplir l'un des actes mentionnés au premier alinéa.

Toutefois, cette interdiction ne s'applique pas aux créances locatives lorsqu'une décision judiciaire a accordé des délais de paiement au débiteur en application des V et VI de l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

Section III Le surendettement et l'expulsion locative

3228 **– Suspension des mesures d'expulsion. –** À compter de la décision de recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, la commission de surendettement peut saisir le juge d'instance aux fins de suspension des mesures d'expulsion du logement du débiteur (610).

En cas d'urgence, la saisine du juge peut intervenir à l'initiative du président de la commission, du délégué de ce dernier, du représentant local de la Banque de France ou du débiteur. La commission est informée de cette saisine (611).

Si la situation du débiteur l'exige, le juge prononce la suspension provisoire des mesures d'expulsion de son logement, à l'exception de celles fondées sur un jugement d'adjudication rendu en matière de saisie immobilière et de celles ordonnées sur le fondement du troisième alinéa de l'article 2198 du Code civil (612).

Cette suspension est acquise, pour une période maximale de deux ans et, selon les cas, jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 732-1 du Code de la consommation, jusqu'à la décision imposant les mesures prévues aux articles L. 733-1, L. 733-4, L. 733-7 et L. 741-1 du même code, jusqu'au jugement prononçant un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

3229 L'article 118 de la loi Elan prévoit l'information des bailleurs-créanciers des conséquences de l'absence de contestation des décisions de la commission du surendettement ou du juge du surendettement sur une décision antérieurement rendue par le juge du bail, constatant l'acquisition de la clause résolutoire et accordant au locataire défaillant des délais de paiement en application de l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

Le décret n° 2019-455 du 16 mai 2019 (613) prévoit les conditions dans lesquelles cette information est réalisée et les éléments qui doivent être portés à la connaissance des

(610) C. consom., art. L. 722-6.
(611) C. consom., art. L. 722-7.
(612) C. consom., art. L. 722-8.
(613) D. n° 2019-455, 16 mai 2019, relatif à l'information des bailleurs quant aux conséquences de l'absence de contestation des décisions de la commission du surendettement et du juge du surendettement sur la décision d'expulsion conditionnelle antérieurement rendue par le juge du bail.

bailleurs-créanciers (614). La loi prévoit pour ce locataire une période probatoire de deux ans. Si les impayés recommencent, le propriétaire peut faire prononcer l'expulsion immédiatement.

L'exécution de la procédure d'expulsion est reprise en cas de :
- défaut de paiement du loyer ou des charges ainsi qu'en cas de non-respect des mesures imposées par la commission (615) ;
- défaut de paiement du loyer ou des charges ainsi que, lorsque le juge statue en application du premier alinéa de l'article L. 733-13, en cas de non-respect du jugement (616) ;
- en cas de défaut de paiement du loyer ou des charges (617).

CHAPITRE II Les limites et les freins à l'expulsion du locataire

Section I L'inviolabilité du domicile

3230 À titre liminaire, il convient de rappeler que le domicile est inviolable (618) et qu'un occupant ne peut être expulsé qu'en mettant en œuvre les lois et règlements applicables (619).

Par domicile, il convient de retenir une notion plus extensive que celle du Code civil (620) qui dispose qu'il s'agit du lieu du principal établissement, mais de celle d'un lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, invoque le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux (621). Le fait de forcer un tiers à quitter le lieu qu'il habite sans avoir obtenu le concours de l'État dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution, à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende (622).

Section II Les hypothèses pouvant conduire à l'expulsion

3231 L'expulsion est une conséquence :
- de l'entrée dans les lieux *ab initio* sans titre d'occupation ;
- de l'extinction d'un titre, comme par exemple la cessation des fonctions justifiant l'occupation d'un logement de fonction ;

(614) *Loi Elan : coordination des procédures de surendettement et d'expulsion locative : modalités d'information du bailleur-créancier* : *Loyers et copr.* juill. 2019, nos 7-8, alerte 45.
(615) C. consom., art. R. 733-6.
(616) C. consom., art. R. 733-17-1.
(617) C. consom., art. R. 741-1.
(618) Const. an II, art. 359 ; Const. 12 frimaire an VIII, art. 76.
(619) Constitue une voie de fait le fait pour le bailleur de changer les serrures de l'appartement pour interdire l'accès au logement (CA Lyon, 10e ch., 16 janv. 2008 : *JurisData* no 2008-358685).
(620) Art. 102.
(621) Cass. crim., 4 janv. 1977 : *Bull. crim.* 1977, no 6.
(622) C. pén., art. 226-4-2.

- de la survenance d'un événement tel qu'un arrêté préfectoral autorisant la démolition de l'immeuble avec interdiction immédiate d'y habiter (623) ;
- de l'obligation de restitution des lieux loués (624), elle-même conséquence de la fin du bail, pouvant résulter :

– Congé du locataire ou du bailleur

À l'expiration du délai de préavis, le locataire est déchu de tout titre d'occupation des locaux loués (625).

– Résiliation du bail pour non-respect par le locataire des obligations légales ou conventionnelles lui incombant, résultant de :

- la mise en œuvre de la clause résolutoire du bail notamment en cas d'impayés (626)**,**

- la résiliation judiciaire du bail.

Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant (627). Une demande en résiliation ou en nullité du bail n'est pas pour autant irrecevable, mais les locataires pourront se maintenir dans les lieux jusqu'à leur relogement.

- Abandon des lieux ou décès du locataire

Lorsque des éléments laissent supposer que le logement est abandonné par ses occupants, le bailleur peut mettre en demeure le locataire de justifier qu'il occupe le logement (628). Cette mise en demeure, faite par acte d'huissier de justice, peut être contenue dans un des commandements visés aux articles 7 et 24. S'il n'a pas été déféré à cette mise en demeure un mois après signification, l'huissier de justice peut procéder, dans les conditions prévues aux articles L. 142-1 et L. 142-2 du Code des procédures civiles d'exécution, à la constatation de l'état d'abandon du logement.

Pour établir l'état d'abandon du logement en vue de voir constater par le juge la résiliation du bail, l'huissier de justice dresse un procès-verbal des opérations. Si le logement lui semble abandonné, ce procès-verbal contient un inventaire des biens laissés sur place, avec l'indication qu'ils paraissent ou non avoir valeur marchande.

Le juge qui constate la résiliation du bail autorise, si nécessaire, la vente aux enchères des biens laissés sur place et peut déclarer abandonnés les biens non susceptibles d'être vendus. Un décret précise les conditions d'application (629).

Par ailleurs, le décret du 1er septembre 2011 (630) a mis en place une procédure applicable après l'ouverture d'une succession, permettant aux bailleurs de reprendre la libre

(623) Cass. 3e civ., 27 janv. 1982 : *JurisData* no 1982-700156. Nous renvoyons aux développements consacrés à l'habitat indigne.

(624) Autres conséquences : astreintes judiciaires (V. L. 21 juill. 1949 non modifiée par la loi no 91-650 du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution) et indemnité d'occupation (compensatoire et indemnitaire). Astreintes judiciaires et indemnité d'occupation sont cumulables (V. Cass. 2e civ., 6 déc. 1989 : *D.* 1990, somm. p. 312, obs. Bihr).

(625) L. 1989, art. 15, I *in fine*.

(626) V. *supra*, no 3222.

(627) C. civ., art. 1719 mod. par loi Boutin no 2009-323, 25 mars 2009, art. 58.

(628) L. 1989, art. 14-1.

(629) D. no 2011-945, 10 août 2011, relatif aux procédures de résiliation de baux d'habitation et de reprise des lieux en cas d'abandon.

(630) D. no 2011-1043, 1er sept. 2011, relatif aux mesures conservatoires prises après l'ouverture d'une succession et à la procédure en la forme des référés : *JO* 2 sept. 2011.

disposition des locaux loués sans avoir à formuler une demande de résiliation du bail (631).

– Perte de la chose louée

Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement (632).

Sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, l'article 1722 du Code civil trouve à s'appliquer dans les limites qu'il énonce (existence d'un cas fortuit, règles applicables selon qu'il y a perte partielle ou totale). Si la perte totale entraîne résiliation du bail, le preneur a cependant la faculté, en cas de perte partielle, d'opter entre la diminution du loyer et la résiliation (633).

Section III Le cas particulier résultant de la situation d'impayés

Sous-section I Les locations régies par le droit commun du louage (Code civil)

3232 Le non-paiement du loyer ou son retard est une cause de résiliation du bail. La résiliation peut résulter de la mise en œuvre soit d'une clause de résiliation de plein droit, soit d'une résiliation judiciaire (634). Nonobstant la stipulation dans le bail d'une clause résolutoire expresse, le bailleur peut préférer intenter une action en résolution.

Le juge peut accorder des **délais de paiement** (635). Ces délais peuvent reporter ou échelonner la dette dans la limite de deux années, et par conséquent suspendre la mise en œuvre de la clause de résiliation de plein droit.

Les créances locatives sont éteintes à la suite d'une procédure de rétablissement personnel (636), si elles sont nées avant le jugement d'ouverture de la procédure et ont été déclarées (637).

Sous-section II Les baux de locaux nus ou meublés soumis à la loi de 1989

3233 La résiliation peut résulter de la mise en œuvre soit d'une clause de résiliation de plein droit, soit d'une résiliation judiciaire. La loi de 1989 prévoit des dispositions particulières pour les baux régis par les titres 1er (locaux à usage d'habitation ou mixte qui constituent la résidence principale du preneur,) et 1er *bis* (logements meublés résidence principale).

(631) Procédure codifiée aux articles 1304 et suivants du Code de procédure civile. V. *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Bail d'habitation et à usage mixte*, Fasc. 100.
(632) C. civ., art. 1722.
(633) Rép. min. n° 034036 : *JOAN* Q 29 avr. 1991, p. 1730. Dans le même sens : V. J.-L. Aubert et Ph. Bihr, *La location d'habitation*, Paris, Sirey, coll. « Immobilier, droit et gestion », 2e éd. 1994, n° 176. – C. Beddeleem, *Guide des baux d'habitation et mixtes* : *Ann. loyers* avr.-mai-juin 2000, n° 2130.
(634) C. civ., art. 1227 (ancien art. 1184).
(635) C. civ., art. 1343-5 (ancien art. 1244-1).
(636) C. consom., art. L. 741-3.
(637) Cass. 2e civ., 6 juin 2013, n° 12-19.155 : *JurisData* n° 2013-011345 ; *Loyers et copr.* 2013, comm. 263.

§ I La résiliation de plein droit

A/ La stipulation expresse

3234 À la différence de droit commun du bail, les clauses résolutoires de plein droit ne peuvent sanctionner tous les manquements. Le défaut de paiement du loyer, des charges ou du dépôt de garantie est admis (638) et régi par l'article 24 de la loi de 1989.

La clause de résiliation de plein droit doit être impérativement stipulée aux termes du bail, ne pouvant être implicite (639). À défaut, le bailleur devra agir en résiliation judiciaire (640).

B/ Le commandement de payer

3235 Toute clause prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges aux termes convenus ou pour non-versement du dépôt de garantie ne produit effet que deux mois après un commandement de payer demeuré infructueux. Le commandement de payer contient, à peine de nullité (641) :

1° la mention que le locataire dispose d'un délai de deux mois pour payer sa dette ;

2° le montant mensuel du loyer et des charges ;

3° le décompte de la dette ;

4° l'avertissement qu'à défaut de paiement ou d'avoir sollicité des délais de paiement, le locataire s'expose à une procédure judiciaire de résiliation de son bail et d'expulsion ;

5° la mention de la possibilité pour le locataire de saisir le fonds de solidarité pour le logement de son département, dont l'adresse est précisée, aux fins de solliciter une aide financière ;

6° la mention de la possibilité pour le locataire de saisir, à tout moment, la juridiction compétente aux fins de demander un délai de grâce sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil.

3236 Lorsque les obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre sont garanties par un cautionnement, le commandement de payer est signifié à la caution dans un délai de quinze jours à compter de sa signification au locataire. À défaut, la caution ne peut être tenue au paiement des pénalités ou des intérêts de retard.

§ II La résiliation judiciaire

3237 Nonobstant la stipulation dans le bail d'une clause résolutoire expresse, le bailleur peut préférer intenter une action en résolution. Cette action est soumise à l'appréciation du juge

(638) Sont admis également : (*i*) le défaut de souscription d'une assurance locative (art. 7, *g*) et (*ii*) le non-respect de l'obligation de jouissance paisible des lieux, résultant de troubles de voisinage constatés par une décision de justice passée en force de chose jugée.
(639) CA Metz, 14e ch., 14 mai 1998, n° A11549/98 : *JurisData* n° 1998-049581.
(640) C. civ., art. 1227 (ancien art. 1184).
(641) L. 1989, art. 24, I.

et soumise au droit commun (642). **Par conséquent, le bailleur n'est pas tenu de délivrer un commandement de payer préalablement à l'assignation, requise uniquement pour l'application d'une clause résolutoire** (643)**.**

En revanche, depuis la loi SRU, l'assignation en résiliation judiciaire doit être également notifiée au préfet, comme pour l'action tendant à la constatation de la résiliation de plein droit (644).

§ III La saisie préalable de la commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives (CCAPEX)

A/ Le rôle des CCAPEX

3238 Dans certains cas, la commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives (CCAPEX) (645) doit être saisie avant d'assigner aux fins de constat de résiliation du bail.

Les CCAPEX ont été créées par la loi du 25 mars 2009 (646). La loi Alur et le décret du 30 octobre 2015 (647) en ont renforcé les pouvoirs. Les CCAPEX sont compétentes pour l'ensemble des procédures d'expulsion, qu'elles résultent d'un impayé ou de troubles de voisinage ou de la reprise du logement par le bailleur à la fin du bail pour vente ou occupation personnelle.

B/ Les bailleurs, personnes morales autres que sociétés familiales

3239 Les bailleurs personnes morales autres qu'une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus ne peuvent faire délivrer, sous peine d'irrecevabilité de la demande, une assignation aux fins de constat de résiliation du bail avant l'expiration d'un délai de **deux mois** suivant la saisine de la CCAPEX.

3240 Cette saisine est réputée constituée lorsque persiste une situation d'impayés, préalablement signalée dans les conditions réglementaires aux organismes payeurs des aides au logement (648).

(642) V. *JCl. Bail à loyer*, Fasc. 276.
(643) Cass. 3e civ., 9 oct. 1996, n° 92-17.331 : *JurisData* n° 1996-003828 ; *Loyers et copr.* 1996, comm. 467.
(644) Également pour les résiliations demandées par voie reconventionnelle ou additionnelle depuis la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (*JO* 19 janv. 2005) et la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires (*JO* 23 déc. 2010).
(645) Prévue à l'article 7-2 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990. Le formulaire est disponible sur : www.drihl.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/20150407152422417_cle28b14c.pdf.
(646) L. n° 2009-323, 25 mars 2009, de mobilisation pour le logement et la lutte contre les exclusions. V. Circ. 31 déc. 2009, relative à la prévention des expulsions locatives.
(647) D. n° 2015-1384, 30 oct. 2015, relatif à la commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives : *JO* n° 0253, 31 oct. 2015.
(648) En vue d'assurer le maintien du versement des aides mentionnées à l'article L. 821-1 du Code de la construction et de l'habitation.

C/ Les bailleurs, personnes physiques et sociétés familiales

3241 Le préfet fixe, par arrêté (649), le montant et l'ancienneté de la dette au-delà desquels les commandements de payer, délivrés pour le compte d'un bailleur personne physique ou société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, sont signalés par l'huissier de justice à la CCAPEX. Ce signalement est effectué lorsque :

- soit le locataire est en situation d'impayé de loyer ou de charges locatives sans interruption depuis une durée fixée en mois par arrêté préfectoral, comprise entre trois et six mois ;
- soit la dette de loyer ou de charges locatives du locataire est équivalente à un multiple, fixé par arrêté préfectoral, compris entre trois et six fois le montant du loyer mensuel hors charges locatives.

Sous-section III Les allocations logement

3242 Le bailleur doit informer la caisse d'allocations familiales (CAF) ou la Mutualité sociale agricole (MSA) de son département dans les deux mois de sa constitution de toute situation d'impayé.

Notion d'impayé. Dans le secteur locatif, lorsque l'aide personnelle au logement est **versée au bénéficiaire**, l'impayé de dépense de logement, comprenant le loyer et, le cas échéant, les charges locatives, est constitué quand le locataire est débiteur à l'égard du bailleur d'une somme au moins égale à deux fois le montant mensuel brut du loyer et des charges. Lorsque l'aide personnelle au logement est **versée entre les mains du bailleur**, l'impayé est constitué quand le locataire est débiteur à l'égard du bailleur d'une somme au moins égale à deux fois le montant mensuel net du loyer et des charges. Le montant mensuel brut du loyer correspond au loyer figurant dans le bail. Le montant mensuel net du loyer correspond à ce même loyer, déduction faite du montant de l'aide personnelle au logement (650).

Procédure. La CAF ou la MSA demande :

- au bailleur qu'il mette en place un plan d'apurement de la dette ;
- ou au fonds de solidarité pour le logement (FSL) qu'il mette en place un dispositif d'apurement de la dette.

Si l'impayé est inférieur ou égal à 100 €, c'est la CAF ou la MSA qui propose un plan d'apurement (et non le bailleur) avec l'accord du locataire et du bailleur. La durée du plan d'apurement est fixée librement par la CAF ou la MSA sans pouvoir dépasser trois ans.

Si l'allocation est versée au locataire, la CAF ou la MSA doit proposer au bailleur d'obtenir le versement en tiers payant (à la place du locataire). À défaut de réponse du bailleur dans un délai de deux mois, il est réputé avoir refusé.

(649) Le décret n° 2015-1384 du 30 octobre 2015 relatif à la commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives (*JO* n° 0253, 31 oct. 2015) fixe les modalités de détermination du montant et de l'ancienneté de la dette. Art. 14 : les seuils peuvent varier au sein d'un même département.

(650) CCH, art. R. 824-1. Dans le secteur de l'accession à la propriété, V. CCH, art. R. 824-2.

	En cas de plan d'apurement du bailleur	**En cas de dispositif d'apurement du FSL**
L'allocation est versée au bailleur.	Plan d'apurement de la dette à mettre en place dans un délai maximal de six mois : fixation des conditions de remboursement des loyers impayés (montant, délai...). Maintien du versement de l'aide au logement sous conditions : • du respect du plan d'apurement et de son approbation par la CAF / MSA ; • et de la reprise par le locataire du paiement du loyer en cours. À défaut de réception du plan d'apurement dans le délai et après mise en demeure du bailleur, la CAF / MSA saisit le FSL, qui dispose d'un délai de trois mois pour établir un dispositif d'apurement. Si le délai de trois mois n'est pas respecté par le FSL, la CAF / MSA met en place un plan d'apurement par défaut.	La CAF / MSA peut saisir directement le FSL en lui demandant de faire connaître son dispositif d'apurement dans un délai de six mois. Maintien du versement de l'aide au logement après réception du dispositif d'apurement, sous réserve de la reprise par le locataire du paiement du loyer en cours. Suspension du versement par la CAF / MSA en cas de mauvaise exécution du dispositif d'apurement ou de non-paiement du loyer en cours. Lorsque le FSL ne fait pas connaître dans les délais son dispositif d'apurement, la CAF / MSA met en demeure le locataire : • de reprendre le paiement du loyer en cours ; • et de rembourser chaque mois au bailleur 1/36e de sa dette pendant trois ans à partir du mois suivant la mise en demeure. Suspension du versement de l'aide au logement par la CAF / MSA à défaut de reprise du paiement ou de mauvaise exécution du plan.
L'allocation est versée au preneur.	La CAF / MSA peut demander au bailleur qu'il établisse un plan d'apurement de la dette dans un délai maximal de six mois (deux mois si le bailleur a refusé le tiers payant). Maintien du versement de l'aide au logement sous conditions : • du respect du plan d'apurement et de son approbation par la CAF / MSA ; • et de la reprise par le locataire du paiement du loyer en cours. À défaut de réception du plan d'apurement dans le délai et après mise en demeure du bailleur, la CAF / MSA saisit le FSL, qui dispose d'un délai de trois mois pour établir un dispositif d'apurement. Si le délai de trois mois n'est pas respecté par le FSL, la CAF / MSA met en place un plan d'apurement par défaut.	La CAF / MSA peut saisir directement le FSL en lui demandant de faire connaître son dispositif d'apurement dans un délai de six mois. Maintien du versement de l'aide au logement après réception du dispositif d'apurement, sous réserve de la reprise par le locataire du paiement du loyer en cours. En cas de mauvaise exécution du dispositif d'apurement ou de non-paiement du loyer en cours, la CAF / MSA suspend le versement de l'aide au logement. Lorsque le FSL ne fait pas connaître dans les délais son dispositif d'apurement, la CAF / MSA met en demeure le locataire : • de reprendre le paiement du loyer en cours ; • et de rembourser chaque mois au bailleur 1/36e de sa dette pendant trois ans à partir du mois suivant la mise en demeure. À défaut de reprise du paiement ou de mauvaise exécution du plan, la CAF / MSA suspend le versement de l'aide au logement.

Section IV Les conditions

3243 Sauf disposition spéciale, l'expulsion d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux (651).

Les époux étant colocataires, la procédure tendant à obtenir l'expulsion d'un locataire d'un logement conjugal doit être engagée contre les deux époux (652). Toutefois, aux termes de l'article 9-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, « les notifications ou significations faites en application du présent titre par le bailleur sont, de plein droit, opposables au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au locataire ou au conjoint du locataire si l'existence de ce partenaire ou de ce conjoint n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur ». Par conséquent, un locataire à l'obligation d'informer le bailleur de son mariage, en cours de bail, pour le rendre opposable aux deux époux.

Sous-section I Le titre exécutoire

3244 La procédure d'expulsion requiert un titre exécutoire, lequel peut être une décision de justice ou un procès-verbal de conciliation exécutoire.

§ 1 Un titre

A/ Une décision de justice

3245 Le juge compétent est le juge d'instance (653). Une décision de justice constatant ou ordonnant la résiliation du bail est insuffisante pour mettre en œuvre une procédure d'expulsion. Seule une décision de justice ordonnant ou autorisant l'expulsion de l'occupant pourra permettre d'engager la procédure, ce qui impose de demander expressément dans l'assignation le prononcé de l'expulsion de l'occupant.

Depuis l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière (654), le jugement d'adjudication constitue un titre d'expulsion à l'encontre du saisi (655).

B/ Un procès-verbal de conciliation exécutoire

3246 Cette possibilité résultait initialement d'une réponse ministérielle (656) et a été légalisée (657). **Le bail par acte authentique ne permet pas l'expulsion, même s'il**

(651) CPC ex., art. L. 411-1.

(652) Un titre exécutoire obtenu à l'encontre d'un seul époux est inopposable à l'époux non visé (CA Paris, 6e ch., 23 oct. 1991 : *JurisData* n° 1991-023489). Il ne peut pas non plus être considéré comme occupant du chef de son conjoint (Cass. 3e civ., 20 janv. 1988, n° 85-17.248 : *JurisData* n° 1988-000180). Tous les actes devront donc être délivrés au locataire et à son conjoint (CA Bordeaux, 1re ch., 3 août 1999, n° 97/03600 : *JurisData* n° 1999-043287).

(653) COJ, art. R. 221-38. *Idem* pour prononcer l'expulsion des squatters, des occupants sans droit ni titre ayant pénétré dans un local par voie de fait (depuis L. n° 2005-47, 26 janv. 2005 : *JO* 27 janv. 2005).

(654) C. civ., art. 2210, abrogé et remplacé à compter du 1er juin 2012 par CPC ex., art. L. 322-13.

(655) Antérieurement, le jugement d'adjudication, suite à une saisie immobilière, ne constituait pas un titre exécutoire permettant de demander l'expulsion de l'occupant de l'immeuble (Cass. 2e civ., 7 mars 2002 : *D.* 2003, p. 1404, note G. Taormina. – Cass. 2e civ., 10 juill. 2003, n° 00-19.579 : *JurisData* n° 2003-013323 ; *JCP* G 2004, II, 10001, note G. du Rusquec ; *Bull. civ.* 2003, II, n° 247).

(656) Rép. min. n° 12287 : *JOAN* Q. 23 févr. 1987, p. 1022.

(657) Ch. Gallet, *Les nouvelles dispositions relatives à l'expulsion depuis la réforme des procédures civiles d'exécution* : *Rev. loyers* 1993, p. 72 et s.

constitue un titre exécutoire (658). Par ailleurs, l'expulsion ne peut pas davantage être poursuivie en vertu d'une transaction rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance, ce titre ne constituant aucun des deux titres exécutoires limitativement énumérés (659).

§ II Exécutoire

3247 Le titre doit revêtit un caractère exécutoire.

A/ La décision de justice

3248 Il ressort de l'article 504 du Code de procédure civile que la preuve du caractère exécutoire ressort du jugement lorsque celui-ci n'est susceptible d'aucun recours suspensif ou qu'il bénéficie de l'exécution provisoire. Dans les autres cas, cette preuve résulte :

- soit de l'acquiescement de la partie condamnée ;
- soit de la notification de la décision et d'un certificat permettant d'établir, par rapprochement avec cette notification, l'absence, dans le délai, d'une opposition, d'un appel, ou d'un pourvoi en cassation lorsque le pourvoi est suspensif.

Toute partie peut se faire délivrer par le greffier de la juridiction devant laquelle le recours pouvait être formé un certificat attestant l'absence d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation ou indiquant la date du recours s'il en a été formé un (660).

3249 **– Exécution provisoire. –** L'exécution provisoire ne peut pas être poursuivie sans avoir été ordonnée, si ce n'est pour les décisions qui en bénéficient de plein droit.

Sont notamment exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé, les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier (661).

Lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée, elle ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président et dans les cas suivants (662) :

1° si elle est interdite par la loi ;

2° si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; dans ce dernier cas, le premier président peut aussi prendre les mesures prévues aux articles 517 à 522 du Code de procédure civile.

Le même pouvoir appartient, en cas d'opposition, au juge qui a rendu la décision.

Lorsque l'exécution provisoire est de droit, le premier président peut prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522 du Code de procédure civile.

Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 du même code et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

(658) TGI Paris, 30 juin 1997 : *Rev. huissiers* 1997, p. 1002.
(659) Cass., avis, 20 oct. 2000, n° 02-00.013 : *JurisData* n° 2000-006724 ; *Bull. civ.* 2000, avis, n° 9 ; *JCP* G 2001, I, 311, n° 6, obs. Cadiet et II, 10479, note Desdevises ; *Procédures* 2001, n° 34, obs. Croze ; *RTD civ.* 2001, 213, obs. Perrot et 384, obs. Gautier et *Dr. et proc.* 2001, n° 2, 122, obs. Bourdillat.
(660) CPC, art. 505.
(661) CPC, art. 514.
(662) CPC, art. 524.

Les conséquences manifestement excessives sont appréciées souverainement par les premiers présidents (663).

B/ Le procès-verbal de conciliation

Le procès-verbal de conciliation doit être signé par les parties et le juge, une transaction rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance étant insuffisante (664). **3250**

Sous-section II La signification du commandement de quitter les lieux

Un commandement de quitter les lieux doit être notifié au locataire (665). S'agissant d'un acte d'administration (666), l'expulsion peut être poursuivie par l'un quelconque des indivisaires (667). Conformément aux dispositions de l'article 1751 du Code civil, une procédure d'expulsion doit être diligentée contre les deux époux et partenaires pacsés (668) et par suite la décision signifiée aux deux (669). **3251**

Le commandement d'avoir à libérer les locaux prend la forme d'un acte d'huissier de justice signifié à la personne expulsée et contient à peine de nullité (670) :

1° l'indication du titre exécutoire en vertu duquel l'expulsion est poursuivie ;

2° la désignation de la juridiction devant laquelle peuvent être portées les demandes de délais et toutes contestations relatives à l'exécution des opérations d'expulsion ;

3° l'indication de la date à partir de laquelle les locaux devront être libérés ;

4° l'avertissement qu'à compter de cette date il peut être procédé à l'expulsion forcée du débiteur ainsi qu'à celle de tout occupant de son chef (671).

Ce commandement peut être délivré dans l'acte de signification du jugement.

Le commandement d'avoir à libérer les locaux ne peut être signifié à domicile élu (672), mais doit l'être au domicile réel. Si l'expulsion ou l'évacuation d'un immeuble ou d'un lieu habité vise des personnes non dénommées, l'acte est remis au parquet à toutes fins (673).

(663) Cass. 2e civ., 19 févr. 2015, n° 14-12.691. Exemples jurisprudentiels : CA Reims, 28 sept. 2011, n° 11/43-16 : *JurisData* n° 2011-027897. – CA Bastia, 26 juill. 2011, n° 11/00095 : *JurisData* n° 2011-021035. – CA Angers, 29 juill. 2005 : *JurisData* n° 2005-282750. – CA Versailles, 7 févr. 1997 : *JurisData* n° 1997-600429 ; *Rev. loyers* 1997, p. 488, obs. V. Canu. – CA Aix-en-Provence, 30 déc. 2002 : *JurisData* n° 2002-206923 ; *Loyers et copr.* 2003, comm. 147. – CA Paris, pôle 1, ch. 5, 29 avr. 2016, n° 16/07198 : *JurisData* n° 2016-008216.

(664) Cass., avis, 20 oct. 2000.

(665) À peine de nullité. CA Douai, 8e ch., 26 janv. 1995 : *JurisData* n° 1995-044122.

(666) CPC ex., art. L. 111-9.

(667) CA Paris, 8e ch., 21 mai 2015, n° 14/21302 : *JurisData* n° 2015-014072 ; *Loyers et copr.* 2015, comm. 186.

(668) Le bénéfice de la cotitularité légale requiert qu'ils en aient fait la demande au bailleur.

(669) Cass. 3e civ., 23 janv. 1985 : *JurisData* n° 1985-700556 ; *Bull. civ.* 1985, III, n° 16 ; *Rev. loyers* 1985, p. 269 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. jurispr. p. 227. – Cass. 3e civ., 26 févr. 1986 : *Rev. loyers* 1986, p. 212 ; *Bull. loyers* juin 1986, n° 222, note B. Vial-Pedroletti.

(670) CPC ex., art. R. 411-1.

(671) Cass. 2e civ., 23 juin 2016, n° 15-21.408 : *JurisData* n° 2016-012232 ; *Procédures* 2016, comm. 255 : le commandement d'avoir à libérer les lieux, qui doit être signifié, en application de l'art. R. 411-1 du Code des procédures civiles d'exécution, à la personne dont l'expulsion a été ordonnée, n'a pas à l'être à l'occupant de son chef.

(672) CPC ex., art. R. 411-2.

(673) CPC ex., art. R. 411-3.

3252 Lorsque l'expulsion porte sur un local affecté à l'**habitation principale** de la personne expulsée ou de tout occupant de son chef, le commandement d'avoir à libérer les locaux contient, à peine de nullité, en plus des mentions prévues à l'article R. 411-1 du Code des procédures civiles d'exécution, la reproduction des articles L. 412-1 à L. 412-6. Par dérogation au précédent alinéa, les articles L. 412-3 à L. 412-6 ne sont pas reproduits pour l'application de l'article L. 412-7. Les articles L. 412-1 à L. 412-6 ne sont pas reproduits pour l'application de l'article L. 412-8 (674).

L'expulsion portant sur un lieu habité (675) par la personne expulsée ou par tout occupant de son chef ne peut avoir lieu qu'à l'expiration d'un **délai de deux mois qui suivent le commandement**, sans préjudice des dispositions des articles L. 412-3 à L. 412-7 du Code des procédures civiles d'exécution (676).

Ce délai de deux mois :

- est applicable si le locataire est une société civile immobilière (677) ;
- n'est pas applicable :
  - aux résidences secondaires ou saisonnières (678),
  - en cas d'expulsion du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ordonnée par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 515-9 du Code civil (679),
  - lorsque le juge qui ordonne l'expulsion constate que les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait (680) ;
- peut être supprimé ou réduit par le juge, notamment lorsque la procédure de relogement effectuée en application de l'article L. 442-4-1 du Code de la construction et de l'habitation (681) n'a pas été suivie d'effet du fait du locataire (682) ;
- peut être prorogé par le juge pour une durée n'excédant pas trois mois lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernée des conséquences d'une exceptionnelle dureté, notamment du fait de la période de l'année considérée ou des circonstances atmosphériques (683) ;
- être supprimé par le juge au moyen d'une décision spéciale et motivée.

3253 Par ailleurs, le juge peut accorder des délais renouvelables aux occupants de lieux habités ou de locaux à usage professionnel (684), dont l'expulsion a été ordonnée judiciairement,

(674) CPC ex., art. R. 412-1.
(675) Avant la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, le texte visait le « local affecté à l'habitation principale de la personne expulsée ». Cette modification visait à permettre d'uniformiser les règles quel que soit le type d'habitat, bâti ou précaire.
(676) CPC ex., art. L. 412-1.
(677) CA Rouen, 2e ch., 24 févr. 2005 : *JurisData* n° 2005-266431 ; *Loyers et copr.* 2005, comm. 125.
(678) Cass. 3e civ., 23 mai 1998 : *Rev. loyers* 1998, p. 564.
(679) CPC ex., art. L. 412-8.
(680) CPC ex., art. L. 412-1, al. 3 (depuis loi Elan).
(681) En cas de non-respect de son obligation d'user paisiblement des locaux loués suivant la destination qui leur a été donnée par le contrat de location, et mise en demeure de se conformer à cette obligation restée infructueuse, il peut être adressé au locataire une offre de relogement correspondant à ses besoins et à ses possibilités. En cas de refus du locataire ou, en l'absence de réponse de sa part, à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de l'envoi de l'offre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le bailleur peut saisir le juge aux fins de résiliation du bail.
(682) CPC ex., art. L. 412-1, al. 1er *in fine*.
(683) CPC ex., art. L. 412-2.
(684) Ou mixtes à usage mixte professionnel et d'habitation. En revanche, cela est exclu pour les locaux à usage administratif (CA Paris, 1re ch., 5 avr. 1962 : *D.* 1962, somm. p. 106) ou commerciaux (CA Paris, 15 déc. 1956 : *D.* 1957, somm. p. 45).

chaque fois que le relogement des intéressés ne peut avoir lieu dans des conditions normales, sans que ces occupants aient à justifier d'un titre à l'origine de l'occupation.

Le juge qui ordonne l'expulsion peut accorder les mêmes délais, dans les mêmes conditions.

Cette disposition n'est pas applicable (685) :
- lorsque le propriétaire exerce son droit de reprise dans les conditions prévues à l'article 19 de la loi de 1948 (686) ;
- lorsque la procédure de relogement effectuée en application de l'article L. 442-4-1 du Code de la construction et de l'habitation n'a pas été suivie d'effet du fait du locataire ;
- à l'occupant entré par voie de fait (687) ;
- à un locataire logé dans un local accessoire au commerce loué (688). En revanche, cela a été admis pour les occupants d'un logement à titre d'accessoire de leur emploi ou de leur fonction (689) ou dépendant d'une exploitation rurale (690).

Ce délai ne peut être accordé :
- lorsque le relogement des occupants est assuré dans des conditions normales (691) ;
- aux occupants de locaux spécialement destinés aux logements d'étudiants lorsque les intéressés cessent de satisfaire aux conditions en raison desquelles le logement a été mis à leur disposition (692).

Sous-section III L'information du préfet

3254 Le préfet doit être impérativement informé dans les conditions ci-après énoncées. Dès le commandement d'avoir à libérer les locaux, l'huissier de justice chargé de l'exécution de la mesure d'expulsion en saisit le préfet afin que celui-ci informe :
- la commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives (CCAPEX) (693) ;
- et le ménage locataire de la possibilité de saisir la commission de médiation en vue d'une demande de relogement au titre du droit au logement opposable.

À défaut de saisine du préfet par l'huissier, le délai avant l'expiration duquel l'expulsion ne peut avoir lieu est suspendu.

L'information du préfet a été renforcée par la loi nº 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement. Lorsque l'expulsion porte sur un local affecté à l'habitation principale de la personne expulsée ou de tout occupant de son chef, le juge qui ordonne l'expulsion ou qui, avant la délivrance du commandement d'avoir à libérer les locaux mentionné à l'article L. 411-1, statue sur une demande de délais présentée sur le fondement des articles L. 412-3 et L. 412-4 du Code des procédures civiles d'exécution peut, même d'office, décider que l'ordonnance ou le jugement sera transmis, par les soins du greffe, au

(685) CPC ex., art. L. 412-3.
(686) L. nº 48-1360, 1er sept. 1948, portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement. Les dispositions de l'article 1343-5 du Code civil demeurent applicables.
(687) CA Paris, réf., 9 nov. 1955 : *JCP* G 1955, II, 8961. – CA Paris, 6 févr. 1957 : *D.* 1957, somm. p. 94. – CA Versailles, 1re ch., sect. 2, 13 nov. 1987 : *Rev. loyers* 1988, p. 166.
(688) Cass. 3e civ., 24 nov. 1976 : *Rev. loyers* 1977, p. 101.
(689) CA Orléans, ch. civ., 18 févr. 1983 : *JurisData* nº 1983-042134.
(690) Cass. 3e civ., 15 mars 1979 : *Rev. loyers* 1979, p. 364, note J.V.
(691) CPC ex., art. L. 412-3 *a contrario*.
(692) CPC ex., art. L. 412-7.
(693) V. *supra*, nº 3238.

préfet, en vue de la prise en compte de la demande de relogement de l'occupant dans le cadre du plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées prévu par ladite loi de 1990 (694).

Pour l'application de l'article L. 412-5 du même code, l'huissier de justice envoie au préfet du lieu de situation de l'immeuble, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie électronique, copie du commandement d'avoir à libérer les locaux.

Dans toute la mesure du possible, il communique tous renseignements relatifs à l'occupant dont l'expulsion est poursuivie ainsi qu'aux personnes vivant habituellement avec lui.

Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 qu'à peine d'irrecevabilité de la demande, l'assignation aux fins de constat de la résiliation du bail doit être notifiée à la diligence de l'huissier de justice au préfet au moins deux mois avant l'audience, afin qu'il saisisse l'organisme compétent désigné par le plan départemental d'action pour le logement et l'hébergement des personnes défavorisées, suivant la répartition de l'offre globale de services d'accompagnement vers et dans le logement prévue à l'article 4 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990.

Sous-section IV Cas particulier : conclusion d'un protocole d'accord entre le bailleur et l'occupant en vue du rétablissement du bail

3255 Comme indiqué précédemment, un volet du dispositif de prévention des expulsions est la conclusion entre le bailleur et l'occupant d'un protocole en vue du rétablissement du bail.

Les bénéficiaires de ce dispositif sont (695) :

- les locataires et sous-locataires du parc HLM conventionné ou non ;
- les locataires du parc des sociétés d'économie mixte conventionné.

Lorsque le bail de l'occupant est résilié par décision judiciaire pour défaut de paiement de loyer et de charges, la signature d'un protocole d'accord conclu entre le bailleur et l'intéressé en vue du rétablissement du bail vaut titre d'occupation, et donne droit à l'aide personnalisée au logement (pour les logements conventionnés) ou à l'allocation logement (pour les logements non conventionnés).

Ce dispositif issu de la loi du 18 janvier 2005 n'est pas applicable lorsque le bail est résilié pour d'autres motifs (696).

La durée du protocole est de deux ans au plus. En cas de nouvelle négociation du plan d'apurement, elle peut être, par avenant, prolongée de trois années au plus.

Sous réserve du respect des engagements de l'occupant, le bailleur renonce à la poursuite de la procédure d'expulsion et conclut un bail dans un délai prévu par le protocole et ne pouvant excéder trois mois. L'organisme retrouve le droit de faire exécuter la décision judiciaire de résiliation du bail si le locataire ne respecte pas les conditions du protocole.

L'occupant s'engage à payer régulièrement l'indemnité d'occupation et les charges fixées dans la décision judiciaire et à respecter un plan d'apurement de sa dette locative approuvé par le représentant de l'organisme payeur et joint au protocole.

(694) CPC ex., art. R. 412-2.
(695) CCH, art. L. 353-15-2, L. 442-6-5 et L. 442-8-2.
(696) Par ex. : pour violation de l'obligation de jouissance des lieux en bon père de famille (CA Rouen, ch. soc., sect. B, 23 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-347481 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 25).

Section V La trêve hivernale

3256 Aucune expulsion locative d'un local à usage d'habitation (697) ne peut avoir lieu durant la période dite « de trêve hivernale », allant du 1er novembre au 31 mars de l'année suivante (698).

Toutefois, la trêve hivernale ne s'applique pas dans les cas suivants :

- le logement se trouve dans un immeuble qui a fait l'objet d'un arrêté de péril (699) ;
- l'expulsion est assortie d'un relogement correspondant aux besoins familiaux du locataire (le nombre de pièces doit correspondre au nombre d'occupants) ;
- locaux occupés par des étudiants ayant cessé de satisfaire aux conditions en raison desquelles le logement a été mis à leur disposition (700) ;
- une résidence principale (domicile) est occupée par des personnes entrées illégalement, sauf décision contraire du juge (701) ;
- une résidence secondaire ou un garage (ou tout autre lieu) est occupé par des personnes entrées illégalement. Dans ce cas, la décision d'expulsion prononcée par le juge peut explicitement priver les squatteurs du bénéfice de la trêve hivernale.

Durant la trêve hivernale, un propriétaire a le droit d'engager une procédure d'expulsion en saisissant le juge du tribunal d'instance en référé. Si l'expulsion est ordonnée par le juge, elle sera alors effective dès la fin de la trêve.

Section VI La procédure d'expulsion

3257 La procédure d'expulsion est réglementée par :

- la loi (702) du 9 juillet 1991 ;
- le décret du 31 juillet 1992 (703) ;
- la loi du 6 juillet 1998, laquelle a apporté quelques modifications (704) ;
- la circulaire du 9 février 1999 (705) qui précise les modalités d'application.

Nous ne consacrerons pas de développements à la procédure, ne s'agissant pas de pratiques courantes pour le notariat.

Section VII La prévention des expulsions

3258 La loi d'orientation no 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions visait à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux, notamment dans les domaines du logement (706).

(697) Y compris pour les locaux loués en complément d'un bail commercial (CAA Paris, 22 avr. 2003, no 01PA02307).
(698) CPC ex., art. L. 412-6.
(699) CA Paris, 14e ch., 24 nov. 1995 : *JurisData* no 1995-024534.
(700) CPC ex., art. L. 412-7. – CE, 8e-3e ch. réunies, 22 sept. 2017, no 407031.
(701) Depuis la loi Elan.
(702) L. no 91-650, 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 61 à 66-1, Section 8, « Les mesures d'expulsion » : *JCP* N 1991, III, 64891.
(703) D. no 92-755, 31 juill. 1992, art. 194 à 209 : *JCP* N 1992, III, 65652.
(704) L. no 98-657, 6 juill. 1998, relative à la lutte contre l'exclusion.
(705) Relative à la prévention des expulsions locatives pour impayés : *JCP* N 1999, p. 531.
(706) L. no 98-657, 29 juill. 1998, art. 1er. V. N. Monachon-Duchêne, *Prévenir l'expulsion locative pour lutter contre l'exclusion* : *JCP* G 1998, I, 174.

Elle a introduit, outre la taxe annuelle sur les logements vacants et des mesures de réquisition de ces logements (707), un dispositif de prévention des expulsions en cas d'impayés de loyer, visant à substituer à une logique d'ordre public une logique de traitement social et préventif de l'expulsion.

Le dispositif de prévention a prévu (708) :
- une phase précontentieuse avant la saisine du juge dans le parc social (709) ;
- une démarche de prévention sous la responsabilité du préfet durant la phase contentieuse (710).

Ce dispositif a ensuite été complété par :
- la circulaire « Borloo » du 13 mai 2004 (711) suspendant les expulsions pour impayés de loyers des locataires de bonne foi dans le logement social et instaurant un protocole tripartite entre le bailleur, le locataire et l'État ;
- la loi du 18 janvier 2005 (712) venue réglementer les protocoles d'accord conclus entre l'organisme et l'intéressé en vue du rétablissement du bail ;
- la circulaire du 11 mai 2005 (713) ;
- la circulaire du 22 mars 2017 (714).

3259 La loi Alur a imposé à chaque département de se doter d'une charte pour la prévention de l'expulsion, dont les modalités opérationnelles de mise en œuvre ont été précisées par le décret du 31 mars 2016 (715).

Section VIII Le cas particulier de la libération des lieux sans préalable judiciaire

3260 La violation de domicile (716) permet la mise en œuvre d'une expulsion avec le concours de la force publique, sans préalable judiciaire. Les conditions requises sont exposées succinctement (717) :
- une introduction dans les lieux illicite *ab initio* ;
- à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte ;
- une occupation affectant des ouvrages bâtis affectés à l'usage de domicile personnel ou professionnel ;
- dénonciation de l'occupation dans un délai très bref suivant son constat (718).

(707) L. n° 98-657, 29 juill. 1998, art. 51 et 52.
(708) V. Circ. 9 févr. 1999, relative à la prévention des expulsions locatives pour impayés : *JO* 17 févr. 1999 ; *JCP* G 1999, III, 20045.
(709) L. n° 98-657, 29 juill. 1998, art. 115.
(710) L. n° 98-657, 29 juill. 1998, art. 114.
(711) G. Gérard, *À propos de la circulaire « Borloo » du 13 mai 2004 relative à la prévention des expulsions locatives* : *AJDI* 2004, p. 695.
(712) L. n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale, 18 janv. 2005 : *JO* 19 janv. 2005, art. 98.
(713) Circ. UHC/IUH 1, n° 2005-32, 11 mai 2005, relative à la prévention des expulsions locatives (texte non paru au *JO*). V. *JCl. Bail à loyer*, Fasc. 296, *Bail d'habitation. - Locations régies par le droit commun du louage (Code civil). - Fin du bail. - Expulsion*, ann. 2.
(714) Circ. LHAL1709078C, 22 mars 2017, relative à la mise en œuvre du plan national pour la prévention des expulsions locatives (non publié). V. *JCl. Bail à loyer*, Fasc. 296, ann. 3. http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/03/cir_41956.pdf.
(715) D. n° 2016-393, 31 mars 2016, relatif à la charte pour la prévention de l'expulsion.
(716) C. pén., art. 226-4.
(717) *Titre échu, résilié ou résolu et occupation illicite ab initio : l'occupation sans droit ni titre, comment y mettre fin ?* : *Actes prat. ing. immobilière* avr. 2019, n° 2, dossier 13. – Rép. min. n° 03261 : *JO* Sénat Q 19 juill. 2018, p. 3635.
(718) Quarante-huit heures.

DEUXIÈME PARTIE

Protéger l'habitat et le patrimoine historique

Nous avons consacré la première partie de nos développements à la protection du logement au regard des droits individuels de l'occupant qu'il soit propriétaire ou locataire. Dans cette seconde partie, nous avons choisi de présenter des politiques de protection du logement appréhendé de manière moins individualiste. Nous distinguerons la protection de l'habitat (**Titre I**) et la protection du cadre de vie (**Titre II**) qui participe de la jouissance paisible de l'occupant. Le titre second sera entièrement consacré à la protection du patrimoine. Nous regrettons, faute de place, de ne pas avoir pu vous présenter les dispositifs de lutte contre la désertification des centres-villes et de protection des sites. **3261**

TITRE I

La protection de l'habitat

Nous avons choisi de présenter successivement les politiques visant à réduire la destruction de logements ou à encourager leur création (**Sous-titre I**), puis celles relatives à la lutte contre l'habitat dégradé (**Sous-titre II**). **3262**

SOUS-TITRE I

La volonté de soutenir l'offre de logements

Depuis les destructions massives liées à la Seconde Guerre mondiale, plusieurs politiques visant à soutenir l'offre de logements se sont succédé. Nous étudierons dans un premier temps les réglementations qui visent actuellement à éviter la disparition des espaces de vie (**Chapitre I**). Plus récemment, le développement du tourisme a obligé l'introduction d'une législation spéciale dans des secteurs géographiques de plus en plus étendus (**Chapitre II**) et à imaginer de nouvelles solutions pour encourager la création de logements (**Chapitre III**). **3263**

CHAPITRE I Les réglementations d'urbanisme et de construction

La protection du logement relève essentiellement de plusieurs réglementations issues du Code de l'urbanisme et du Code de la construction et de l'habitation. **3264**

Section I Le permis de démolir

À l'origine, la législation sur le permis de démolir est liée à la crise du logement qui sévissait dans certaines villes au lendemain de la dernière guerre (719). Cette législation a été plusieurs fois modifiée pour aboutir à celle issue de la réforme du 8 décembre 2005 et de son **3265**

(719) Ord. n° 45-2394, 11 oct. 1945 : *JO* 19 oct. 1945, p. 6646.

décret d'application du 5 janvier 2007 (720) qui introduit les articles R 421-26 à R. 421-29 et les articles R. 451-1 à R. 453-1 nouveaux dans le Code de l'urbanisme (721).

Nous distinguerons le champ d'application du permis de démolir (**§ I**) et ses liens avec la législation sur le maintien dans les lieux de l'occupant du logement (**§ II**).

§ I Le champ d'application du permis de démolir

3266 **– Les zones concernées par le permis de démolir. –** Elles sont limitativement énumérées par le Code de l'urbanisme et ne s'étendent pas à l'ensemble du territoire national. Il faut, en premier lieu, que les travaux visent à démolir une construction dans une commune où le conseil municipal a décidé d'instituer le permis de démolir (C. urb., art. R. 421-27).

Dans l'hypothèse où le conseil municipal n'a pas statué sur ce point, l'article L. 421-28 du même code prévoit l'obligation d'un permis de démolir lorsque la construction concernée :
- est située dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable ;
- dans les abords d'un monument historique ;
- dans un site inscrit, classé ou en instance de classement ;
- dans un territoire présentant un intérêt patrimonial, paysager ou écologique.

On relèvera que l'article L. 421-28 du Code de l'urbanisme se préoccupe plus du cadre de vie que de la protection de la crise du logement. Il en est de même pour l'étendue des travaux concernés.

Les démolitions concernées par le permis sont, au regard de l'article R. 421-7 du Code de l'urbanisme, « les travaux ayant pour objet de démolir ou de rendre inutilisable tout ou partie d'une construction ». Reste que, selon la jurisprudence, seules les destructions visibles de l'extérieur sont concernées par cette législation.

Ainsi la démolition d'un portail et d'un mur (722), d'une terrasse pavée sur dalle (723), d'un escalier extérieur (724) donnent lieu à délivrance d'un permis de démolir.

En revanche, une modification du cloisonnement intérieur et une fermeture de la cage d'escalier (725), les travaux qui ne portent pas atteinte au gros œuvre du bâtiment (726) ne sont pas concernés par cette législation.

Toutefois, cette obligation d'obtenir un permis de démolir a été déclarée applicable lorsque les travaux rendent inutilisable tout ou partie de la construction. C'est le cas du propriétaire qui dépèce son immeuble pour en chasser les occupants (727) ou lorsque les travaux ont pour effet de mettre l'immeuble en péril (728).

§ II Le permis de démolir et le maintien dans les lieux du locataire

3267 La loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948, relative aux rapports entre les bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, bien connue pour le

(720) D. n° 2007-18, entré en vigueur le 1er oct. 2007 par suite du vote de la loi n° 2007-209 du 19 février 2007.
(721) Sur ces modifications législatives successives, V. *JCl. Construction-Urbanisme*, Fasc. 850, par G. Liet-Veaux, act. par G. Ricard.
(722) *JurisData* n° 1992-042753.
(723) CAA Paris, 31 mai 2011, n° 10PA06101.
(724) CE, 29 juill. 1994, n° 138895.
(725) CAA Paris, 19 juin 1966 : *JurisData* n° 1996-046206.
(726) CE, 4 févr. 2004. : *JurisData* n° 2004-066406.
(727) Cass. 1re civ., 15 juin 1964 : *Bull. civ.* 1964, I, n° 317.
(728) CE, 10 juin 1992 : *JurisData* n° 1992-044660.

maintien dans les lieux institué par son article 4, a prévu que le droit à ce maintien ne s'applique pas si le propriétaire détruit pour reconstruire un autre immeuble d'une surface habitable supérieure (art. 11) ou s'il effectue des travaux de surélévation ou d'addition de construction ayant pour objet d'augmenter la surface habitable, le nombre de logements ou le confort de l'immeuble (art. 12).

Dans ces hypothèses, « le propriétaire devra donner un préavis de six mois pour vider les lieux », mais la validité du congé est subordonnée à celle du permis de construire (729).

Les **habitations à loyer modéré** connaissent une législation comparable, prévue à l'article L. 442-6 du Code de la construction et de l'habitation, qui précise qu'en cas d'autorisation de démolir ou de convention Anru (730), le locataire pour lequel un logement a été conçu pour son relogement ou qui a refusé trois offres de relogement « est déchu de tout titre d'occupation des locaux loués ».

Section II Le changement de destination

3268 La nécessité d'une autorisation lorsqu'il y a changement de destination de l'immeuble est relativement récente puisqu'elle n'a été introduite dans le Code de l'urbanisme que par la loi nº 76-1285 du 31 décembre 1976. Aujourd'hui c'est l'article R. 151-27 du Code de l'urbanisme (731) qui détermine les destinations à prendre en compte au regard des autorisations d'urbanisme.

Avant d'indiquer les autorisations prévues par le code (**§ II**), nous nous attacherons à définir ce qu'il faut entendre par changement de destination (**§ I**).

§ I La notion de changement de destination

3269 **– Le changement de destination ne doit pas être confondu avec le changement d'usage de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation. –** Le changement de destination n'est pas lié à des considérations sociales, mais uniquement à des considérations propres aux règles d'urbanisme notamment pour ce qui relève de la desserte des immeubles, des places de stationnement et éventuellement du coefficient d'occupation des sols.

Le changement de destination ne vise pas directement à protéger le logement, comme le prévoit l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation, mais à vérifier que le logement est bien intégré dans son environnement. Ainsi il permet notamment à la personne publique de vérifier que le nombre de places de stationnement est compatible avec le nouvel usage qui sera donné au bâtiment. Il ne vise pas une surélévation qui entraîne la création de logements supplémentaires (732).

En cas d'abandon de la destination primitive, la jurisprudence apprécie les changements en fonction de la dernière utilisation effective des locaux. Le changement affectant seulement une partie de l'immeuble entre dans le cadre de cette législation.

(729) CE, 10 juill. 1974, *Assoc. Artistes 65 Bd Arago à Paris* : *Rec. CE* 1974, p. 406.
(730) Créé par la loi nº 2003-710 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation du 1er août 2003.
(731) Issu du décret nº 2015-1783 du 28 décembre 2015.
(732) CAA Nancy, 30 sept. 1999, *Pauly* : *JurisData* nº 1999-108526 ; *Constr.-Urb.* 2000, 194, note D. Larralde.

3270 Les articles R. 151-27 et R. 151-28 du Code de l'urbanisme définissent les destinations et les sous-destinations suivantes :

Destination de l'article R. 151-27	Sous-destination de l'article R. 151-28
Exploitation agricole et forestière	Exploitation agricole, exploitation forestière.
Habitation	Logement, hébergement.
Commerce et activités de service	Artisanat et commerce de détail, restauration, commerce de gros, activités de services où s'effectue l'accueil d'une clientèle, hôtels, autres hébergements touristiques (733), cinéma.
Équipements d'intérêt collectif et services publics	Locaux et bureaux accueillant du public des administrations publiques et assimilées, locaux techniques et industriels des administrations publiques et assimilés, établissements d'enseignement, de santé et d'action sociale, salles d'art et de spectacles, équipements sportifs, autres équipements recevant du public.
Autres activités des secteurs secondaire ou tertiaire	Industrie, entrepôt, bureau, centre de congrès et d'exposition.

§ II Les autorisations de changement de destination et de sous-destination

3271 – Changement de destination. – Le changement de destination d'un bâtiment existant pour l'une des cinq destinations précitées peut être soumis à une simple déclaration préalable ou à un permis de construire. Si le projet relève de plusieurs régimes différents, c'est la formalité la plus contraignante qui doit être respectée : en ce cas, une demande de permis de construire dispense de toute autorisation préalable (734).

- Un **permis de construire** sera exigé par l'article R. 421-14 du Code de l'urbanisme lorsque le changement d'usage s'accompagne de travaux ayant pour effet de modifier les structures porteuses ou la façade du bâtiment ou de créer une emprise au sol ou une surface de plancher supérieure à 20 m². Il ne faut pas omettre que l'article R. 421-16 prévoit que « tous les travaux portant sur un immeuble inscrit au titre des monuments historiques sont soumis à permis de construire ».
- Une **déclaration préalable** est requise par l'article R. 421-17 du Code de l'urbanisme lorsque le changement d'usage ne s'accompagne pas de travaux ayant pour effet de modifier les structures porteuses ou la façade du bâtiment ou de créer une emprise au sol ou une surface de plancher supérieure à 20 m².

3272 – Changement de sous-destination. – Un changement de sous-destination à l'intérieur de l'une des cinq destinations requiert :

- un **permis de construire** lorsque le changement s'accompagne des travaux ci-dessus énoncés ;
- **aucune formalité :** s'il s'agit d'un changement de sous-destination ne s'accompagnant pas de travaux ayant pour effet de modifier les structures porteuses ou la façade du bâtiment ou de créer une emprise au sol ou une surface de plancher supérieure à 20 m².

(733) Décret nº 2020-78 du 31 janvier 2020.
(734) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 700, *Construction et Urbanisme*, nº 65, par G. Liet-Veaux, act. par J.-L. Pissaloux.

Tableau récapitulatif des autorisations administratives requises en cas de changement de destination ou de sous-destination. **3273**

	Changement de destination	Changement de sous-destination sans changement de destination
Accompagnée de la modification des structures porteuses ou de la façade du bâtiment	Permis de construire	Permis de construire
Sans modification des structures porteuses ou de la façade du bâtiment	Déclaration préalable	Néant

Section III Le changement d'usage

Le Code de la construction et de l'habitation organise une protection des logements existants en réglementant le changement d'usage des locaux d'habitation (CCH, art. L. 631-7). Celui-ci ayant déjà fait l'objet de commentaires dans des congrès précédents (735), il en sera uniquement rappelé les grandes lignes sous forme de tableau (V. *infra*, n° 3275). Actuellement, cette législation de protection connaît un usage de plus en plus important grâce à la faculté d'extension prévue à l'article L. 631-9 du même code (étudiée ci-après à la **section IV**). **3274**

Issu à l'origine d'une ordonnance du 11 octobre 1945, le texte actuel provient de l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005, modifiée par la loi du 23 novembre 2018 (736) qui étend sa protection au bail mobilité nouvellement créé. **3275**

Dans les territoires concernés, le changement d'usage d'un local d'habitation est soumis à autorisation. 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 (737).

Le tableau suivant synthétise cette législation :

Biens concernés	Locaux à usage d'habitation affectés à cet usage au 1er janvier 1970. Y compris : ● logements-foyers ; ● logement de gardien ; ● chambre de service ; ● logement de fonction ; ● logement inclus dans un bail commercial ; ● locaux meublés de l'article L. 632-1 du Code de la construction et de l'habitation.

(735) 89e Congrès des notaires de France, Cannes, 1993, *Urbanisme et sécurité juridique*, 4e commission, p. 873 et s., par G. Vidalenc et H. Wargny ; et en dernier lieu 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contraintes*, 2e commission, p. 307 et s., par M.-H. Augereau-Hue et O. Boudeville.

(736) L. n° 2018-1021 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite « loi Elan »).

(737) CCH, art. L. 631-7 *in fine*.

Localisation géographique	Application de plein droit CCH, art. L. 631-7 sur l'ensemble du territoire de la commune.	Communes de + de 200 000 habitants (Paris, Marseille, Lyon, Toulouse, Nice, Nantes, Strasbourg, Montpellier, Bordeaux, Lille et Rennes et Hauts-de-Seine, Seine Denis, Val-de-Marne).
	Application sur délibération, CCH, art. L. 631-9 (738). Sur tout ou partie du territoire de la commune concernée.	• Arrêté préfectoral sur proposition du maire. • Arrêté préfectoral après délibération de l'organe délibérant ou du conseil municipal pour les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants visées à l'article 232 du Code général des impôts (739).
Autorisation délivrée par le maire de la commune après avis du maire d'arrondissement	Pérenne et réelle	Local pour lequel un changement d'usage subordonné à compensation a été accordé après le 1er janvier 1970. Il en est de même du local ayant servi de compensation.
	Temporaire et personnelle	Pour exercer une activité professionnelle. Autorisation valable pendant la durée de l'activité du bénéficiaire (CCH, art. L. 631-7-1). Pour la location meublée de courte durée par une personne physique (CCH, art. L. 631-7-1-A). Pour transformer des bureaux en habitation pour une durée maximale de quinze ans (CCH, art. L. 631-7-1-A).
Dispense	Pour la location de courte durée de la résidence principale du loueur, CCH, art. L. 631-7-1-A (740)	Dispense limitée à cent vingt jours par an.
Sanction	Nullité de plein droit de tous accords ou conventions conclues en violation (CCH, art. L. 631-7). L'usage des locaux n'est pas affecté par les prescriptions civiles (CCH, art. L. 631-7-1).	

(738) V. ci-après, Section IV.

(739) Communes situées en zone tendue dans lesquelles existe un déséquilibre entre l'offre et la demande de logement pour lesquelles l'article 232 du Code général des impôts institue la taxe annuelle sur les logements vacants.

(740) L. nº 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 146, dite « loi Elan ».

Section IV La faculté d'extension du champ d'application du changement d'usage

3276 **– Extension du domaine d'application géographique. –** L'extension du domaine d'application géographique du changement d'usage était initialement prévue à l'initiative du préfet, mais depuis la loi de modernisation de l'économie, dite « loi LME » (741), elle est de l'initiative du maire qui demande au préfet de prendre un arrêté d'extension conformément aux dispositions de l'article L. 631-9 du Code de la construction et de l'habitation. Le texte prévoit également que cette extension peut faire l'objet d'une demande « pour les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants dont la liste est fixée par le décret mentionné au I de l'article 232 du Code général des impôts, par une délibération de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme ou, à défaut, du conseil municipal ».

Comme l'avaient remarqué les rédacteurs du 112e Congrès des notaires de France (742), la nuance est importante et s'explique par le fait que depuis la loi LME du 4 août 2008, le contrôle des changements d'usage a été transféré aux communes. Ainsi, si l'État garde encore la maîtrise de l'extension, il en a perdu l'initiative.

Nombre de délibérations locales (743) ont été prises pour permettre aux élus locaux de connaître l'évolution des logements sur leurs communes. Ces délibérations sont également prises en vue de connaître et de tenter d'organiser la location de courte durée, ainsi qu'il sera étudié plus en détail ultérieurement.

CHAPITRE II Le cas particulier des meublés touristiques

3277 La location des meublés de tourisme (définis par l'article L. 324-1-1 et D. 324-1 du Code du tourisme comme « des villas, appartements, ou studios meublés à usage exclusif du locataire, offerts en location à une clientèle de passage qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois, et qui n'y élit pas domicile ») est de nature à compléter l'offre hôtelière dans les périodes de forte affluence touristique. Elle procure également aux loueurs particuliers un appréciable complément de revenus (744).

Nota

- Le meublé de tourisme ne concerne pas la location d'une chambre dans un logement occupé par son propriétaire ou un locataire. Le texte précisant « à l'usage exclusif du locataire ».
- Même s'il n'est pas soumis à la législation sur le logement décent, le meublé de tourisme est soumis aux règlements sanitaires départementaux qui déterminent les conditions minimales des locations (745).

(741) L. nº 2008-776, 4 août 2008.
(742) Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contraintes.*.
(743) Par ex. : Délibération du conseil municipal de Grimaud (Var), 23 mai 2018.
(744) L. Pernet et E. Vital-Durand, *Modalités d'application de la loi pour une République numérique concernant les locations de meublés de tourisme* : *JCP* A 29 mai 2017, nº 21, p. 385. – 8,5 millions de Français ont utilisé la plateforme Airbnb au cours de l'été 2019. Marie-Pierre, propriétaire d'un logement de 40 m² à Strasbourg, précise que son activité lui rapporte 2 500 € bruts par mois (*Le Parisien* 3 sept. 2019).
(745) *Bull. Cridon Paris* 1er sept. 2019, par M. Colinot.

Après avoir précisé les objectifs de cette réglementation (**Section I**), nous examinerons le mécanisme mis en place par la loi pour encadrer cette pratique (**Section II**), puis la fiscalité de la location saisonnière des meublés touristiques (**Section III**).

Section I Les objectifs de la réglementation propre aux meublés touristiques

3278 Avant l'arrivée des plateformes de réservation (Abritel, Airbnb, *etc.*), les touristes avaient le choix pour se loger entre l'hôtellerie traditionnelle, des structures spécialement dédiées à cette activité du type village de vacances ou chambre d'hôtes, et quelques maisons et appartements loués quelques semaines par an.

Sous-section I Les raisons de cette réglementation

3279 Depuis l'apparition d'internet et de l'économie du partage, il est devenu très aisé de trouver une chambre, un appartement ou une maison à louer pour quelques jours ou quelques semaines dans les villes les plus touristiques du monde. Mais cette explosion des sites de réservation (plus de 20 % de progression chaque année et même 35 % entre 2018 et 2019) (746) fait dire à certain que « l'économie du partage est devenue une économie de la prédation » (747) et que cette activité doit être réglementée pour en réduire les nuisances. Au titre des nuisances entraînées par le « surtourisme », il a pu être avancé les raisons suivantes :

3280 **La disparition des logements consacrés à l'habitation pérenne** est la principale raison invoquée par les autorités pour réglementer la location de meublés touristiques. La ville de Paris estime qu'environ 20 000 logements ont disparu de la location traditionnelle au profit de cette activité (748). Cette tendance serait particulièrement importante dans les quartiers les plus touristiques (749).

Hausse des prix et des loyers. La hausse des prix et des loyers dans ces secteurs écartant les habitants traditionnels est également une raison majeure de l'inquiétude des maires des villes concernées par ces réservations. La hausse des prix de l'immobilier dans le centre historique de certaines villes comme Bordeaux (10 à 15 % par an) entraîne une évolution du prix des locations. Une location saisonnière multipliant par 2,7 la rentabilité financière d'un appartement par rapport à une location classique, certains investisseurs ont vite compris où était leur intérêt.

Perte d'identité de quartiers. La perte d'identité de quartiers entiers est liée à un afflux important de visiteurs qu'autorise la multiplication de locations de courte durée. Ainsi Barcelone aurait ainsi vu son célèbre quartier des « Ramblas » devenir un lieu de rendez-vous pour les noceurs tout au long de l'année, au point que ses habitants déclarent

(746) 8,5 millions de Français ont utilisé la plateforme de location touristique Airbnb entre juin et août 2019 selon le journal *Le Parisien* (4 sept. 2019).
(747) I. Brossat, *Airbnb, la ville ubérisée*, éd. La Ville Brûle, sept. 2018.
(748) I. Brossat, *Airbnb, la ville ubérisée*, préc., p. 48.
(749) La cartographie des appartements mis en location sur Airbnb à Paris et recensé par Murray Cox sur son site « Inside Airbnb » est particulièrement parlante (*Marianne* 2 août 2019, n° 1166).

aujourd'hui que le tourisme est devenu le problème principal de leur ville et manifestent en brandissant des pancartes « ce n'est pas du tourisme, c'est une invasion » (750).

Les commerces situés dans les quartiers fréquentés par ce tourisme de masse tendent à évoluer. Les petits commerces et les artisans sont remplacés par des boutiques de luxe ou des magasins de souvenirs.

Les **problèmes de voisinage** semblent également un point de friction important entre le locataire de courte durée et les résidents habituels au motif que les premiers souhaitent profiter de leur séjour alors que les seconds recherchent la tranquillité. Des copropriétaires se plaignent d'être régulièrement dérangés par un locataire de courte durée qui cherche à entrer dans l'immeuble dont il n'a pas le code ou qui se montre particulièrement incivique au motif qu'il est là pour une courte période (751).

Ainsi les copropriétaires peuvent trouver dans le règlement de copropriété la justification à une interdiction à la location de courte durée. La Cour de cassation a précisé que les locations de meublés touristiques ne correspondent pas à la destination d'un immeuble à usage mixte professionnel et d'habitation excluant toute activité commerciale (752).

Sous-section II Les limites fixées par la décision de la Cour de justice de l'Union européenne

3281 À la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation, la législation relative à la location meublée touristique va être étudiée par la Cour de justice de l'Union européenne (753).

Avant de lister les six questions posées par la Cour de cassation, il faut préciser que cette question préjudicielle emporte des conséquences importantes, tant pour les procédures en cours devant les tribunaux que pour l'avenir juridique de l'activité de location meublée touristique en France. En effet, la décision de la Cour de justice n'est pas un simple avis mais, par sa réponse, elle lie la Cour de cassation par la position qu'elle adopte sur les questions posées (754).

La première question porte sur le champ d'application de la directive Services n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006. Celle-ci s'applique-t-elle à la location à titre onéreux, même à titre non professionnel, de manière répétée et pour une courte durée, d'un local meublé à usage d'habitation ne constituant pas la résidence principale du loueur, à une clientèle de passage n'y élisant pas domicile, notamment au regard des notions de prestataire de services ?

La deuxième est relative au régime applicable en cas de réponse positive à la question précédente : régime des autorisations de l'activité au sens des articles 9 à 13 de la directive ou exigences interdites soumises aux dispositions des articles 14 et 15.

(750) Airbnb annonçait en 2018 vouloir faire voyager un milliard de Terriens.

(751) Une parade consiste pour le syndic (CA Paris, 21 mai 2014, n° 12/17679), voire pour le copropriétaire seul (CA Paris, 15 juin 2016, n° 15/18917), à agir sur la base du trouble anormal de voisinage pour interdire la location de courte durée dans l'immeuble. Toutefois, ce trouble devra être prouvé. Il sera donc nécessaire de justifier que les locataires successifs, par leur bruit, leur tapage nocturne ou par la dégradation des parties communes causent des nuisances au voisinage.

(752) Cass. 3e civ., 8 mars 2018, n° 14-15.864.

(753) Cass. 3e civ., 15 nov. 2018, n° 17-26.156.

(754) X. Demeuzoy, *Locations sur Airbnb : tout comprendre sur le gel des procédures en 2019 dans l'attente de la position de la CJUE* : www.village-justice.com, Article expert, 31 janv. 2019.

La troisième concerne la justification de cette réglementation compte tenu de l'objectif de lutte contre la pénurie de logements (l'article 9, 1.b de la directive précise qu'un régime d'autorisation peut être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général).

La quatrième porte sur la proportionnalité de ces mesures par rapport à l'objectif poursuivi,

La cinquième concerne le caractère clair, non ambigu et objectif des critères utilisés par la réglementation (l'article 10, § 2, d et e de la directive précise que les conditions d'autorisation doivent répondre à ces critères).

La sixième et dernière question est relative au caractère transparent, accessible et rendu public à l'avance des critères utilisés par la réglementation (l'article 10, § 2, f et g de la directive précise que les conditions d'autorisation doivent répondre à ces critères).

La Cour a donc sursis à statuer et a renvoyé à son audience du 10 décembre 2019. À ce jour, la date de cette audience n'est pas fixée et les conclusions de l'avocat général ne sont pas encore connues.

Une fois que la Cour de justice se sera prononcée sur ces questions, « il n'est pas à exclure que la Cour européenne des droits de l'homme soit saisie – après épuisement des voies de recours internes – sur le fondement du protocole additionnel n° 1 pour la protection du droit de propriété mis à mal par les contraintes imposées en France pour la gestion du patrimoine immobilier privé » (755).

Pratique

Ainsi, dans l'hypothèse où la location meublée saisonnière est admise comme relevant de la directive Services, les tribunaux ne seront plus en mesure d'appliquer les sanctions prévues par la réglementation que nous allons exposer.

Section II Le mécanisme mis en place par la loi

3282 La réglementation de la location des meublés touristiques provient de plusieurs lois successives, ce qui n'en facilite pas la compréhension.

Avant la loi Alur du 24 mars 2014 (756), la location en meublé touristique était soumise au droit commun du contrat de louage des articles 1709 et suivants du Code civil complétés par l'article L. 324-2 du Code de tourisme qui se contentait d'indiquer que : « Toute offre ou contrat de location saisonnière doit revêtir la forme écrite et contenir l'indication du prix demandé ainsi qu'un état descriptif des lieux » et par l'article L. 324-1-1 du même code qui prévoyait que : « Toute personne qui offre à la location un meublé de tourisme (...) doit en avoir préalablement fait la déclaration auprès du maire de la commune où est situé le meublé ».

La loi Alur a ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation : « 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 » et a créé l'article L. 631-9 du même code qui permet aux communes de solliciter l'accord du préfet pour rendre applicable l'article L. 631-7 sur son territoire. Cette extension est ouverte aux communes appartenant à une

(755) F. de La Vaissière, *Les « meublés touristiques » après la loi Elan* : *Defrénois* 13 juin 2019, n° 24, p. 19.
(756) L. n° 2014-366.

zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants dont la liste est fixée par le décret mentionné au I de l'article 232 du Code général des impôts, ainsi qu'aux communes qui obtiennent du préfet l'application de cette réglementation sur leur territoire.

L'ordonnance du 23 novembre 2015 (757), par son article 9, crée l'article L. 631-7-1-A du Code de la construction et de l'habitation qui autorise la location de courte durée de sa résidence principale et précise que l'autorisation de changement d'usage n'est pas nécessaire dans cette hypothèse. Ce texte renvoie à l'article 2 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, qui précise que la résidence principale est celle qui est occupée au moins huit mois par an.

La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique (758), par son article 51, modifie l'article L. 324-1 du Code du tourisme et autorise les communes à rendre obligatoire la déclaration préalable soumise à enregistrement des locations meublées, même lorsque le local constitue la résidence principale du loueur, et à produire le numéro de déclaration dans les annonces de mise en location (759).

Enfin la loi Elan du 23 novembre 2018 (760), par son article 145, modifie l'article L. 324-1-1 du Code du tourisme en définissant les meublés de tourisme, ainsi que l'article L. 631-7 en limitant à cent vingt jours par an la possibilité de louer sa résidence principale dans les communes ayant mis en œuvre la procédure d'enregistrement de la déclaration préalable. Ce texte renforce également les déclarations, le contrôle et les sanctions.

Compte tenu de ces réglementations successives, nous préciserons les règles qui s'appliquent en distinguant la location de la résidence principale (**Sous-section I**) de la location de la résidence secondaire (**Sous-section II**). Il faudra également que le loueur connaisse les contrôles et les sanctions qui peuvent lui être appliqués en cas de non-respect de cette réglementation (**Sous-section III**). Enfin, nous nous attacherons à indiquer les aspects fiscaux et sociaux de ce type de location (**Section III**).

Sous-section I La location saisonnière de la résidence principale

La **résidence principale** est définie par l'article L. 631-7-1, A du Code de la construction et de l'habitation (761), par référence à l'article 2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, comme le logement occupé au moins huit mois par an – sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure – soit par le locataire ou la personne avec laquelle il vit, soit par une personne à sa charge, ce qui se traduit dans les nouveaux textes par une durée de location possible de cent vingt jours (762). **3283**

(757) Ord. n° 2015-1174.
(758) L. n° 2016-1321 dite « loi Lemaire ».
(759) Les modalités de l'enregistrement (nom, local...) ont été précisées par le décret n° 2017-678 du 28 avr. 2017. – D. Gilli, *Location airbnb : l'encadrement par le changement d'usage* : *Constr.-Urb.* oct. 2019, n° 10, alerte 76.
(760) L. n° 2018-1021, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.
(761) « Lorsque le local à usage d'habitation constitue la résidence principale du loueur, au sens de l'article 2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, l'autorisation de changement d'usage prévue à l'article L. 631-7 du présent code ou celle prévue au présent art. n'est pas nécessaire pour le louer pour de courte durée à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile » (CCH, art. L. 631-7-1, A, dernier al.).
(762) Un amendement présenté par la sénatrice de Paris, M^me^ Marie-Pierre de la Gontrie, a été adopté par le Sénat le 17 octobre 2019 pour ajouter à l'article L. 324-1-1 du Code du tourisme un nouvel alinéa : « La commune peut décider par délibération de fixer une limite inférieure à 120 jours, qui ne peut être inférieure à 60 jours au cours d'une même annexée civile ».

La résidence s'entend de celle du propriétaire, mais également de celui qui est titulaire d'un bail d'habitation entrant dans le cadre de la loi du 6 juillet 1989 précitée. Cette loi prévoit dans son article 8 que le locataire doit obtenir l'accord écrit du bailleur pour sous-louer. À défaut d'accord, le propriétaire est en droit de réclamer à son locataire le reversement des loyers indûment perçus en invoquant le droit d'accession prévu aux articles 546 et 547 du Code civil (763).

Nota

- Le tribunal d'instance de Paris (764) a condamné Airbnb à indemniser un propriétaire dont le bien loué à titre de résidence principale a été transformé par son locataire en activité permanente et occulte de meublé touristique, au motif que cette plateforme a fourni au locataire le moyen de s'affranchir de ses obligations contractuelles et a laissé persister abusivement une situation manifestement illicite.
- La Cour de cassation a confirmé l'amende prononcée à l'encontre du propriétaire qui avait autorisé son locataire à sous-louer son bien de manière temporaire, répétée, à une clientèle de passage (765).

Récemment, l'Union sociale pour l'habitat (confédération de l'ensemble des bailleurs sociaux) a adressé une mise en demeure à plusieurs plateformes de location de courte durée pour rappeler l'interdiction faite aux locataires du parc social de mettre leur logement en location (766).

Déclarations. Si le bien est la résidence principale du loueur, il n'y a pas de déclaration préalable à effectuer en mairie (767).

Toutefois, si le bien est situé dans une commune où le changement d'usage des locaux d'habitation est soumis à autorisation préalable au sens des articles L. 631-7 et L. 631-9 du Code de la construction et de l'habitation (« zones tendues »), l'enregistrement sera obligatoire (768). Le numéro d'enregistrement attribué par la commune doit figurer obligatoirement sur toute offre de location (769).

On rappellera que les communes concernées sont : Paris, les communes de la petite couronne parisienne (départements des Hauts-de-Seine, de Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne), communes de plus de 200 000 habitants, communes où le conseil municipal ou l'établissement public de coopération intercommunale compétent aura délibéré en faveur

(763) CA Paris, 5 juin 2018, n° 16/10684 confirmé par Cass. 3e civ., 12 sept. 2019, n° 18-20.727 : « Mais attendu que, sauf lorsque la sous-location a été autorisée par le bailleur, les sous-loyers perçus par le preneur constituent des fruits civils qui appartiennent par accession au propriétaire ; qu'ayant relevé que les locataires avaient sous-loué l'appartement pendant plusieurs années sans l'accord du bailleur, que les sommes perçues à ce titre devaient lui être remboursées ». – J. Monéger, *Orage à la cour d'appel de Paris : la location meublée de courte durée n'est plus ce qu'elle était* : *Loyers et copr.* juill.-août 2018, nos 7-8, 7. – *Airbnb : une locataire doit verser 46 000 € à sa propriétaire : Le Parisien 28 oct. 2018, p. 8.*

(764) TI Paris, 6 févr. 2018, n° 11-17-000190, cité par *Bull. Cridon Paris* 1er sept. 2018, n° 17.

(765) Cass. 3e civ., 12 juill. 2018, n° 17-20.654 : *LPA* 23 oct. 2018, n° 212, note A. Valmary. Le propriétaire invoquait le fait que l'infraction avait été commise par son locataire et non par lui-même. La cour a retenu l'autorisation du propriétaire, mettant ainsi fin à une certaine pratique qui voyait des particuliers louer un logement à une société commerciale elle-même sous-louant les biens en location touristique.

(766) Communiqué de presse du 4 novembre 2019 (www.union-habitat.org).

(767) C. tourisme, art. L. 324-1-1-I.

(768) C. tourisme, art. L. 324-1-1-II et L. 324-2.

(769) C. tourisme, art. L. 324-2.

d'un régime de procédure d'autorisation de changement d'usage (applicable dans les zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants) ou sur décision du préfet sur proposition du maire dans les autres villes (770). Il en résulte que de nombreuses communes du littoral, spécialement méditerranéen, ont pris des décisions d'application de ces dispositions et donc que cette réglementation est applicable sur une grande partie du territoire proposant des locations touristiques.

Sous-section II La location saisonnière de la résidence secondaire

3284 **La résidence secondaire** est celle qui ne répond pas à la notion de résidence principale soit parce que le loueur possède une autre résidence principale, soit parce que ce logement est loué plus de cent vingt jours par an.

La déclaration en mairie de la location saisonnière est prévue par l'article L. 324-4-1-1 du Code du tourisme : « Toute personne qui offre à la location un meublé de tourisme, que celui-ci soit classé ou non au sens du présent code, doit en avoir préalablement fait la déclaration auprès du maire de la commune où est situé le meublé ». Cette déclaration doit être effectuée sur un formulaire Cerfa n° 14004*02 que l'on trouve en mairie ou sur le portail service-public.fr.

Le même article précise que : « Cette déclaration préalable n'est pas obligatoire lorsque le local à usage d'habitation constitue la résidence principale du loueur, au sens de l'article 2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ».

Si la commune a mis en place un numéro d'enregistrement, la déclaration n'est pas nécessaire, l'enregistrement suffit.

L'autorisation préalable de changement d'usage est prévue à l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation. Elle s'applique dans les communes définies à l'article précédent (V. *supra*, n° 3283) et fait suite à la déclaration effectuée en mairie. Le maire peut décider ou non d'accorder ce changement d'usage. Cette autorisation est temporaire et délivrée par les mairies qui en fixent la durée (par ex., trois ans à Grimaud et à Saint-Cyr-sur-Mer et deux ans à Nice). Pendant la durée de cette autorisation, le logement perd sa qualité de local d'habitation pour devenir commercial (771). À l'expiration de l'autorisation temporaire, il faut en demander une nouvelle pour continuer son activité. Dans le cas contraire, le logement retrouve son usage d'habitation.

Nota

- Cette autorisation est purement personnelle et n'est pas attachée au logement qui bénéficie de celle-ci.
- Cette autorisation n'est pas nécessaire pour un logement de fonction et un bail mobilité (772).

(770) D. Lagau-Lacrousts, *Location meublée touristique et pratique notariale* : *JCP* N 7 déc. 2017, n° 49, p. 34.

(771) Depuis l'art. de H. Périnet-Marquet (*Les meublés touristiques dans les immeubles en copropriété* : *JCP* N 2017, n° 26, 1216), la Cour de cassation a renforcé sa jurisprudence en précisant que les locations touristiques ne correspondent pas à la destination d'un immeuble à usage mixte (habitation/professionnel) : Cass. 3e civ., 8 mars 2018, n° 14-15.864.

(772) CCH, art. L. 631-7, al. 2. Il s'agit d'un nouveau type de bail de courte durée d'un logement meublé créé par la loi Elan. Ce type de bail a été prévu pour la location à des étudiants ou à des personnes en mobilité professionnelle.

Certains ont pu écrire qu'il s'agissait d'un véritable permis de louer puisque sans cette autorisation la location saisonnière n'est pas possible (773). Toutefois, compte tenu de la possible confusion avec la législation d'amélioration de l'habitat insalubre (dont il sera fait état ci-après) nous partageons l'avis d'un praticien pour qui le permis de louer n'est pas concerné par cette législation puisque ce dernier « n'a vocation à s'appliquer qu'aux locations à usage d'habitation, vides ou meublées, lesquelles constituent la résidence principale du locataire » (774).

Compensation. La compensation est prévue par l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation (775), à l'article 3 du règlement municipal de Paris relatif au changement d'usage et par délibération dans certaines communes (776).

Celle-ci consiste à transformer des surfaces commerciales en logement pour compenser la perte de surfaces d'habitation du local transformé. Le demandeur la propose sur son propre patrimoine ou sur le patrimoine d'un tiers qui lui cède cette possibilité à titre onéreux ou gratuit. La mairie de Paris précise que « cette compensation a pour but la préservation de l'équilibre entre l'habitat et les activités économiques ».

Cette règle peut varier selon les arrondissements et impose donc d'acheter une surface équivalente, voire le double, pour compenser la perte d'un logement (destiné à la location touristique) par la création d'un autre logement.

La compensation n'est pas une taxe. Il s'agit du transfert de la commercialité d'un local à un autre usage que l'habitation vers un local d'habitation permettant à ce dernier d'obtenir un changement d'usage à caractère définitif (777). Ce dispositif est donc très lourd et écarte pratiquement la possibilité d'une location meublée de courte durée de sa résidence secondaire dans les secteurs où cette disposition est applicable.

Nota

Cette compensation est réelle et reste attachée au logement qui bénéficie de celle-ci (778).

Sous-section III Les sanctions et les contrôles de la puissance publique

3285 La législation sur la location meublée a prévu des sanctions pour garantir l'efficacité des règles mises en place et un contrôle spécial.

(773) R. Rossi-Landi, *Location meublée saisonnière : la loi du 7 octobre 2016 a instauré un véritable permis de louer* (www.lavieimmo.com., 17 nov. 2016).
(774) D. Lagau-Lacrouts, *Location meublée touristique et pratique notariale* : *JCP* N 7 déc. 2018, n° 49, p. 34.
(775) Applicable aux communes de plus de 200 000 habitants et à celles des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne.
(776) Récemment, les communes de Levallois-Perret et de Neuilly-sur-Seine qui avaient déjà délibéré sur la nécessité d'une compensation, ont été rejointes par les communes de Nanterre, Puteaux, Rueil-Malmaison, Saint-Cloud, Suresnes et Vaucresson aux termes d'une délibération du conseil de territoire de l'établissement public territorial Paris-Ouest La Défense par délibération en date du 24 septembre 2019.
(777) L. Derhy, *Réglementation de la location meublée saisonnière* (www.village-justice.com., 22 mai 2018).
(778) Pour une étude complète de ce dispositif et de ses effets, V. 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière, entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, 2e commission, n° 2098, p. 326, par M.-H. Pero-Augereau-Hue et O. Bouteville.

– Sanction. – Les sanctions pour non-respect des règles ont tendance à l'alourdir. **3286**

En premier lieu, le décret nº 2009-1650 du 23 décembre 2009 prévoit que le non-respect de l'obligation de déclaration prévue à l'article L. 324-1 du Code du tourisme est puni d'une amende de troisième classe, soit 450 €.

En deuxième lieu, l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation contient, depuis la loi Alur (779), un dernier alinéa rédigé de la manière suivante : « 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 ».

Dans les communes concernées, cette disposition entraîne les conséquences suivantes :
- 50 000 € d'amende par local irrégulièrement transformé et une astreinte de 1 000 € par jour et par mètre carré utile. Cette amende est prononcée par le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, sur requête de la commune dans laquelle est situé le local (CCH, art. L. 651-2) ;
- nullité de plein droit de tous accords ou conventions conclus en violation de cette disposition (CCH, art. L. 631-7, al. 5) ;
- en cas de fausse déclaration, dissimulation ou tentative de dissimulation des locaux soumis à déclaration, le loueur risque jusqu'à un an d'emprisonnement et 80 000 € d'amende (CCH, art. L. 651-3).

En troisième lieu, la loi Elan du 23 novembre 2018, précitée, a prévu des sanctions plus dissuasives en modifiant l'article L. 324-1-1 du Code du tourisme :
- 5 000 € en cas d'absence d'enregistrement dans les communes de plus de 200 000 habitants ayant mis en place un numéro d'enregistrement ;
- 10 000 € en cas d'absence de réponse lorsque les services de ces mêmes communes demandent au bailleur un décompte des nuitées annuelles pour vérifier le respect de la limite des cent vingt jours.

Les plateformes de location n'ont pas été oubliées par ce texte qui prévoit à l'article L. 324-2-1 du même code :
- 12 500 € d'amende par annonce ne comportant pas le numéro visé ci-dessus ;
- 50 000 € d'amende pour tout logement dont le décompte de nuitées n'est pas transmis à la commune qui a mis en place la procédure d'enregistrement. Il est même prévu à l'alinéa 2 de ce texte que la plateforme numérique ne doit plus offrir à la location le meublé loué par son intermédiaire plus de cent vingt jours par an. Le décret nº 2019-1104 du 30 octobre 2019, pris en application de ce texte insère, après l'article R. 324-1-2 du Code du tourisme, les articles R. 324-2-1 et R. 324-3 qui précisent que les communes peuvent interroger les intermédiaires au plus une fois par année civile. Ceci doit permettre à ces dernières de connaître les biens, situés sur leur territoire, qui sont loués en location meublée touristique en cours d'année et ceux de l'année précédente, mais également de savoir si la durée de ces locations a excédé cent vingt jours par an (780).

Pour éviter ces sanctions, certains propriétaires pourraient être tentés de louer leur bien en location meublée à une société commerciale en autorisant cette dernière à sous-louer de manière temporaire ce logement. De cette manière, le propriétaire s'exonère de toute formalité et peut se croire à l'abri des sanctions ci-dessus énoncées au motif que c'est son locataire qui commet l'infraction. Statuant sur ce procédé, la Cour de cassation a fait preuve de fermeté vis-à-vis du propriétaire en validant les condamnations prononcées à son

(779) L. nº 2014-366, 24 mars 2014, art. 16.
(780) Décret entré en vigueur le 1er décembre 2019.

encontre au motif qu'il connaissait l'infraction de son locataire et en précisant que cette amende civile n'est pas contraire au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines (781).

Les développements ci-dessus peuvent être synthétisés par le tableau suivant :

3287 Les autorisations nécessaires pour une location touristique de courte durée

Résidence principale

	Durée	Formalités	Accords préalables	Sanctions
France entière	Maximum 120 jours/an	Aucune	Le propriétaire La copropriété	
Zones tendues (CCH, art. L. 631-7 et L. 631-9)	*Idem*	Enregistrement à la mairie du lieu de situation du logement et attribution d'un numéro.	*Idem*	Amende de 5 000 €. Amende de 10 000 € en cas de non-réponse sur le nombre de nuitées.

Nota : au-delà de cent vingt nuitées par an, la résidence perd son caractère de résidence principale.

Résidence secondaire

	Durée	Formalités	Accords préalables	Sanctions
France entière	Pas de durée maximale	Déclaration à la mairie du lieu de situation du logement ou enregistrement si le service existe.	Le propriétaire La copropriété	Amende de 450 €.
Zones tendues (CCH, art. L. 631-7 et L. 631-9)	*Idem*	Enregistrement à la mairie du lieu de situation du logement et attribution d'un numéro. Changement d'usage à obtenir.	Le propriétaire La copropriété La mairie	Amende de 50 000 € par logement et astreinte de 1 000 € par m². Nullité de toute convention.
Paris et communes ayant délibéré	*Idem*	*Idem* Et compensation	*Idem*	*Idem*

3288 – Autorisation du propriétaire du logement. – Lorsque le local est mis en location par le locataire, l'autorisation du propriétaire du logement est indispensable. Nous avons vu ci-dessus (V. *supra*, n° 3283) que cet accord est nécessaire pour sous-louer son logement sous peine de restitution des fruits obtenus. Mais cette sous-location non autorisée peut également entraîner une demande en résiliation du bail, le versement de dommages et intérêts de la part du locataire principal, et ce dernier est susceptible de perdre son droit au renouvellement de son bail lorsque celui-ci arrivera à échéance.

(781) Cass. 3e civ., 12 juill. 2018, n° 17-20.654 : *LPA* 23 oct. 2018, n° 212, note A. Valmary.

3289 Un réseau d'agences (782) propose un nouveau type de convention en prévoyant la sous-location autorisée par le propriétaire avec un partage de revenus sur la base suivante :
- 23 % pour le propriétaire ;
- 70 % pour le locataire ;
- 7 % pour l'agence.

À ce jour, nous n'avons pas de retour d'expérience sur le nombre de conventions signées.

3290 Le **règlement de copropriété** a été invoqué comme pouvant permettre de limiter les meublés touristiques.

Avant une décision récente de la Cour de cassation, un éminent auteur (783) avait distingué entre :
- la possibilité pour le règlement de copropriété d'interdire ou de réglementer les meublés de tourisme ;
- la possibilité d'action du syndicat de copropriétaires en cas de non-respect des articles L. 631-7 et suivants du Code de la construction et de l'habitation ;
- la possibilité, pour le syndicat, d'agir sur le fondement des inconvénients anormaux de voisinage.

Ces deux dernières possibilités sont toujours d'actualité et nous renvoyons à cet article pour leur mise en œuvre.

La première possibilité peut résulter :
- **soit du règlement de copropriété lui-même** qui peut limiter (784), voire interdire les locations touristiques dans les immeubles soumis au statut de la copropriété. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 (785) : « Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble ». Si cette disposition manque de précision, elle a été définie lors des travaux préparatoires de la loi par « l'ensemble des conditions en vue desquelles un copropriétaire a acheté son lot, compte tenu des divers éléments, notamment de l'ensemble des clauses des documents contractuels, des caractéristiques physiques et de la situation de l'immeuble ainsi que la situation sociale de ses occupants » (786). Ainsi la jurisprudence a-t-elle validé l'interdiction de diviser les lots pour en faire des chambres meublées au motif que la multiplication du nombre des occupants porte atteinte au standing de l'immeuble (787), mais a précisé que la location en meublé ne peut être interdite si elle porte sur un appartement entier (788) ;
- **soit du respect de la destination de l'immeuble**. La jurisprudence traditionnelle (789) a été modifiée sur ce point par un arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 2018 (790).

(782) Century 21 a signé un accord avec Airbnb le 26 juin 2018 pour préciser les modalités d'un partage de revenus.
(783) H. Périnet-Marquet, *Les meublés touristiques dans les immeubles en copropriété* : *JCP* N 2017, 1216.
(784) En précisant par exemple que la location meublée doit rester exceptionnelle et temporaire.
(785) L. n° 65-557, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.
(786) *JCl. Copropriété*, Fasc. 68-20, n° 23, par J.-N. Baulieu.
(787) CA Versailles, ch. 14, 16 juill. 2009 : *JurisData* n° 2009-379397.
(788) CA Paris, 23e ch. 15 juin 2000 : *JurisData* n° 2000-118222.
(789) On se reportera à l'art. précité de M. Hugues Périnet-Marquet sur cette question, et notamment sur la décision n° 2014-691 DC du Conseil constitutionnel du 20 mars 2014 invalidant l'article 19 de la loi Alur qui prévoyait la possibilité d'un vote de l'assemblée des copropriétaires pour soumettre à un accord préalable toute demande d'autorisation de changement d'usage d'un local destiné à l'habitation aux fins de le louer pour de courte durée à une clientèle de passage.
(790) Cass. 3e civ., 8 mars 2018, n° 14-15.864 : *JurisData* n° 2018-00373.

Dans cette décision, la Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si les clauses d'un règlement de copropriété relatives à la destination de l'immeuble peuvent entraver le droit d'un copropriétaire de transformer librement son lot en meublé de tourisme. Elle y répond de la manière suivante : « attendu qu'ayant retenu qu'il résultait des stipulations du règlement de copropriété que l'immeuble était principalement à usage d'habitation, avec possibilité d'usage professionnel-habitation et à l'exclusion de toute activité commerciale, (...), la cour d'appel qui en a souverainement déduit que ces rotations de périodes de location ne correspondaient pas à la destination de l'immeuble, a, par ces seuls motifs légalement justifié sa décision ». Dans son commentaire de cette décision, M^me^ Christelle Coutant-Lapalus (791) précise que celle-ci est parfaitement justifiée au regard des nuisances particulières que peuvent occasionner ces locations qui multiplient les allées et venues et augmentent les nuisances sonores.

3291 À notre sens, il ne s'agit pas d'un coup d'arrêt à la location sauvage d'appartement (hors résidence principale du loueur) dans les copropriétés dont le règlement ne prévoit pas la possibilité d'une activité commerciale mais plutôt d'une évolution par rapport à l'ancienne jurisprudence de la cour. En effet, cette jurisprudence considérait que les locations meublées traditionnelles étaient conformes à une destination d'habitation dès lors que l'immeuble n'était pas de très grand standing et que lesdites locations ne causaient pas de nuisances excessives. Souvent le juge faisait, en la matière, le parallèle avec le va-et-vient d'une clientèle de profession libérale. Si celle-ci était admise dans l'immeuble, il ne voyait aucune raison d'interdire les locations meublées » (792). À titre d'exemple, on relèvera une décision de la Cour de cassation du 8 juin 2011 (793).

Dans l'espèce qui a donné lieu à la décision du 8 mars 2018, les copropriétaires avaient divisé leur lot en quatre « hôtels studios meublés » destinés à la location, avec prestations de services, disponibles sur un site de réservation en ligne. Il s'agissait bien d'une location de type commercial sans lien avec le simple particulier qui loue sa résidence principale moins de cent vingt jours par an, et la Cour de cassation a pu approuver la cour d'appel d'avoir souverainement déduit que ces rotations des périodes de location ne correspondaient pas à la destination de l'immeuble.

Comme l'indique un praticien (794), « il existe de nombreuses situations possibles, et l'issue des contentieux reste incertaine, à moins qu'il n'existe une prohibition de toute activité commerciale ». Néanmoins, invoquer le fait que ce type de location relève des bénéfices industriels et commerciaux (795) et non des bénéfices non commerciaux pour présumer de la commercialité de l'activité exercée n'emporte pas notre conviction. Le caractère répété des nuisances dans le cadre d'une location de courte durée n'a rien d'équivalent avec la stabilité de la location meublée d'une résidence principale prévue à l'article I *bis* de la loi du 6 juillet 1989 (796).

(791) *JCl. Loyers et copropriétés* avr. 2018, n° 4, p. 30.
(792) H. Périnet-Marquet, *Les meublés touristiques dans les immeubles en copropriété*, préc.
(793) Cass. 3^e^ civ., 8 juin 2011, n° 10-15.891 : « Mais attendu qu'ayant relevé que le règlement de copropriété autorisait expressément l'exercice d'une profession libérale qui entraînait des inconvénients similaires à ceux dénoncés par le syndicat pour une location meublée de cour durée et souverainement retenue que celle-ci n'avait provoqué aucune nuisance la cour d'appel, qui en retenant que la restriction n'était pas justifiée par la destination de l'immeuble a répondu aux conclusions, a pu en déduire que la clause restreignant les droits des époux X... sur les parties privatives de leur lot était réputée non écrite ».
(794) F. de la Vaissière, *Les meublés touristiques après la loi Elan* : *JCP* N 2019, 148t1.
(795) CGI, art. 35, I, 5°.
(796) L. n° 89-462, 6 juill. 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs.

Pratique **3292**

Il ressort de ces décisions que les seules certitudes actuelles sont les suivantes :
- si l'activité exercée peut être déclarée commerciale par les juges du fond, elle sera contraire à la destination de l'immeuble à usage exclusif d'habitation ;
- si le propriétaire veut affecter son lot à la location de courte durée, il ne sera pas inquiété si le règlement de copropriété prévoit soit expressément cette activité, soit qu'il autorise une activité commerciale (797).

Le **contrôle** de cette activité s'opère à deux niveaux : celui de la puissance publique et celui des particuliers. **3293**

Contrôle exercé par la personne publique. Le contrôle relève des communes dans lesquelles sont situés les biens concernés. Les collectivités ont créé des cellules chargées de recenser les annonces pour vérifier que le logement a fait l'objet d'une déclaration en mairie et que le numéro d'enregistrement qui lui a été attribué figure sur celle-ci (798). Il en est de même de la conformité du logement avec la réglementation sur le changement d'usage prévu à l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation.

À Paris, la Brigade de répression de la délinquance astucieuse (BRDA) de la préfecture de police est à l'œuvre, et des agents du service municipal du logement sont également chargés des contrôles sur place.

Si la constatation de l'infraction relève des agents municipaux, l'amende est prononcée par le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés (799).

Ces contrôles sont prévus par deux articles du Code de la construction et de l'habitation, savoir :

Art. L. 651-6 : « Les agents assermentés du service municipal du logement sont nommés par le maire. Ils prêtent serment devant le juge du tribunal d'instance de leur résidence et sont astreints aux règles concernant le secret professionnel.

Leur nombre est fixé à 1 par 30 000 habitants ou fraction de ce chiffre. Ce nombre peut être augmenté par décision ministérielle.

Ils sont habilités à visiter les locaux à usage d'habitation situés dans le territoire relevant du service municipal du logement.

Ils doivent être munis d'un ordre de mission personnel ainsi que d'une carte d'identité revêtue de leur photographie.

La visite des locaux ne peut avoir lieu que de huit heures à dix-neuf heures ; l'occupant ou le gardien du local est tenu de laisser visiter sur présentation de l'ordre de mission, la visite s'effectue en sa présence.

En cas de carence de la part de l'occupant ou du gardien du local, l'agent assermenté du service municipal du logement peut, au besoin, se faire ouvrir les portes et visiter les lieux en présence du maire ou du commissaire de police. Les portes doivent être refermées dans les mêmes conditions ».

Art. L. 651-7 : « Les agents assermentés du service municipal du logement constatent les conditions dans lesquelles sont effectivement occupés les locaux qu'ils visitent. Ils sont

(797) D. Lagau-Lacroust, *La location meublée touristique et pratique notariale. Aspects juridiques* : *JCP* N 2018, 1355.
(798) Ces cellules étaient composées de trente agents à Paris pour 60 000 annonces et de cinq agents pour 10 000 annonces à Bordeaux.
(799) CCH, art. L. 651-2.

habilités à recevoir toute déclaration et à se faire présenter par les propriétaires, locataires ou autres occupants des lieux toute pièce ou document établissant ces conditions. Sans pouvoir opposer le secret professionnel, les administrations publiques compétentes et leurs agents sont tenus de communiquer aux agents du service municipal du logement tous renseignements nécessaires à l'accomplissement de leur mission de recherche et de contrôle.

Quiconque fait volontairement obstacle, en violation des prescriptions ci-dessus, à la mission des agents du service municipal du logement, est passible de l'amende civile prévue à l'article L. 651-4 » (800).

3294 **– Question prioritaire de constitutionnalité. –** Ces deux textes ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation (801). Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 5 avril 2019 (802) en se référant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Le sixième alinéa de l'article L. 651-6 du Code de la construction et de l'habitation, qui autorise les agents du service municipal du logement, en cas de refus ou d'absence de l'occupant du local ou de son gardien à se faire ouvrir les portes et à procéder à une telle visite sans l'accord de l'occupant du local ou de son gardien, et sans y avoir été préalablement autorisés par le juge, a été déclaré contraire à la Constitution au motif qu'il méconnaît le principe de l'inviolabilité du domicile.

La seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 651-7 du Code de la construction et de l'habitation, qui reconnaît aux agents assermentés du service municipal du logement le droit de recevoir toute déclaration et de se faire présenter toute pièce ou document établissant les conditions dans lesquelles les lieux sont occupés n'a pas été jugée comme méconnaissant les droits de la défense ni le droit à un procès équitable.

Comme le remarque un auteur (803), les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité sont importants puisqu'à compter de la date de publication de cette décision, l'alinéa 6 de l'article L. 651-6 est immédiatement abrogé et cette décision est donc applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date (804).

Depuis l'entrée en vigueur, au 1er décembre 2019, des articles R. 324-2.-1 et R. 324-3 du Code du tourisme, les communes qui ont mis en œuvre une procédure d'enregistrement des locations de meublés de tourisme peuvent adresser à la personne qui prête son concours à cette location, notamment les plateformes numériques, une demande d'information portant sur les locations, situées sur tout ou partie de son territoire, de l'année en cours et celles de l'année civile précédente. Par ce biais les communes devraient pouvoir être informées du respect ou non de la réglementation sur leur territoire. Toutefois, ce décret prévoyant que « le format de la demande est fixé par arrêté des ministres chargés respectivement du tourisme et du logement », la réponse de ces plateformes risque de se faire attendre.

Le contrôle du changement d'usage. Le dernier alinéa de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation dispose que constitue un changement d'usage « 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 ».

(800) Amende de 2 250 €.
(801) Cass. 3e civ., 17 janv. 2019, no 18-40.040.
(802) Cons. const., 5 avr. 2019, no 2019-772 QPC : *JurisData* no 2019-005190.
(803) B. Vial-Pedroletti : *Loyers et copr.* 5 mai 2019, p. 19.
(804) Cons. const., 5 avr. 2019, no 2019-772 QPC : *JurisData* no 2019-005190.

Un local est réputé à usage d'habitation s'il est affecté à cet usage au 1er janvier 1970. Cette affectation peut être établie par tout mode de preuve.

En s'appuyant sur ce texte, et spécialement sur l'article L. 651-2 du Code de la construction et de l'habitation qui prévoit une amende de 50 000 € par logement et une astreinte de 1 000 € par jour et par mètre carré jusqu'à la régularisation, la ville de Paris a assigné deux propriétaires.

La Cour de cassation, « par deux arrêts du 28 novembre 2019 ayant fait l'objet d'une large diffusion » (805), rejette les demandes de la ville de Paris (806).

Dans la première affaire (no 18-24.157), elle décide que les locaux ayant fait l'objet de travaux ayant pour conséquence d'en changer la destination postérieurement au 1er janvier 1970 sont réputés avoir l'usage pour lequel les travaux sont autorisés.

Dans la seconde affaire (no 18-23.769), la Haute juridiction décide que l'affectation du bien à usage d'habitation au 1er janvier 1970 n'était pas établie par la ville de Paris et que la preuve d'un usage d'habitation à la date du 23 janvier 2017 était inopérante.

Il en résulte que, dans ces deux affaires, la ville de Paris n'a donc pas pu se prévaloir d'un changement d'usage illicite (807).

Le contrôle exercé par les personnes privées. Le contrôle est principalement effectué par le syndicat des copropriétaires par l'intermédiaire du syndic agissant soit en vertu de ses pouvoirs propres, soit en vertu d'une décision prise en assemblée générale (808).

Dans l'hypothèse où l'activité de meublé touristique est directement interdite par le règlement de copropriété, le syndic pourra agir en fonction de ses pouvoirs propres. Dans les hypothèses moins précises, il aura tout intérêt à agir en vertu d'une décision de l'assemblée des copropriétaires. On relève que dans la plupart des décisions prises par les tribunaux, cette action fait suite à une décision prise en assemblée.

L'assemblée pourra agir directement contre le propriétaire pour les troubles que celui-ci cause à l'immeuble. Si les troubles sont causés par son locataire, le copropriétaire en est toujours directement responsable sans que le locataire puisse invoquer une inopposabilité du règlement de copropriété à son encontre (809).

Le syndic pourra également utiliser l'action oblique (810) pour demander l'annulation du bail sous la triple condition (811) :

- de se heurter à l'inaction du copropriétaire bailleur de faire respecter les prescriptions du règlement de copropriété ;
- de constituer une infraction suffisamment grave aux clauses du bail ;
- de puiser sa cause dans une violation effective du règlement de copropriété.

(805) *Defrénois* 2019, no 49, p. 5.
(806) Cass. 3e civ., 28 nov. 2019, no 18-24157 : *JurisData* no 2019-021378 et Cass. 3e civ., 28 nov. 2019, no 18-23769 : *JurisData* no 2010-021379.
(807) Sur la notion de changement d'usage, V. l'ouvrage de référence : G. Daudré et P. Wallut, *Les changements d'usage des locaux d'habitation*, LexisNexis, 2e éd. 2016, l'art. éclairant de H. Périnet-Marquet, *Une interprétation atypique de l'article L. 631-7 menace la sécurité juridique des changements d'usage (à propos d'un arrêt du Conseil d'État du 5 avr. 2019)* : *Constr.-Urb.* mai 2019, no 5, p. 1 et l'art. de V. Zaleswski-Sicard « Meublés touristiques : l'article L. 631-7 du CCH ou l'histoire d'une présomption inexistante » *Gaz. Pal.* 18 févr. 2020. No 370m7. P. 64.
(808) L. no 65-557, 10 juill. 1965, art. 18.
(809) CA Paris, pôle 4, ch. 2, 3 avr. 2013, no 10/22484 : *JurisData* no 2013-006446.
(810) C. civ., ancien art. 1166 devenu art. 1341-1 depuis l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016.
(811) *JCl. Copropriété*, Fasc. 68-20, par J.-N. Beaulieu.

Plus récente est la possibilité pour le syndicat des copropriétaires d'agir sur le fondement des inconvénients anormaux de voisinage. Après un débat doctrinal (812), la Cour de cassation a clairement affirmé « qu'un syndicat des copropriétaires peut agir à l'encontre d'un copropriétaire sur le fondement d'un trouble anormal du voisinage » (813). Néanmoins, pour agir sur ce fondement, le syndicat des copropriétaires devra rapporter la preuve que l'ensemble des copropriétaires est affecté par le trouble. Cette preuve peut être difficile à établir en pratique lors de séjours de courte durée (814).

Le contrôle pourra également être exercé par un copropriétaire sous l'angle de ce même trouble anormal de voisinage (815) sous la condition qu'il justifie d'un lien de causalité et d'une nuisance excessive, c'est-à-dire dépassant les désagréments que chacun doit tolérer de ses voisins, et qui sont inhérents à la vie en société.

3295 **– Nullité. –** Il résulte de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation :

Al. 5 : « Sont nuls de plein droit tous accords ou conventions conclus en violation du présent article ».

Al. 6 : « 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 ».

Les conventions contraires aux obligations issues des règles d'ordre public du changement d'usage sont nulles de plein droit ; toutefois, ce texte n'est pas invoqué devant les tribunaux (816).

Section III La fiscalité de la location saisonnière

3296 Les aspects fiscaux de la location saisonnière ne sont pas étrangers à son succès (817). L'époque ou le loueur « oubliait » de déclarer les revenus issus de ce type de location est maintenant révolue et, depuis le 1er janvier 2017, **la location en meublé de chambres ou appartements est une activité commerciale qui relève, au regard de l'impôt sur le revenu, de la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux** et non de celle des revenus fonciers, qu'elle soit exercée à titre habituel ou à titre occasionnel (818).

Si le propriétaire est une société passible de l'impôt sur les sociétés, c'est cet impôt qui est applicable (819).

(812) V., sur cette question, H. Périnet-Marquet, *Les meublés touristiques dans les immeubles en copropriété*, préc.
(813) Cass. 3e civ., 11 mai 2017, no 16-14.665 : *JurisData* no 2017-008968 ; *Constr.-Urb.* 2017, comm. 102, obs. M.-L. Pagès-de-Varenne.
(814) L. Derhy, *Comment une copropriété peut interdire les locations Airbnb*, La vieimmo.com., 8 juin 2018.
(815) CA Paris, 15 juin 2016, no 15/18917.
(816) F. de la Vaissière, *Les meublés touristiques après la loi Elan* : *JCP* N 2019, 148t1.
(817) Le Conseil des prélèvements obligatoires (organisme dépendant de la Cour des comptes [CPO]) précise que pour un rendement avant impôt similaire entre la location nue et la location meublée, le régime fiscal plus favorable de la location meublée permet d'atteindre un taux de rendement après impôt de 4,1 % pour les ménages aisés alors que le même taux est de 2,1 % dans la location nue (*L'incidence des prélèvements obligatoires sur le capital sur le comportement des ménages*, rapport particulier, janvier 2018, no 4).
(818) CGI, art. 35, I, 5o *bis*.
(819) *Mémento Lefebvre fiscal* 2019, no 90485.

Deux exceptions sont prévues à cette imposition pour les personnes qui louent ou sous-louent une partie de leur résidence principale :

- lorsque les pièces louées constituent pour le locataire ou le sous-locataire en meublé sa résidence principale (820) (ou sa résidence temporaire s'il est salarié saisonnier) et que le prix de sa location est fixé dans des limites raisonnables (821) (CGI, art. 35 *bis*, I) ;
- lorsque l'ensemble des loyers encaissés ne dépasse pas 760 € par an (CGI, art. 35 *bis*, II).

Dans le cadre des bénéfices industriels et commerciaux, le régime d'imposition est déterminé d'après les critères de droit commun : micro-BIC, auto-entrepreneur, régime simplifié ou réel normal. Le seuil du micro-BIC est fixé à 170 000 € pour les meublés de tourisme au sens de l'article L. 324-1 du Code du tourisme et les chambres d'hôtes et bénéficie également de l'abattement forfaitaire pour frais de 71 % (822).

Pour les contribuables relevant du régime réel d'imposition, il faut distinguer les **loueurs professionnels et les loueurs non professionnels**. Un loueur en meublé est professionnel lorsque les deux conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- les recettes annuelles retirées de cette activité par l'ensemble des membres du foyer excèdent 23 000 € sur l'année civile ;
- ces recettes excèdent les revenus professionnels du foyer fiscal (823).

Dans le cas où l'une de ces conditions n'est pas remplie, le loueur est considéré comme un loueur non professionnel.

Dans l'une ou l'autre hypothèse, le loueur doit s'immatriculer auprès d'un centre de formalités des entreprises (CFE) :

- pour les loueurs non professionnels, au greffe du tribunal de commerce dont dépend le bien mis en location ou celui qui génère les revenus les plus élevés (en Alsace-Moselle et dans les départements et régions d'outre-mer : auprès du service des impôts des entreprises). Cette immatriculation permet d'obtenir un numéro Siret et d'indiquer le régime d'imposition choisi ;
- pour les loueurs professionnels, il s'agira du centre de formalités des entreprises en distinguant :
  - le CFE des Urssaf si la location n'est pas assortie de fourniture de services,
  - le CFE des chambres de commerce et d'industrie si la location est assortie de fourniture de services (petit-déjeuner, repas, renouvellement du linge...).

Enfin, dans l'hypothèse où il est assujetti aux prélèvements sociaux (824), le loueur en meublé, qu'il soit professionnel ou non professionnel est, sauf option contraire lors de l'affiliation pour relever du régime général de sécurité sociale, affilié au **régime des travailleurs non-salariés (SSI [ex-RSI])** – CSS, art. L. 611-1.

(820) Les étudiants et les apprentis sont considérés comme ayant leur résidence principale au lieu où ils séjournent habituellement au cours de l'année, même s'ils ont leur domicile fiscal chez leurs parents.
(821) Plafond actuellement fixé à 185 € pour les locations ou sous-locations réalisées en Île-de-France, et 136 € dans les autres régions.
(822) Ce taux est de 50 % dans la limite de 70 000 € pour les autres biens.
(823) Pour les non-résidents, seuls les revenus du foyer fiscal imposables en France sont pris en compte (BOI-BIC-CHAMP-40-10, n° 165).
(824) V. tableau ci-après.

3297

Les extraordinaires avantages fiscaux de la location en meublé touristique (825)

- Les revenus de la location en meublé, professionnelle ou non professionnelle, occasionnelle ou habituelle, ouvrent droit à un abattement de 71 % jusqu'à 170 000 € (l'abattement est de 3 % jusqu'à 15 000 € au titre du régime micro-foncier dans le cadre des revenus fonciers).
- Le bien loué peut faire l'objet d'un amortissement (ce qui est impossible pour un logement nu), déductible dans la limite du loyer perçu. Même s'il ne peut être source de déficit, cet amortissement est reportable indéfiniment et permet de neutraliser totalement le revenu imposable tiré de la location du bien (826).
- Si le propriétaire est un loueur en meublé non professionnel, l'amortissement déduit ne sera pas réintégré dans le calcul de la plus-value imposable réalisée lors de la vente du bien (contrairement à la plupart des États).
- Si le propriétaire est un loueur en meublé professionnel, il pourra bénéficier du dispositif d'exonération des plus-values de l'article 151 *septies* du Code général des impôts si l'activité a été exercée pendant au moins cinq ans précédant la cession (827).

3298 La fiscalité de la location en meublé peut être résumée sous la forme du tableau suivant :

Taxes	Principe d'imposition	Précisions
Impôts sur le revenu (CGI, art. 35, I, 5° *bis*)	Oui dans la catégorie des BIC.	Exceptions CGI, art. 35 *bis*, I et II ci-dessus.
Taxe sur la valeur ajoutée (CGI, art. 261 D, 4°)	Non	La TVA sera exigible au taux de 10 % si la location est qualifiée d'activité hôtelière ou de para-hôtellerie (828).
Contribution sur les revenus locatifs	Oui lorsque le loueur est exonéré de la TVA ou bénéficie de la franchise de base et que le logement est situé dans un immeuble achevé depuis moins de quinze ans	Sauf personne physique et société de personnes dont aucun associé n'est soumis à l'impôt sur les sociétés.
Plus-values	Oui	Loueur non professionnel : régime de la plus-value des particuliers (GGI, art. 150 U et 150 VH). Loueur professionnel : régime de la plus-value professionnelle avec possibilité d'exonération lorsque l'activité a duré au moins cinq ans et que la moyenne des recettes des deux dernières années n'excède pas 90 000 € HT (CGI, art. 151 *septies*).

(825) Pour une étude détaillée, V. F. Ait-Ahmed, *La fiscalité de la location en meublé : état des lieux et perspectives* : *Defrénois* 13 sept. 2018, p. 17, qui rapporte que si le régime fiscal de la location meublée était aligné sur la location nue, « plus de la moitié des propriétaires cesseraient de mettre leur bien en location.

(826) CPO, rapport janvier 2018, qui a calculé un manque à gagner pour l'État de l'ordre de 330 à 380 millions d'euros.

(827) *Mémento Lefebvre fiscal* 2019, n° 90550.

(828) Le loueur doit offrir, en sus de l'hébergement, au moins trois des quatre prestations suivantes : « le petit-déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture du linge de maison et la réception, même non personnalisée, de la clientèle » (CGI, art. 261 D, 4°, b).

Taxes	Principe d'imposition	Précisions
Taxe d'habitation (CGI, art. 1407)	Oui si le bien constitue l'habitation principale du loueur (propriétaire ou locataire)	Le locataire n'occupant que pour des séjours limités n'est pas redevable de la taxe d'habitation.
Taxe foncière (CGI, art. 1380)	Oui pour le propriétaire	Exonération possible pour les hôtels, meublés de tourisme et chambres d'hôtes dans les zones de revitalisation rurale sur décision de la collectivité territoriale (CGI, art. 1383 E *bis*).
Taxe de séjour (CGCT, art. L. 2333-26) Taxe additionnelle de 10 % à la taxe de séjour institué par le conseil départemental (CGCT, art. L. 3333-1) Taxe additionnelle de 10 % à la taxe de séjour au profit de la métropole de Lyon (même article) Taxe additionnelle régionale en Île-de-France de 15 % (CGCT, art. L. 2531-17)	Oui dans 47 % des communes de France.	Taxe dont le redevable est le locataire majeur. Elle est fixée par nuitée (829). Depuis 2019, les plateformes de type Airbnb collectent la taxe qui est fixée par la commune concernée. Le montant global est compris entre 1 et 5 € ou s'établit entre 1 et 5 % du prix de la location.
Contribution économique territoriale (CGI, art. 1447)	Oui	Exonérations sous conditions. Notamment lorsque la location est accidentelle et non périodique ou qu'elle porte sur la résidence principale (CGI, art. 1459). Si le bien est classé en « meublé de tourisme » ou s'il s'agit d'une résidence secondaire, la commune peut prendre une délibération pour écarter l'exonération.
Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CGI, art. 1586 *ter*)	Oui pour les redevables dont le chiffre d'affaires est supérieur à 152 500 €	
Impôt sur la fortune immobilière (CGI, art. 964)	Oui	Sauf si le bien est considéré comme un actif professionnel (830).
Régime des déficits		Loueurs en meublé professionnels : le déficit est imputable sur le revenu global sans limitation (sous réserve que les déficits ne proviennent pas d'amortissements exclus des charges déductibles). Loueurs en meublé non professionnels : le déficit est imputable sur les bénéfices de même nature (BIC) réalisés au cours de la même année et des dix années suivantes.

(829) Près de 15 000 communes ont mis en place cette taxe. La liste peut être consultée sur : taxesejour.impots.gouv.fr.

(830) La location doit être l'activité principale du contribuable et celui-ci doit :
- réaliser plus de 23 000 € de recettes annuelles en qualité de loueur professionnel ;
- retirer de cette activité plus de 50 % des revenus professionnels du foyer fiscal.

Taxes	Principe d'imposition	Précisions
Prélèvements sociaux : CSG : 9,2 % CRDS : 0,5 % Prélèvement de solidarité : 7,5 % Total : 17,2 % (CSS, art. L. 136-1)	Oui si les recettes annuelles sont supérieures à 23 000 €.	Loueurs en meublé professionnels lorsque : ● les recettes annuelles tirées de leur activité sont supérieures à 23 000 € ; ● ils remplissent les autres conditions du loueur en meublé professionnel (831). Loueurs en meublé non professionnels si les recettes annuelles tirées de cette activité sont supérieures à 23 000 € et si au moins une des deux conditions suivantes est remplie : ● les locaux sont loués à une clientèle y effectuant un séjour à la journée, à la semaine ou au mois et n'y élisant pas domicile : ● si l'un des membres du foyer fiscal est inscrit au registre du commerce et des sociétés en qualité de loueur professionnel. **Nota :** les loueurs en meublé non professionnels peuvent opter pour le régime général de la sécurité sociale dans le cas où les recettes annuelles ne dépassent pas 82 800 € (832).

3299

Les pièges de la fiscalité lorsque la location en meublé est exercée par une société

Lorsque le bien mis en location appartient à une **société civile**, il faut avoir présent à l'esprit que compte tenu du caractère commercial de cette activité et des dispositions de l'article 206-2 du Code général des impôts, la société devient passible de l'impôt sur les sociétés (IS), sauf si le montant des recettes hors taxes n'excède pas 10 % du montant total des recettes.

Dans le cas, très fréquent, d'une société qui met gratuitement un logement à la disposition de ses associés, les revenus tirés de la location meublée occasionnelle seront ses seuls revenus et donc le seuil de 10 % sera immédiatement atteint avec comme conséquence un passage de la société à l'IS entraînant l'imposition immédiate des bénéfices non encore taxés et des plus-values latentes.

Il semble que pour contourner cette difficulté, les professionnels conseillent de faire déclarer les revenus de la location en meublé au niveau de l'associé et non pas de la société (833). Compte tenu de la récente jurisprudence de la Cour de cassation rappelée ci-dessus (834) sur le fait que les sous-loyers reviennent par accession au propriétaire en leur qualité de fruits civils, il serait redoutable que l'administration fiscale invoque l'abus de droit ou le caractère fictif de cette présentation.

(831) Au moins l'un des membres du foyer fiscal est inscrit au registre du commerce et des sociétés en qualité de loueur en meublé professionnel et les recettes issues de la location sont supérieures aux revenus professionnels du foyer fiscal soumis à l'impôt sur le revenu.

(832) Les cotisations sociales dues par les loueurs sont alors calculées sur une assiette diminuée d'un abattement de 60 % ; lequel abattement est porté à 87 % pour les loueurs en meublé de tourisme visés à l'article L. 324-1 du Code du tourisme (D. Lagau-Lacroust, *Location meublée touristique et pratique notariale. Aspects fiscaux et sociaux* : *JCP* N 2019, 1170).

(833) Ce raisonnement peut s'appuyer sur le fait que les meubles appartiennent aux associés et non à la société.

(834) Cass. 3e civ., 12 sept. 2019, no 18-20.727.

Lorsque le bien appartient à une **SARL de famille**, il peut être envisagé d'utiliser la faculté d'opter pour le régime des sociétés de personnes prévu à l'article 239 *bis* AA du Code général des impôts (835). De cette manière, le risque de passage à l'IS est écarté.
Toutefois, il suffit d'un divorce, d'une rupture de Pacs ou d'un décès pour que la condition requise ne soit plus remplie, entraînant fiscalement une cessation d'activité avec imposition immédiate des bénéfices en cours et taxation des plus-values latentes.
De plus, l'affiliation obligatoire au régime de la sécurité sociale des indépendants du gérant majoritaire de la SARL de famille peut entraîner des charges non prévues par celui-ci (836).

CHAPITRE III Les encouragements à la création de logements

Pour aider les habitants à se loger, le législateur vise à encourager la création de logements en facilitant la construction, la transformation, la surélévation, et en dernier lieu la réversibilité des bâtiments. **3300**

Section I La transformation de bureaux en logements

« L'Île-de-France compte 4 millions de mètres carrés de bureaux vacants, soit un potentiel de 40 000 logements » (837). Partant de ce constat, le législateur encourage la transformation de locaux commerciaux en logements, ainsi : **3301**

- l'article 28 de la loi Elan (838) modifie l'article L. 145-4 du Code de commerce en prévoyant une nouvelle faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale pour le propriétaire d'un local loué par bail commercial. Celui-ci peut désormais invoquer la transformation à usage principal d'habitation d'un immeuble existant pour reprendre possession de son bâtiment. Ce texte, étant d'ordre public, trouvera en principe à s'appliquer immédiatement aux baux en cours, mais il ne déroge pas à la charge de payer au locataire l'indemnité d'éviction prévue à l'article L. 145-14 du même code (839). La question qui reste posée est celle de la possibilité de proposer un local de substitution au locataire pour éviter d'avoir à régler l'éviction. À notre sens, cette possibilité ne doit pas être écartée au motif qu'elle n'est pas prévue par les textes. Le propriétaire doit pouvoir

(835) CGI, art. 239 bis AA : « Les sociétés à responsabilité limitée exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, et formées uniquement entre personnes parentes en ligne directe ou entre frères et sœurs, ainsi que les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini à l'art. 515-1 du Code civil, peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes mentionné à l'art. 8. L'option ne peut être exercée qu'avec l'accord de tous les associés. Elle cesse de produire ses effets dès que des personnes autres que celles prévues dans le présent art. deviennent associées ».
(836) G. Fonteneau, *Location meublée et SARL de famille : une solution dont les inconvénients sont supérieurs aux avantages ?* (www.leblogpatrimoine.com., 12 sept. 2019).
(837) *Le Moniteur* mars 2019.
(838) L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018.
(839) C. com., art. L. 145-18.

proposer un local de substitution, à charge pour le locataire de faire constater par la justice que le local proposé ne correspond pas à un local équivalent (840).

- Le même article modifie également le 3e alinéa de l'article L. 152-6 du Code de l'urbanisme en accordant un bonus de constructibilité, dans la limite de 30 %, du gabarit existant lorsque l'immeuble fait l'objet d'une transformation à usage principal d'habitation. Cette disposition s'applique en zone tendue, mais la condition que soit satisfait un « objectif de mixité sociale » a disparu du nouveau texte (841).

Section II La surélévation de bâtiments existants

3302 L'article L. 111-4-1 du Code de la construction et de l'habitation (842) permet de déroger à certaines règles générales d'urbanisme afin de favoriser la surélévation des immeubles dans les zones tendues. En cas de surélévation d'un immeuble achevé depuis plus de deux ans, situé en zone tendue, le préfet peut accorder des dérogations relatives à l'isolation acoustique, aux brancards, aux ascenseurs, à l'aération, à la protection des personnes contre l'incendie et aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique, lorsque :

- eu égard à la structure et la configuration de la partie existante, la mise en œuvre des règles ne permet pas de satisfaire les objectifs poursuivis ;
- les caractéristiques du bâtiment à surélever, notamment structurelles ou liées aux matériaux en place ne permettent pas d'atteindre ces objectifs ;
- le projet de surélévation ne dégrade pas les caractéristiques des logements de la partie existante du bâtiment, notamment en matière de sécurité et d'aération.

La décision accordant la dérogation peut être assortie de prescriptions particulières et imposer des mesures compensatoires imposées au maître d'ouvrage. L'absence de réponse dans un délai de trois mois vaut acceptation de la demande de dérogation.

La loi Alur a introduit des dispositions incitatives à la création de logements, et notamment :

- suppression du coefficient d'occupation des sols (COS) dans les zones couvertes par un plan local d'urbanisme (PLU) ;
- suppression de la superficie minimale du terrain pour construire.

3303 **– Fiscalité. –** La surélévation en vue de la création de locaux d'habitation est également encouragée fiscalement par l'exonération d'impôt sur le revenu des plus-values immobilières résultant de la cession de droits de surélévation d'immeubles existants jusqu'au 31 décembre 2020 (843).

3304 **– En copropriété. –** La loi Alur a permis que la décision de surélévation d'un bâtiment existant ou la création de bâtiments aux fins de créer de nouveaux locaux à usage privatif

(840) Communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants figurant sur la liste prévue à l'article 232 du Code général des impôts et dans les communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique figurant sur la liste prévue au dernier alinéa de l'article L. 302-5 du Code de la construction et de l'habitation.

(841) *Loi Elan et pratique notariale* : *Bull. Cridon Paris* 15 nov. 2018, nº spécial, p. 24.

(842) Introduit par Ord. nº 2013-889, 3 oct. 2013, relative au développement de la construction de logement, mod. par Ord. nº 2015-1174, 23 sept. 2015, art. 9.

(843) CGI, art. 150 U.

par les soins du syndicat des copropriétaires soit prise à la majorité de l'article 26 et non plus à l'unanimité (844).

Règles de majorité applicables pour la privatisation du droit de construire avant et après la loi Alur

Décisions	Avant la loi Alur	Après la loi Alur
Utilisation par le syndicat des copropriétaires du droit de surélever ou de construire pour la création de locaux communs (L. 1965, art. 30).	Double majorité de l'article 26 (majorité du syndicat représentant les 2/3 des voix).	Article 25
Travaux de surélévation ou de construction réalisés par le syndicat des copropriétaires aux fins de créer des locaux à usage privatif (L. 1965, art. 35, al. 1er).	Unanimité. Pas de majorité allégée si l'immeuble est situé en zone de droit de préemption urbain.	Article 26 Unanimité si contraire à la destination de l'immeuble. Pas de majorité allégée si l'immeuble est situé en zone de droit de préemption urbain. Droit de priorité du copropriétaire du dernier étage (al. 4).
Cession du droit de surélever un bâtiment existant à un copropriétaire ou à un tiers (L. 1965, art. 35, al. 2).	Article 26, sauf si majorité plus forte prévue dans le règlement de copropriété. Article 25, si l'immeuble est situé en zone de droit de préemption urbain. Unanimité si contraire à la destination de l'immeuble, aux droits des autres copropriétaires ou si sans contrepartie. Majorités applicables en assemblée générale ET en assemblée spéciale regroupant les copropriétaires du bâtiment à surélever si plusieurs bâtiments. Droit de veto du copropriétaire du dernier étage.	Article 26, même en présence d'une clause contraire dans le règlement de copropriété. Article 25 si l'immeuble est situé en zone de droit de préemption urbain. Unanimité si contraire à la destination de l'immeuble, aux droits des autres copropriétaires ou si sans contrepartie. Majorités applicables en assemblée générale ET en assemblée spéciale regroupant les copropriétaires du bâtiment à surélever si plusieurs bâtiments. Droit de priorité du copropriétaire du dernier étage (al. 4).

Nous renvoyons aux développements du 112e Congrès des notaires de France qui demeurent d'actualité, notamment en ce qui concerne les difficultés de mise en œuvre du droit de priorité du propriétaire du dernier étage (845), tout en précisant que l'ordonnance no 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis a modifié l'article 35 de la loi de 1965. Ce droit de priorité bénéficie désormais aux « copropriétaires de locaux situés, en tout ou partie, sous la surélévation projetée » et non plus à ceux « de l'étage supérieur du bâtiment surélevé ».

(844) L. 10 juill. 1965, art. 35.
(845) 112e Congrès des notaires de France, Nantes, 2016, *La propriété immobilière, entre liberté et contraintes*, nos 3225 et s.

Section III La réversibilité

3305 Bien que conceptualisée par Le Corbusier dès 1914 (846), la réversibilité des bâtiments qui permet de transformer un local commercial ou de bureau en local à usage d'habitation sans avoir à engager des travaux lourds n'a été appréhendée que tardivement par le législateur. Nous avons vu ci-dessus que le nouvel article L. 152-6 du Code de l'urbanisme permet de déroger aux règles du plan local d'urbanisme. Ce texte permet également de déroger aux règles de densité et au stationnement, afin d'inciter à la transformation d'un immeuble à usage principal d'habitation.

La loi Elan (847) renforce ce dispositif. Elle a ainsi supprimé l'objectif de mixité sociale pour lequel ces dérogations devaient être mises en œuvre et offre un bonus de constructibilité de 30 %, de manière à équilibrer financièrement les opérations de conversion de bureaux en logements. Ce texte crée également les immeubles de moyenne hauteur (IMH) dans lesquels les règles en matière d'incendie sont identiques, et ce qu'ils accueillent des logements ou des bureaux. Avec ce dispositif, le législateur souhaite ainsi encourager la mixité des usages au sein d'un même édifice, mais également leur réversibilité.

L'objectif des architectes est de concevoir des bâtiments qui pourront être transformés sans avoir recours au dépôt d'un permis de construire, mais avec une simple déclaration préalable. Cet objectif sera atteint si l'immeuble peut être transformé sans que les structures porteuses ou la façade soient modifiées (848).

La dernière innovation serait le permis de construire réversible ou mixte. Ce dispositif permettrait, à la suite d'une seule et même instruction, la délivrance d'une autorisation portant sur des destinations diverses. En ce sens, un « permis à double état » a d'ores et déjà été instauré par le décret (849) portant application de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024. « À ce jour, ce permis n'est susceptible d'être délivré que dans ce cadre précis. Après avoir envisagé sa généralisation, les parlementaires l'ont finalement exclue. Selon eux, ce modèle de « permis à double état » n'apportait pas la réponse satisfaisante à la problématique posée par l'obsolescence de certains programmes de construction, dès lors que leur date d'évolution future n'est pas déterminée au stade de leur instruction. La question de la création d'un permis réversible généralisé demeure donc entière, l'outil juridique adéquat restant à inventer » (850).

Section IV La simplification des règles de construction

3306 Dans le cadre des actions pour la relance de la construction de logements, M^me^ Sylvia Pinel, alors ministre du Logement, avait présenté cinquante premières mesures de simplification le

(846) Maison Dom-Ino (du latin *domus* – la maison – et du mot innovation), à voir sur le site de la fondation Le Corbusier.

(847) L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, portant évolution du logement de l'aménagement et du numérique.

(848) C. urb., art. R. 421-14 : Sont soumis à permis de construire les travaux « ayant pour effet de modifier les structures porteuses ou la façade du bâtiment, lorsque ces travaux s'accompagnent d'un changement de destination entre les différentes destinations et sous-destinations définies aux articles R. 151-27 et R. 151-28 ».

(849) D. n° 2018-202, 26 juin 2018.

(850) P. Lafitte, *Sur le chemin de la réversibilité des bâtiments* : *Le Moniteur* 4 janv. 2019.

25 juin 2014. Aujourd'hui, la plupart de ces mesures sont entrées en vigueur au moyen d'arrêtés ou de décrets.

Par exemple, la suppression du sas entre le cabinet de toilette et le séjour ou la cuisine a fait l'objet du décret n° 2014-1342 du 6 novembre 2014 ; l'exonération des exigences parasismiques pour les éléments ne présentant pas d'enjeux pour la sécurité des personnes a fait l'objet d'un arrêté du 15 septembre 2014 ; et des modifications à la réglementation d'accessibilité applicable aux bâtiments collectifs et aux maisons individuelles neufs ont fait l'objet du décret n° 2015-1770 du 24 décembre 2015.

Le Sénat, dans un rapport d'information du 27 mai 2016 (851), a établi un bilan des mesures de simplification ou engagées dans les domaines de l'urbanisme, de l'aménagement et de la construction entre l'année 2003 et l'année 2016. Les principaux assouplissements répertoriés pendant cette période représentent plus de soixante-dix textes allant de la réforme de l'archéologie préventive par la loi n° 2003-707 du 1er août 2003 à l'ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement. On peut relever que la plupart de ces textes, très techniques, ont été pris sous forme d'ordonnance ou de loi d'habilitation et donc sans débat parlementaire.

Le nouvel objectif du gouvernement est de « construire plus, mieux et moins cher » (852) en prévoyant un moratoire sur les nouvelles normes de construction et une simplification des règles existantes.

Nul doute que la simplification a encore un avenir devant elle compte tenu de la complexité des règles applicables aux constructions (853).

SOUS-TITRE II

La volonté de lutter contre l'habitat dégradé

Nous sommes confrontés à l'habitat dégradé dans deux types de situation. En premier lieu, **3307**
en cas d'habitat insalubre ou indigne. Nous présenterons les diverses situations, mesures de prévention et de sanction (**Chapitre I**). En second lieu, nous traiterons des copropriétés en difficulté, conséquence de la construction après-guerre d'opérations d'urbanisme d'ampleur, aujourd'hui vieillissantes (**Chapitre II**).

(851) N° 720, par F. Calvet et M. Daunis.

(852) Conférence de presse de M. J. Mézard, ministre de la Cohésion des territoires, et de son secrétaire d'État, J. Denormandie, le 20 sept. 2017.

(853) Une consultation des élus locaux sur la simplification des normes, qui a été lancée à l'occasion du Congrès des maires de 2015, relayée par l'Association des maires de France et rendue publique par le Sénat le 16 mars 2015, indique que pour la majorité des élus la simplification des normes est un enjeu prioritaire.

CHAPITRE I La lutte contre l'habitat indigne

3308 L'actualité (854) témoigne régulièrement de situations d'habitat indigne et des conséquences en résultant. L'exposé de présentation de la proposition de loi visant à améliorer la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux fait état du recensement en France de 450 000 habitats indignes ou insalubres (855).

La loi du 31 mai 1990 (856) a défini l'habitat indigne comme étant « les locaux ou les installations utilisés aux fins d'habitation et impropres par nature à cet usage, ainsi que les logements dont l'état, ou celui du bâtiment dans lequel ils sont situés, expose les occupants à des risques manifestes pouvant porter atteinte à leur sécurité physique ou à leur santé ».

3309 **– Renforcement et simplification des procédures. –** La loi Elan a renforcé les sanctions contre les propriétaires de ces logements et les obligations de signalement, en les étendant notamment aux syndics.

En décembre 2018, le Premier ministre a demandé un rapport sur les mesures à mettre en œuvre pour simplifier les procédures visant à lutter contre l'habitat indigne et les marchands de sommeil (857). Ce rapport, intitulé « Simplifier les polices de l'habitat indigne. Promouvoir l'habitabilité durable pour tous », a été remis le 8 octobre 2019 par le député Vuilletet. Si la loi Elan a renforcé les mesures coercitives, une lutte efficace contre l'habitat indigne impose de simplifier les procédures et polices de l'habitat. Ce rapport devrait servir de base à la rédaction des mesures par ordonnances prévues par l'article 198 de la loi Elan en vue d'améliorer et renforcer la lutte contre l'habitat indigne (858). Ces mesures, dont nous demeurons dans l'attente à l'heure où nous écrivons ces lignes (859), doivent être applicables à compter du 1er janvier 2021.

3310 **– Vers l'habitabilité durable et une police unique de l'habitabilité. –** Nous ne pouvons consacrer de développements aux pistes et perspectives envisagées par les rapports et propositions. En revanche, il est intéressant de souligner que le rapport Vuilletet propose d'abandonner la notion d'habitat indigne, « stigmatisante et peu mobilisatrice » (860), pour lui substituer celle d'habitabilité durable en vue de garantir la sécurité, la santé et le confort de l'occupant. Il est proposé :

- d'instaurer et partager un référentiel national unique sur les normes minimales d'habitabilité (santé, sécurité, confort) (861) ;
- de créer un outil/modèle de diagnostic du logement permettant d'évaluer l'habitabilité à partir de l'ampleur des désordres, la gravité du risque et l'usage du logement.

(854) Par ex. : effondrement en nov. 2018 de plusieurs immeubles en centre-ville de Marseille.
(855) Proposition de B. Gilles et de députés du groupe Les Républicains. Adoption par le Sénat le 11 juin 2019. Transmis à l'Assemblée nationale 12 juin 2019 et renvoyé à la Commission des affaires économiques. À l'heure où nous écrivons ces lignes, le parcours parlementaire de ce texte ne s'est pas poursuivi. Il proposait notamment une police spéciale du logement.
(856) L. nº 90-449, 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement : *JO* nº 0127, 2 juin 1990, p. 6551.
(857) Mission confiée au député G. Vuilletet (LREM).
(858) Il propose notamment de simplifier les polices spéciales de l'habitat indigne en créant une police unique dans le Code de la construction et de l'habitation, confiée à une autorité unique.
(859) Ordonnance attendue avant fin mai 2020.
(860) Basée sur une notion d'hygiénisme née au XIXe siècle avec l'industrialisation.
(861) Élaboré par un groupe d'experts (compétences techniques/ architecturales/juridiques/ médicales/ sociales), d'agents de l'état et des collectivités sous pilotage interministériel.

Par ailleurs, il est proposé une police unique de « l'habitabilité et sécurité des bâtiments » autour d'un nombre réduit de procédures en lieu et place des vingt et une existantes (862), en distinguant les cas pour lesquels la mesure destinée à supprimer le risque portera sur le bâtiment et les cas pour lesquels la mesure portera uniquement sur l'occupation (863).

Nous renvoyons aux développements du 112e Congrès des notaires de France (864) et proposons d'aborder le sujet sous une approche comparative des différents types d'habitat indigne. Le logement décent au titre des relations bailleur/preneur a été traité en première partie. **3311**

En revanche, nous ne pourrons pas aborder, faute de place, les dispositifs de lutte tels que l'occupation temporaire de locaux vacants à des fins d'hébergement (865), la mise en œuvre du droit de préemption, la mise en place de plans départementaux pluriannuels de lutte contre l'habitat indigne, ou ceux proposés par l'Agence nationale de l'habitat (866). Nous avons privilégié les développements plus pertinents pour notre pratique quotidienne.

(862) Polices résultant de la police de la santé (C. santé publ.), la police de la sécurité (CCH), la décence et des RSD.

(863) La police spéciale unique serait alors composée des trois (voire quatre) procédures suivantes : Cas n° 1 : Locaux / logements impropres à l'habitation par leur configuration ou leur occupation (entraînant un relogement définitif des occupants pour les protéger) ; Cas n° 2 : Logements ou immeubles présentant des désordres induisant des risques à supprimer par la réalisation de travaux sur le bâti ou ses équipements (avec ou sans interdiction d'habiter) ; Cas n° 3 (optionnel) : Logements ou immeubles présentant des désordres dont le coût des travaux serait supérieur au coût de la construction neuve (sans prescription de mesures de travaux) ; Cas n° 4 : Les situations d'urgence ou de danger imminent nécessitant une intervention urgente pour supprimer le risque (avec phase contradictoire allégée), avant la mise en œuvre d'une procédure relevant des cas nos 1, 2 ou 3.

(864) Sous réserve des modifications intervenues depuis lors.

(865) D. n° 2019-497, 22 mai 2019, relatif à l'occupation par des résidents temporaires de locaux vacants en vue de leur protection et préservation en application de l'article 29 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

(866) Un guide pratique à l'usage des occupants est disponible : www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/dihal_pnlhi_-_guide_de_loccupant.pdf.

Habitat dégradé ou indigne – Tableau synoptique et comparatif

	Décence	Règlement sanitaire départemental	Insalubrité	Péril	Impropriété à l'habitation	Suroccupation	Locaux dangereux en raison de l'utilisation qui en est faite	Risque saturnin
Textes applicables	Décret du 30 janvier 2002. Code civil : art. 1719. Loi du 6 juillet 1989 : art. 6 et 20-1.	Arrêté pris par chaque préfet en application des dispositions des articles L. 1311-1 et suivants du Code de la santé publique. Règles particulières dans chaque département.	Code de la santé publique : art. L. et R. 1331-26 et s. Protection des occupants : Code de la construction et de l'habitation : art. L. 521-1 et s.	Code de la construction et de l'habitation : art. L. 511-1 et s. Protection des occupants : Code de la construction et de l'habitation : art. L. 521-1 et s.	Code de la santé publique : art. L. 1331-22.	Code de la santé publique : art. L. 1331-23.	Code de la santé publique : art. L. 1331-24.	Code de la santé publique : art. L. 1334-1 et s.
Définition / Critères	Le décret du 30 janvier 2002 prévoit des critères (867) liés à : • santé et sécurité (868). • éléments d'équipement et de confort (869). • consistance du logement (870). • performance énergétique (871).	Objet plus large que le décret décence : dispositions relatives aux eaux destinées à la consommation humaine, aux locaux d'habitation et professionnels, à l'élimination des déchets, à l'hygiène alimentaire et à l'hygiène en milieu rural. Les règles du RSD **priment** lorsqu'elles sont plus rigoureuses (872) et non incompatibles (873).	Tout immeuble, bâti ou non, vacant ou non, dangereux pour la santé des occupants ou des voisins du fait de son état ou de ses conditions d'occupation. Requiert d'apprécier les effets de l'état dégradé du bâti et/ou de l'absence d'équipements indispensables à la santé des occupants. Un logement insalubre est un logement qui présente des risques pour la santé. Un logement insalubre est indécent. Un logement indécent peut devenir insalubre. Suroccupation (C. santé publ., art. L. 1331-23) Inhabitable par nature (874) (C. santé publ., art. L. 1331-22) Danger du fait de son utilisation (C. santé publ., art. L. 1331-24) comme une accessibilité au plomb. Une circulaire (875) définit 29 critères.	Les édifices menacent ruine lorsqu'ils « pourraient par leur effondrement, compromettre la sécurité ou lorsque, d'une façon générale, ils n'offrent pas les garanties de solidité nécessaires au maintien de la sécurité publique » (876). Cela concerne un édifice (mur, bâtiment, corniche, balcon, gouttière, tuyau d'évacuation, cheminée, enseigne scellée, *etc.*), ancien ou récent, nécessairement bâti, qu'il soit achevé ou inachevé. En outre, la sécurité publique doit être menacée et le danger être le danger réel et actuel, pour la voie publique ou les abords immédiats de l'édifice ou son intérieur. Péril **ordinaire** : danger non immédiat (877). Péril **imminent** : danger grave et actuel (menace d'effondrement). Un logement en état de péril est indécent.	Interdiction d'habiter, à titre gratuit ou onéreux, les caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation.	Mise à disposition de locaux aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux, dans des conditions qui conduisent manifestement à leur suroccupation.	Utilisation de locaux ou installations présentant un danger pour la santé ou la sécurité de leurs occupants.	Risque d'exposition au plomb.

(867) Détails, V. développements de la première partie.
(868) D. 2002, art. 2.
(869) D. 2002, art. 3. Dans les logements situés dans les départements d'outre-mer, les dispositions relatives à l'alimentation en eau chaude prévues aux 4 et 5 ci-dessus ne sont pas applicables.
(870) D. 2002, art. 4.
(871) Le décret du 9 mars 2017 pris pour l'application de l'article 12 de la loi TEPCV du 17 août 2015 intègre la performance énergétique aux caractéristiques du logement décent en modifiant l'article 2 du décret du 30 janvier 2002. Ces dispositions ne sont pas applicables dans les départements situés outre-mer.
(872) En ce sens : Cass. 3e civ., 17 déc. 2015, no 14-22.754 : *JurisData* no 2015-028142 ; *D.* 2016, p. 72 ; *Loyers et copr.* 2016, no 29, obs. B. Vial-Pedroletti : les conditions minimales de superficie d'un local destiné à l'habitation prévues par un règlement sanitaire départemental non abrogé sont applicables dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les conditions prévues par le décret no 2002-120 du 30 janv. 2002, relatif aux caractéristiques du logement décent et sont plus rigoureuses que celles-ci.
(873) Cass. 3e civ., 3 mai 2018, nos 17-11.132 et 17-14.090 : *JurisData* no 2018-007524 ; *Loyers et copr.* 2018, comm. 165 : les dispositions du règlement sanitaire départemental de la Gironde, non incompatibles avec celles du décret du 30 janvier 2002 et plus rigoureuses, doivent recevoir application.
(874) Caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation ne peuvent être mis à disposition aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux.
(875) Circ. DGS/DGUHC, no 293, 23 juin 2003 : *BO Santé* no 2002/9, circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_3601.pdf.
(876) CCH, art. L. 511-1.
(877) Risque d'effondrement total ou partiel pas dans un avenir immédiat (CE, 11 janv. 1961, *Guillous* : *Rec. CE* 1961, p. 962).
(878) Origine : Dépliant ADIL, le site service-public, circulaire.

	Décence	Règlement sanitaire départemental	Insalubrité	Péril	Impropriété à l'habitation	Suroccupation	Locaux dangereux en raison de l'utilisation qui en est faite	Risque saturnin
Exemples (878)	Toiture non étanche, mauvais état du gros œuvre et matériaux détériorés. Réseaux d'électricité et de gaz défectueux. Système de chauffage présentant des dysfonctionnements. Garde-corps, fenêtres en mauvais état Ventilation et éclairage insuffisants. Pièce principale inférieure à 9 m² ou d'un volume inférieur à 20 m³. Absence d'installation d'alimentation en eau potable avec pression et débit suffisants.	Mauvais état des portes et des fenêtres, des conduits de fumées, des évacuations des eaux pluviales et usées, des abords de la propriété. Absence de locaux sanitaires. Ventilation insuffisante. Aucune pièce ne mesure 9 m². Mauvais fonctionnement des installations d'électricité, de gaz, de chauffage, de cuisine et de production d'eau chaude.	Mauvais raccordement au réseau d'évacuation des eaux usées, les infiltrations (toiture, gouttière). Mauvais entretien des parties communes. Mauvaise qualité ou dégradation des structures du bâtiment (fondations, murs, planchers), défauts d'étanchéité ou d'isolation. Risque d'incendie, équipements électriques et/ou gaz dangereux. Présence de plomb, d'amiante. Infractions multiples au RSD.	Menace d'effondrement de mur, escalier, garde-corps, façade, plancher, gouttière, balcon ou toiture. Garde-corps ou marches d'escaliers descellés. Enduit de façade soufflé, souche de cheminée fissurée.	Cave, sous-sol, combles, abri de jardin, garage, pièce dépourvue d'ouverture.	Le texte ne fixe pas de critère objectif (879).	Local situé au-dessus d'un atelier ou d'un commerce loué aux fins d'habitation dans lequel des gaines de ventilation non isolées en provenance des locaux professionnels circulent dans le logement.	Saturnisme.
Autorités compétentes	Commission départementale de conciliation (CDC) / Juge d'instance.	Maire détenteur d'un pouvoir de police générale (880) responsable de la salubrité publique et de la sécurité sur le territoire de sa commune / préfet.	Préfet. Outre le maire détenteur d'un pouvoir de police générale (881) responsable de la salubrité publique sur le territoire de sa commune.	Maire (882) sans autorisation préalable du conseil municipal. Préfet en cas de carence du maire (883). Sauf exceptions (884).	Préfet	Préfet	Préfet	Préfet
Astreinte administrative (885)	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Interdiction de location	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	

(879) CAA Paris, 8e ch., 24 juin 2013, n° 12PA00284 : division d'un pavillon de 110 mètres carrés en six logements distincts.
(880) CGCT, art. L. 2212-2 et L. 2212-4.
(881) CGCT, art. L. 2212-2 et L. 2212-4.
(882) Pouvoirs de police spéciale relevant du Code de la construction et de l'habitation lorsque le danger provoqué par un immeuble provient à titre prépondérant de causes qui lui sont propres. Et également ses pouvoirs de police générale codifiés dans le Code général des collectivités territoriales (situation d'extrême urgence créant un péril particulièrement grave et imminent, quelle que soit la cause du danger).
(883) CGCT, art. L. 2215-1.
(884) Les édifices suivants sont soumis à des législations particulières : (i) monuments et sites classés (C. patr., art. L. 621-12 et L. 621-13 ; me maire n'a pas de compétence pour intervenir, mais il doit prendre un arrêté pour garantir la sécurité du périmètre dans lequel se situe l'immeuble et en informer le préfet de région. Rép. min. : *JO* Sénat 2 juill. 2015, p. 157 ; *Opérations Immobilières* oct. 2015, n° 78, 29947489) ; (ii) monuments et sites inscrits et édifices situés dans le champ de visibilité d'un édifice classé ou inscrit (péril ordinaire : avis préalable de l'ABF [CCH, art. R. 511-2]. Péril imminent : information de l'ABF en même qu'il adresse l'avertissement au propriétaire [CCH, art. L. 511-3]) ; (iii) édifice situé dans un secteur sauvegardé (péril ordinaire : consultation préalable de l'ABF. Péril imminent : information suffisante [C. urb., art. R. 313-16]).
(885) V. *infra,* n° 3325.

	Décence	Règlement sanitaire départemental	Insalubrité	Péril	Impropriété à l'habitation	Suroccupation	Locaux dangereux en raison de l'utilisation qui en est faite	Risque saturnin
Interdiction d'habiter ou d'utiliser les lieux / Mesures	Aucune obligation de fournir un autre logement au locataire, ce dernier pouvant seulement exiger l'exécution des travaux de mise en conformité (886). Si le logement est la résidence principale (887). Les parties peuvent convenir d'une prise en charge par le preneur de travaux de bon état d'usage et de réparation, à la condition que le logement répondant aux caractéristiques de décence (888). Le locataire peut demander au propriétaire la mise en conformité du logement (889) sans qu'il soit porté atteinte à la validité du contrat en cours (890). À défaut d'accord entre les parties ou à défaut de réponse du propriétaire dans un délai de deux mois, la commission départementale de conciliation (CDC) (891) peut être saisie et rendre un avis dans les conditions fixées à l'article 20 de la loi de 1989. La saisine de la commission ou la remise de son avis ne constitue pas un préalable à la saisine (892) du juge par l'une ou l'autre des parties (893). Le juge saisi par l'une ou l'autre des parties détermine, le cas échéant, la nature des travaux à réaliser et le délai de leur exécution. Il peut **réduire** le montant du **loyer** ou **suspendre**, avec ou sans consignation, son **paiement** et la durée du bail jusqu'à l'exécution de ces travaux. Le juge transmet au représentant de l'État dans le département l'ordonnance ou le jugement constatant que le logement loué ne satisfait pas aux dispositions de l'article 6. **Pas de suspension du paiement des loyer et charges avant la décision du juge.**	Non	L'arrêté d'insalubrité **remédiable peut** être assorti d'une interdiction **temporaire** d'habiter dans les lieux. L'arrêté d'insalubrité **irrémédiable doit** être accompagné d'une interdiction **définitive** d'habiter dans les lieux à partir d'une date qui ne peut être supérieure à un an.	Si le logement ou une de ses parties ne permet pas de garantir la sécurité des occupants, le maire peut accompagner l'arrêté de péril d'une interdiction temporaire ou définitive d'habiter les lieux, et préciser la date d'effet de l'interdiction. Si l'interdiction d'habiter est définitive, cette date ne peut être fixée au-delà d'un an.	Cessation de la mise à disposition des locaux.	Cessation de la suroccupation des locaux.	Interdiction temporaire ou définitive d'habiter possible.	Interdiction temporaire d'habiter.

(886) CA Besançon, 2e ch., 16 déc. 2003, no 02/01379 : *JurisData* no 2003-229228 ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 107.
(887) V. développements en 1re partie.
(888) L. 1989, art. 6, *a)*.
(889) L. 1989, art. 20-1. Le texte n'impose aucun délai à compter de la date de conclusion du bail ou d'entrée dans les lieux.
(890) Pour reprendre les termes du professeur Ph. Briand : « La stratégie est affichée : supprimer l'indécence, ce n'est pas supprimer les indécents, c'est seulement les obliger à être décents » (*AJDI* 2002, p. 357).
(891) Issu de la loi ENL. Antérieurement, le locataire devait impérativement saisir le juge.
(892) Précision issue de la loi no 2007-290 du 5 mars 2007.
(893) L'information du bailleur par l'organisme payeur de son obligation de mise en conformité du logement, telle que prévue aux articles L. 542-2 et L. 831-3 du Code de la sécurité sociale, tient lieu de demande de mise en conformité par le locataire.

	Décence	Règlement sanitaire départemental	Insalubrité	Péril	Impropriété à l'habitation	Suroccupation	Locaux dangereux en raison de l'utilisation qui en est faite	Risque saturnin
Intervention sur le bâti / les équipements	Mise aux normes.	Mesures travaux. Mise en demeure puis injonction de faire.	Mesures propres à remédier aux causes de l'insalubrité. Mesures nécessaires pour empêcher tout accès ou toute occupation des lieux aux fins d'habitation. Les travaux à réaliser pour lever l'interdiction.	Réparations nécessaires, démolitions, voire mesures pour préserver les bâtiments contigus.	Non. Mais mesures nécessaires pour empêcher l'accès ou l'usage des locaux aux fins d'habitation, au fur et à mesure de leur évacuation.	Non	Non	Travaux nécessaires pour supprimer le risque (travaux visant les sources de plomb elles-mêmes et, d'autre part, ceux visant à assurer la pérennité de la protection).
Hébergement / relogement	Aucune obligation de fournir un autre logement au locataire, ce dernier pouvant seulement exiger l'exécution des travaux de mise en conformité (894).	Pas de régime spécifique.	Salubrité remédiable ou urgence relative à la salubrité : hébergement provisoire des occupants au frais du propriétaire. Salubrité irrémédiable : relogement définitif des occupants au frais du propriétaire (interdiction définitive d'habiter). À défaut, le préfet, ou le maire s'il est délégataire de tout ou partie des réservations de logements en application de l'article L. 441-1 prend les dispositions nécessaires pour les héberger ou les reloger (895).	Péril ordinaire : hébergement provisoire des occupants (ou relogement définitif si interdiction définitive d'habiter / fermeture définitive) au frais du propriétaire. Péril imminent : hébergement provisoire des occupants au frais du propriétaire. À défaut, le maire prend les dispositions nécessaires pour les héberger ou les reloger (896).	Relogement définitif des occupants au frais du propriétaire (interdiction définitive d'habiter).	Hébergement provisoire des occupants (ou relogement définitif si interdiction définitive d'habiter / fermeture définitive) aux frais du propriétaire.	Hébergement provisoire des occupants (ou relogement définitif si interdiction définitive d'habiter / fermeture définitive) au frais du propriétaire.	Hébergement provisoire des occupants au frais du propriétaire.
Exécution d'office des mesures	Non		Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
Appropriation publique (acquisition par voie amiable, préemption ou expropriation)	Non	Non	Non sauf si déclarés insalubres à titre irrémédiable (897).	Non sauf arrêté de péril assorti d'une ordonnance de démolition ou d'interdiction définitive d'habiter.	Non	Non	Non	Non
Garanties de recouvrement des créances (astreintes et coûts des travaux)			Privilège spécial immobilier sur les immeubles insalubres ou dangereux (898). Solidarité légale entre les propriétaires, vendeurs d'immeubles insalubres ou dangereux, et leurs acquéreurs successifs (899).	Privilège spécial immobilier sur les immeubles insalubres ou dangereux (900). Solidarité légale entre les propriétaires, vendeurs d'immeubles insalubres ou dangereux, et leurs acquéreurs successifs (901).				
Suspension du loyer	Réduction du montant du loyer, suspension du paiement du loyer (décision du juge d'instance).	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Suspension APL	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Spécificités liées à la loi de 1989	Pas d'interdiction de donner congé pour reprise pour habiter, vente, ou motif légitime et sérieux. Sauf s'il s'agit d'un immeuble comportant, pour le quart au moins de sa superficie totale, des logements loués ou occupés classés dans la catégorie IV visée par la loi du 1er septembre 1948.		Suspension de la possibilité pour un bailleur de donner congé à un locataire et de la durée du bail à compter de la réception de l'avis de tenue de la réunion de la Coderst, notifié par le préfet dans les conditions prévues aux articles L. 1331-26 et L. 1331-27 du Code de la santé publique. Cas d'exemption du droit de préemption du locataire en cas de congé pour vente des logements déclarés insalubres.	Suspension de la possibilité pour un bailleur de donner congé à un locataire et de la durée du bail à compter de l'engagement par le maire de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 511-2 du Code de la construction et de l'habitation, relative aux bâtiments menaçant ruine. Cas d'exemption du droit de préemption du locataire en cas de congé pour vente des logements frappés d'une interdiction d'habiter ou d'un arrêté de péril.				

(894) CA Besançon, 2e ch., 16 déc. 2003, no 02/01379 : *JurisData* no 2003-229228 ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 107.
(895) CCH, art. L. 521-3-2.
(896) CCH, art. L. 521-3-2.
(897) C. santé publ., art. L. 1331-28.
(898) C. civ., art. 2374, 8o et 2384-1 à 2384-4.
(899) CCH, art. L. 541-1 à L. 541-6.
(900) CCH, art. L. 511-2, IV.
(901) CCH, art. L. 541-1 à L. 541-6.

	Décence	Règlement sanitaire départemental	Insalubrité	Péril	Impropriété à l'habitation	Suroccupation	Locaux dangereux en raison de l'utilisation qui en est faite	Risque saturnin
Publicité	*Journal officiel*		Aucune mention sur le certificat d'urbanisme. Il faut interroger spécifiquement la mairie. Affichage en mairie. Transmission de l'arrêté à : maire, président de l'EPCI compétent en matière de logement ou d'urbanisme, procureur de la République, organismes payeurs des AL et de l'APL, gestionnaires du fonds de solidarité pour le logement du département.	Affichage en mairie et sur la façade de l'immeuble. Transmission de l'arrêté à : président de l'EPCI compétent en matière d'habitat, organismes payeurs des AL et de l'APL, gestionnaires du fonds de solidarité pour le logement du département.				Notification à l'ARS des cas dépistés.
Publicité foncière	Non concerné	Non	Publication de l'arrêté d'insalubrité à la diligence du préfet et aux frais du propriétaire, pour chacun des locaux concernés (902). Publication de l'arrêté de mainlevée de l'arrêté d'insalubrité à la diligence et aux frais du propriétaire, pour chacun des locaux concernés (903).	Publication de l'arrêté prescrivant la réparation ou la démolition de l'immeuble, à la demande du maire, pour chacun des locaux, aux frais du propriétaire (904).	Non	Non	Non	Non

(902) C. santé publ., art. L. 1331-28-1.
(903) C. santé publ., art. L. 1331-28-3.
(904) CCH, art. L. 511-1-1. Cette publication permet, en application des articles 36, 2° du décret du 4 janvier 1955 et 73 du décret du 14 octobre 1955, d'informer les usagers sur la situation juridique des immeubles, mais ne constitue pas une modalité d'opposabilité aux tiers de la mesure.

– Réquisition de locaux aux fins d'hébergement. – La loi Elan a modifié le dispositif de réquisition de locaux avec attributaire (905) pour permettre la réquisition de locaux, y compris de bureaux, à des fins d'hébergement d'urgence. Les principales adaptations permettant d'ouvrir la réquisition avec attributaire à l'hébergement d'urgence portent sur la durée de la réquisition, plus courte, sur le calcul d'une indemnité compensatoire versée au titulaire du droit d'usage du local réquisitionné ainsi que sur les travaux de mise aux normes minimales des locaux. Les dispositions réglementaires ont été modifiées par le décret n° 2019-635 du 24 juin 2019. **3312**

Par ailleurs, la loi Elan a renforcé le rôle du maire lorsque le préfet envisage la réquisition d'un local situé dans un quartier prioritaire de la politique de la ville, de la commune. Son accord est, en effet, requis avant la mise en œuvre de la procédure.

Le décret du 24 juin 2019 définit les conditions dans lesquelles cet accord est recueilli, et précise les communes concernées par le dispositif de réquisition avec attributaire, savoir celles où existent d'importants déséquilibres entre l'offre et la demande de logement, empêchant des personnes à revenus modestes et des personnes défavorisées de se loger (906).

Afin de lutter contre l'habitat indigne, la loi Elan a renforcé les dispositifs coercitifs et les mesures préventives en prévoyant des modalités de contrôle de l'utilisation des logements. Nous envisagerons successivement les mesures préventives (**Section I**), puis les dispositifs de police (**Section II**), et les mesures coercitives (**Section III**). **3313**

Section I Les mesures préventives

Sous-section I L'interdiction de louer

L'article L. 111-6-1 du Code de la construction prohibe la location : **3314**

- des appartements au sein d'immeubles frappés d'une interdiction d'habiter, ou d'un arrêté de péril, ou déclarés insalubres, ou comportant pour le quart au moins de leur superficie totale des logements loués ou occupés classés dans la catégorie IV visée par la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 ;
- des locaux à usage d'habitation d'une superficie et d'un volume habitables inférieurs respectivement à 14 m² et à 33 m³ (907), ou qui ne sont pas pourvus d'une installation d'alimentation en eau potable, d'une installation d'évacuation des eaux usées ou d'un accès à la fourniture de courant électrique, ou qui n'ont pas fait l'objet de diagnostics amiante en application de l'article L. 1311-1 du Code de la santé publique et risque de saturnisme lorsque l'immeuble est soumis aux dispositions de l'article L. 1334-5 du même code ;
- de toute division par appartements d'immeuble de grande hauteur à usage d'habitation ou à usage professionnel ou commercial et d'habitation dont le contrôle exercé par la commission de sécurité a donné lieu à un avis défavorable de l'autorité compétente ou à des prescriptions qui n'ont pas été exécutées.

(905) CCH, art. L. 642-1 à L. 642-28.

(906) *Loi Elan : élargissement du dispositif de la réquisition avec attributaire au profit de l'hébergement d'urgence* : *JCP* A 1er juill. 2019, n° 26, act. 443.

(907) Les installations ou pièces communes mises à disposition des locaux à usage d'habitation nés de la division n'étant pas comprises dans le calcul de la superficie et du volume desdits locaux.

Sous-section II Le permis de diviser

3315 La loi Alur a introduit (908) un dispositif d'autorisation préalable aux travaux conduisant à la création de plusieurs locaux à usage d'habitation dans un immeuble existant (909). Il visait à empêcher les « divisions pavillonnaires » consistant à diviser des pavillons ou maisons de ville en logements et les louer à des personnes isolées ou vulnérables dans des conditions indignes (910). En effet, ces divisions échappaient à tout contrôle, faute d'autorisation d'urbanisme requise. Les interdictions résultant de l'article L. 111-6-1 du Code de la construction et de l'habitation ne peuvent intervenir qu'*a posteriori*.

Ce dispositif a été modifié par l'ordonnance n° 2014-1543 du 19 décembre 2014, portant diverses mesures relatives à la création de la métropole de Lyon, puis par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté (911), et complété par le décret (912) n° 2017-1431 du 3 octobre 2017 permettant l'articulation entre les autorisations d'urbanisme et l'autorisation préalable aux travaux conduisant à la création de plusieurs locaux à usage d'habitation dans un immeuble existant.

3316 Ce permis de diviser concerne deux types de secteurs, le régime variant en fonction de la localisation :

Texte applicable	CCH, art. L. 111-6-1-1	CCH, art. L. 111-6-1-2
Zones concernées	Zones présentant une proportion importante d'habitat dégradé ou dans lesquelles l'habitat dégradé est susceptible de se développer.	Secteurs (913) situés dans les zones urbaines ou à urbaniser et définis par le règlement du PLU, dans lesquels les programmes de logements doivent comporter une proportion de logements d'une taille minimale fixée par le règlement.
Organe compétent pour instituer la mesure	Organe délibérant de l'EPCI compétent en matière d'habitat ou, à défaut, par le conseil municipal.	Organe délibérant de l'EPCI compétent en matière de plan local d'urbanisme ou, à défaut, par le conseil municipal.
Demande d'autorisation	Dans les formes fixées par l'arrêté du 8 décembre 2016 (914).	

(908) Par amendement.
(909) P. Cornille, *Nouvelle autorisation préalable aux travaux pour créer des logements dans un bâtiment existant* : *Constr.-Urb.* 2014, dossier 10. – D. Dutrieux, *Loi Alur, urbanisme et pratique notariale* : *JCP* N 2014, n° 15, 116. – P. Dupuis, *La création de « logements dans du logement » peut désormais être subordonnée à autorisation administrative* : *JCP* N 2017, n° 1, act. 102.
(910) L. Santoni, *L'autorisation d'urbanisme tient lieu de « permis de diviser »* : *Constr.-Urb.* nov. 2017, n° 11, comm. 144.
(911) V. A. 8 déc. 2016 : *JO* 15 déc., relatif aux modalités de constitution du dossier de demande d'autorisation de travaux conduisant à la création de locaux à usage d'habitation dans un immeuble existant.
(912) D. n° 2017-1431, 3 oct. 2017, relatif à l'articulation des procédures d'autorisation d'urbanisme avec la procédure d'autorisation préalable aux travaux conduisant à la création de plusieurs locaux à usage d'habitation dans un immeuble existant.
(913) Zones éventuellement délimitées en application de l'article L. 151-14 du Code de l'urbanisme.
(914) Arrêté relatif aux « modalités de constitution du dossier de demande d'autorisation de travaux conduisant à la création de locaux à usage d'habitation dans un immeuble existant » (A. 8 déc. 2016, NOR : LHAL1628455A : *JO* 15 déc. 2016), qui a défini les modalités d'application de cette mesure.

Texte applicable	CCH, art. L. 111-6-1-1	CCH, art. L. 111-6-1-2
Liste des éléments que doit contenir la demande d'autorisation et dont le demandeur doit attester	*a)* L'identité et l'adresse du ou des demandeurs, son numéro Siret lorsqu'il s'agit d'une personne morale en bénéficiant et sa date de naissance lorsqu'il s'agit d'une personne physique. *b)* Le nom du ou des propriétaires s'il ne s'agit pas du demandeur. *c)* La localisation et la désignation de l'immeuble s'il est soumis au statut de la copropriété et s'il s'agit d'un immeuble collectif. *d)* La nature et la consistance des travaux pour lesquels l'autorisation est demandée. *e)* La surface de plancher des futurs logements, la hauteur sous plafond et le volume habitable, la surface des baies. *f)* Un plan coté faisant apparaître la situation avant et après travaux. *g)* Dossier technique amiante mentionné à l'article R. 1334-29-5 du Code de la santé publique. *h)* Le constat de risque d'exposition au plomb mentionné à l'article R. 1334-12 du Code de la santé publique.	
Autorité compétente pour délivrer l'autorisation	Président de l'EPCI compétent en matière d'habitat ou, à défaut, le maire.	Président de l'EPCI compétent en matière d'urbanisme ou, à défaut, le maire.
Motifs de refus ou d'autorisation sous conditions	Division contrevenant à l'article L. 111-6-1 = refus impératif. Locaux à usage d'habitation issus de division susceptibles de porter atteinte à la sécurité des occupants et à la salubrité publique = refus possible ou autorisation sous conditions.	Locaux à usage d'habitation issus de division ne respectant pas les proportions et taille minimales fixées par le PLU = refus possible.
Procédure (CCH, art. L. 111-6-1-3)	Le président de l'EPCI ou le maire notifie sa décision dans les quinze jours de la réception de la demande. Le défaut de réponse dans le délai de quinze jours vaut autorisation.	
Conséquences sur le bail	Le défaut d'autorisation de division est sans effet sur le bail dont bénéficie le locataire qui occupe de bonne foi un local à usage d'habitation né d'une division.	

Texte applicable	CCH, art. L. 111-6-1-1	CCH, art. L. 111-6-1-2
Sanctions	Amendes versées à l'Anah.	
Articulation	Lorsque le projet porte sur des travaux conduisant à la création de plusieurs locaux à usage d'habitation dans un immeuble existant, dans une zone où a été instituée l'autorisation préalable prévue par l'article L. 111-6-1-1 ou l'article L. 111-6-1-2 du Code de la construction et de l'habitation, le permis de construire ou la décision prise sur la déclaration préalable tient lieu de cette même autorisation préalable dès lors que la décision a fait l'objet de l'accord de l'autorité compétente pour délivrer cette même autorisation préalable (915).	

Sous-section III Le permis de louer

3317 Le « permis de louer » a été introduit dans le Code de la construction et de l'habitation par la loi Alur (916), en vue de lutter contre les pratiques des marchands de sommeil. Ce « permis » est composé de deux outils offerts aux collectivités en vue de vérifier la qualité des logements mis en location sur leur territoire (917), le terme « offert » étant choisi à dessein, les collectivités conservant la liberté d'instaurer ces démarches préalables et de délimiter les zones concernées (918). Il s'agit, au choix de la collectivité, soit d'une déclaration préalable de mise en location, soit d'une autorisation préalable de location. Ces dispositifs ne s'appliquent ni aux logements sociaux, ni aux logements pour lequel le locataire bénéficie de l'aide personnalisée au logement (APL) (919). Les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) compétents en matière d'habitat pourront déléguer aux communes qui le souhaitent la mise en œuvre de ces dispositions pour la durée de validité du plan local de l'habitat (920).

Ces dispositions ont été complétées par le décret n° 2016-1790 du 19 décembre 2016 rendant la mesure effective et modifiées par la loi Elan.

(915) CCH, art. R. 425-15-2.

(916) Toutefois, l'article 48 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 avait institué, à titre expérimental et pendant une durée de cinq ans, une déclaration de mise en location pour les locaux mis à la location dans des immeubles de plus de trente ans et dans certaines communes.

(917) D. Boulanger, *La loi Elan et la lutte contre l'habitat indigne et les marchands de sommeil* : *Loyers et copr.* avr. 2019, n° 4, étude 1. Pour une comparaison avec le permis de louer existant en Belgique : V. B. Nicolas, *Le permis de location en Belgique. Du risque d'effet pervers en germe dans une mesure à visée sociale* : *Espaces et sociétés* 1/2008, n°s 132-133, p. 193-208 (www.cairn.info/revue-espaces-et-societes-2008-1-page-193.htm).

(918) À la différence de l'interrogation désormais requise systématiquement du casier judiciaire des acquéreurs quelle que soit la commune ou la zone concernée. G. Durand-Pasquier, *Le nouveau permis de louer, un nouvel outil contre les marchands de sommeil ?* : *Constr.-Urb.* mars 2017, n° 3, alerte 14.

(919) CCH, art. L. 634, I, al. 2 et art. L. 634-3 et L. 635-I, al. 2 nouveau. – V. L. Elan, art. 188, 1° a, 2°, 3° a et 4°.

(920) CCH, art. L. 634, I, III nouveau, art. L. 634-3 et L. 635, III nouveau 2. – V. L. Elan, art. 188, 1° b et 3° b.

Ces dispositifs sont présentés dans le tableau ci-après (921). **3318**

	Déclaration de mise en location	**Autorisation préalable à la mise en location**
Texte applicable	CCH, art. L. 634-1 à L. 634-5	CCH, art. L. 635-1 à L. 635-11
Champ d'application	Location nue ou meublée à titre de résidence principale (922) à l'exclusion de sa reconduction ou de son renouvellement ou de la conclusion d'un avenant à ce contrat.	*Idem*
Logements exclus	Logements sociaux et logements pour lesquels les locataires bénéficient de l'aide personnalisée au logement (APL).	*Idem*
Délimitation des zones concernées par l'habitat dégradé au regard de l'objectif de lutte contre l'habitat indigne	Par l'organe délibérant de l'EPCI compétent en matière d'habitat ou, à défaut, le conseil municipal. La délibération peut fixer, pour chacune des zones géographiques qu'elle délimite, les catégories et caractéristiques des logements qui sont soumis à déclaration.	Par l'organe délibérant de l'EPCI compétent en matière d'habitat ou, à défaut, le conseil municipal. La délibération peut fixer, pour chacune des zones géographiques qu'elle délimite, les catégories et caractéristiques des logements qui sont soumis à autorisation préalable.
Contenu de la délibération	Elle précise la date d'entrée en vigueur du dispositif, qui ne peut être fixée dans un délai inférieur à six mois à compter de la publication de la délibération, ainsi que le lieu et les modalités de dépôt de la déclaration.	Elle précise la date d'entrée en vigueur du dispositif, qui ne peut être fixée à un délai inférieur à six mois à compter de la publication de la délibération, ainsi que le lieu et les modalités de dépôt de la demande d'autorisation.
Conséquences au regard de la mise en location des logements situés dans les zones	Déclaration dans un délai de quinze jours suivant la conclusion du contrat de location, au président de l'EPCI ou, à défaut, au maire de la commune.	Autorisation préalable de mise en location par le président de l'EPCI ou, à défaut, par le maire de la commune.
Motivation du refus ou de l'autorisation sous conditions	Sans objet	Logement susceptible de porter atteinte à la sécurité des occupants et à la salubrité publique. La décision de rejet doit être motivée et préciser la nature des travaux ou aménagements prescrits pour satisfaire aux exigences de sécurité et de salubrité.

(921) La proposition de loi visant à améliorer la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux, adoptée par le Sénat, et transmise à l'Assemblée nationale le 12 juin 2019, modifie ces art.s.

(922) C'est-à-dire les baux soumis aux titres 1er et 1er *bis* de la loi de 1989.

	Déclaration de mise en location	**Autorisation préalable à la mise en location**
Procédure	Déclaration dans un délai de quinze jours suivant la conclusion du contrat de location, au président de l'EPCI ou, à défaut, au maire de la commune. Le dépôt de la déclaration donne lieu à la remise d'un récépissé, dont une copie est transmise pour information par le propriétaire au locataire. Cette déclaration est renouvelée à chaque nouvelle mise en location.	Le silence gardé pendant un mois par l'autorité compétente vaut autorisation préalable de mise en location (923). L'autorisation préalable de mise en location doit être renouvelée à chaque nouvelle mise en location, et être jointe au contrat de bail à chaque nouvelle mise en location ou relocation. L'autorisation devient caduque s'il apparaît qu'elle n'est pas suivie d'une mise en location dans un délai de deux ans suivant sa délivrance.
Mentions obligatoires	1° Pour un bailleur personne physique, son identité, son adresse et ses coordonnées. 2° Pour un bailleur personne morale, sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social ainsi que la qualité du signataire de la déclaration. 3° Dans le cas où le mandataire agit pour le compte du bailleur, le nom ou la raison sociale du mandataire, son adresse ainsi que l'activité exercée et, le cas échéant, le numéro et le lieu de délivrance de la carte professionnelle. 4° La localisation, la désignation et la consistance du logement et, le cas échéant, de l'immeuble dans lequel il est situé, ainsi que la date de conclusion du contrat.	1° Pour un bailleur personne physique, son identité, son adresse et ses coordonnées. 2° Pour un bailleur personne morale, sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social ainsi que la qualité du signataire de la déclaration (924). 3° Dans le cas où le mandataire agit pour le compte du bailleur, le nom ou la raison sociale du mandataire, son adresse ainsi que l'activité exercée et, le cas échéant, le numéro et le lieu de délivrance de la carte professionnelle. 4° La localisation, la désignation et la consistance du logement et, le cas échéant, de l'immeuble dans lequel il est situé.
Sanctions pénales	Amende	Amendes
Sanctions civiles	Aucun effet sur le bail	Aucun effet sur le bail
En cas de mutation à titre gratuit ou onéreux du logement	Aucune disposition prévue	Transfert de l'autorisation si en cours de validité. Ce transfert prend effet à compter du dépôt par le nouveau propriétaire, auprès de l'autorité compétente, d'une déclaration de transfert, sous réserve de l'accord du bénéficiaire initial de l'autorisation.

(923) L'autorité saisie n'a pas d'obligation formelle de s'assurer que le logement ne présente pas de danger.
(924) Il faut comprendre « demande d'autorisation ».

	Déclaration de mise en location	**Autorisation préalable à la mise en location**
Au regard de la décence et de la dignité du logement	Aucune disposition prévue	**L'autorisation délivrée à titre tacite est sans incidence sur la qualification du logement au regard des caractéristiques de décence ou du caractère indigne de l'habitat** (925)**.**
Au regard de la police de la salubrité ou de la sécurité publique	Aucune disposition prévue	L'autorisation est inopposable aux autorités publiques chargées d'assurer cette police, et aux occupants. L'autorisation ne peut être délivrée lorsque l'immeuble dans lequel est situé le logement fait l'objet d'un arrêté d'insalubrité, de péril ou relatif aux équipements communs des immeubles collectifs à usage principal d'habitation.
Aides au logement	Le bénéfice du paiement en tiers payant des aides personnelles au logement est subordonné à la production du récépissé de la déclaration de mise en location.	La décision de refus d'une demande d'autorisation est transmise à la caisse d'allocations familiales, à la caisse de mutualité sociale agricole et aux services fiscaux.
Signalement	Aucune disposition prévue	Les refus d'autorisation ou les autorisations assorties de réserves sont transmis par les autorités compétentes au comité responsable du plan départemental d'action pour le logement et l'hébergement des personnes défavorisées et sont inscrits à l'observatoire des logements indignes mentionné à l'article 3 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement.

(925) Comme l'a souligné le sénateur auteur du projet de loi visant à améliorer la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux, une autorisation peut être tacitement délivrée pour un logement indigne. Dans le même sens, G. Durand-Pasquier : *Constr.-Urb.* mars 2017, n° 3, alerte 14.

Section II Les pouvoirs de police administrative et judiciaire

Sous-section I Les pouvoirs de police administrative spéciale de lutte contre l'habitat indigne

3319 En ce qui concerne la lutte contre l'habitat indigne, les pouvoirs de police administrative spéciale visent à permettre à l'autorité publique compétente de prescrire au destinataire de l'arrêté de police (926) la réalisation de travaux et/ou mesures nécessaires pour mettre fin au risque d'atteinte à la santé ou la sécurité des occupants.

Ces pouvoirs appartiennent au préfet ou au maire (927) selon le cas. Les procédures relevant du préfet sont décrites dans le Code de la santé publique et celles relevant du maire dans le Code de la construction et de l'habitation. Comme indiqué en introduction, il est envisagé une police unique de l'habitabilité.

Les pouvoirs respectifs sont présentés ci-après 3311, les procédures étant détaillées dans le tableau synoptique et comparatif.

§ I Les pouvoirs de police administrative spéciale du préfet

3320 Le préfet intervient au titre des procédures suivantes :

- **la police des locaux impropres par nature à un usage à des fins d'habitation** (C. santé publ., art. L. 1331-22 et s.) : visant à mettre fin à la mise à disposition à des fins d'habitation de locaux tels que des caves, sous-sol, combles, pièces dépourvues d'ouvertures vers l'extérieur ainsi que des installations impropres à cet usage comme des abris de jardin, des cabanes, *etc*. Elle ne s'applique pas au cas du propriétaire occupant ;
- **la police des locaux manifestement suroccupés** (C. santé publ., art. L. 1331-23 et s.) : visant à faire cesser les situations de suroccupation du logement, organisées par le bailleur ;
- **la police des locaux dangereux en raison de l'utilisation qui en est faite** (C. santé publ., art. L. 1331-24) : visant à mettre fin aux nuisances pour les occupants, occasionnées par les conditions dans lesquelles le local est utilisé ;
- **la police de l'insalubrité** (C. santé publ., art. L. 1331-26 et s.) : visant le traitement des désordres présentant un danger pour la santé ou la sécurité des occupants ou des voisins, que les locaux soient destinés ou non à l'habitation ;
- **la police de la lutte contre le risque saturnin** (C. santé publ., art. L. 1334-1 et s.) : visant à supprimer le risque d'exposition au plomb ;
- **le traitement d'urgence du danger sanitaire ponctuel** (C. santé publ., art. L. 1311-4) : visant, indépendamment des procédures en vue de déclarer un immeuble insalubre, à permettre au maire et au préfet d'intervenir conjointement pour traiter en urgence des dangers sanitaires ponctuels (928).

(926) Propriétaire, copropriétaire, exploitant, *etc*.
(927) Président de l'EPCI en cas de délégation du maire.
(928) Par ex. : le préfet peut intervenir auprès d'un exploitant d'un hôtel meublé qui a coupé l'alimentation en eau des chambres.

§ II Les pouvoirs de police administrative spéciale du maire et du président d'EPCI (en cas de délégation du maire)

Le maire ou le président de l'EPCI (en cas de délégation du maire) intervient au titre des procédures suivantes : **3321**

- **la sécurité des établissements recevant du public à des fins d'hébergement** (CCH, art. L. 123-3 et s.) : visant au respect des règles de protection contre les risques de panique et d'incendie auxquelles les hôtels meublés sont soumis ;
- **la sécurité des équipements communs des immeubles collectifs d'habitation** (CCH, art. L. 129-1 et s.) : permettant d'intervenir auprès du ou des propriétaires quand un ou plusieurs éléments d'équipement communs d'un immeuble collectif à usage principal d'habitation (929) présentent un fonctionnement défectueux ou un défaut d'entretien de nature à créer des risques sérieux pour la sécurité des occupants ou à compromettre gravement leurs conditions d'habitation. Cette procédure est spécifique et distincte de celle du péril en tant qu'elle ne nécessite pas une dégradation du bâti ou des logements ;
- **la police des édifices menaçant ruine** (CCH, art. L. 511-1 et s.) : visant le traitement des désordres portant atteinte à la solidité de l'immeuble ou à certains de ses éléments intérieurs ou extérieurs et présentant un risque pour la sécurité des occupants et/ou du public.

Sous-section II Les pouvoirs de police judiciaire des administrations spécialisées

Les pouvoirs de police judiciaire visent à constater les infractions liées au non-respect des mesures prescrites par les arrêtés de police administrative spéciale en matière de lutte contre l'habitat indigne. **3322**

§ I Le constat des infractions en matière de lutte contre l'habitat indigne prévues au Code de la santé publique

Le constat des infractions prévues à l'article L. 1337-4 du Code de la santé publique peut être effectué par des agents habilités et assermentés. En effet, l'article L. 1312-1 dudit code accorde aux fonctionnaires et agents habilités et assermentés du ministère de la Santé, des agences régionales de santé et des collectivités territoriales un pouvoir de recherche et de constatation des infractions prévues par ledit code en matière d'habitat insalubre. Ils peuvent également saisir ou exiger la communication de documents de toute nature, propres à faciliter leurs vérifications ou encore procéder à un recueil de déclarations sur place ou sur convocation (930). **3323**

(929) Dont la liste est fixée par l'article R. 129-1 du Code de la construction et de l'habitation.

(930) La circulaire du 20 mars 2017, relative à l'audition de personnes soupçonnées par les fonctionnaires et agents dotés de pouvoirs de police judiciaire en vertu de lois spéciales a rappelé la distinction entre l'audition libre de suspects et le simple recueil de déclaration.

§ II Le constat des infractions en matière de lutte contre l'habitat indigne prévues au Code de la construction et de l'habitation

3324 L'article L. 651-6 du Code de la construction et de l'habitation fixe le régime d'assermentation des agents municipaux devant le juge du tribunal d'instance compétent. L'article L. 651-7 du même code prévoit que lesdits agents constatent les conditions dans lesquelles sont effectivement occupés les locaux qu'ils visitent. Les agents assermentés bénéficient d'un droit de communication auprès des administrations publiques compétentes pour obtenir tous renseignements nécessaires à l'accomplissement de leur mission de recherche et de contrôle des conditions d'occupation d'un logement. De plus, en application de l'article L. 511-1 du Code de la sécurité intérieure, les agents de police municipale sont chargés du respect de l'exécution des arrêtés pris par le maire et de constater leur non-respect.

Section III Les mesures coercitives

Sous-section I Les astreintes administratives renforcées

3325 La loi Alur a introduit la possibilité d'imposer une astreinte administrative aux propriétaires de logements indignes ou exploitants d'hôtels meublés indélicats pour les inciter à réaliser les mesures et les travaux prescrits par les mesures de police spéciales de lutte contre l'habitat indigne par le maire, le préfet ou le président de l'EPCI. La loi Elan généralise et rend systématique depuis le 1er mars 2019 la procédure de l'astreinte administrative (931) (sauf urgence) (932).

En pratique, l'arrêté prescrit des mesures et un délai de réalisation. Si, à l'issue du délai, les mesures n'ont pas été réalisées, le propriétaire et l'exploitant défaillants sont redevables d'une astreinte (933) à compter de la date de la notification de l'arrêté la prononçant et jusqu'à complète exécution des mesures et des travaux prescrits (934).

Cette astreinte concerne :
- la menace de ruine d'un bâtiment à usage principal d'habitation (CCH, art. L. 511-2) ;
- la sécurité des établissements recevant du public (CCH, art. L. 123-3) ;
- la déclaration de périmètre insalubre (C. santé publ., art. L. 1331-25) ;
- la déclaration de périmètre insalubre remédiable (C. santé publ., art. L. 1331-28) ;
- la mise à disposition aux fins d'habitation de locaux impropres à l'habitation (C. santé publ., art. L. 1331-22) ;

(931) V. Instr. interministérielle, 26 oct. 2016, relative au suivi des procédures administratives de lutte contre l'habitat indigne et à la mise en œuvre de l'astreinte administrative (http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2016/11/cir_41466.pdf) qui reste d'actualité sauf les dispositions relatives à son caractère facultatif et progressif supprimé par la loi Elan.

(932) Les procédures d'urgence (C. santé publ., art. L. 1331-26-1 ; CCH, art. L. 511-3 ; C. santé publ., art. L. 1311-4) sont exclues du périmètre de l'astreinte. En effet, les délais d'intervention sont courts et les arrêtés ne comportent pas de mise en demeure complémentaire au-delà du délai initial imparti.

(933) Montant maximal de 1 000 € par jour de retard variant selon l'ampleur des mesures et travaux prescrits et des conséquences de la non-exécution.

(934) Le recouvrement des sommes est engagé par trimestre échu. Le maire peut, lors de la liquidation trimestrielle de l'astreinte, consentir une exonération partielle ou totale de son produit si le redevable établit que la non-exécution de l'intégralité de ses obligations est due à des circonstances qui ne sont pas de son fait.

- la mise à disposition de locaux dans des conditions qui conduisent manifestement à leur suroccupation (C. santé publ., art. L. 1331-23) ;
- les locaux ou installations présentant un danger pour la santé ou la sécurité de leurs occupants en raison de l'utilisation qui en est faite (C. santé publ., art. L. 1331-24) ;
- la réalisation des travaux nécessaires pour supprimer le risque d'exposition au plomb (C. santé publ., art. L. 1334-2) ;
- la sécurité des immeubles collectifs à usage principal d'habitation (935) (CCH, art. L. 129-2).

Sous-section II Les sanctions pénales

Les sanctions pénales encourues sont présentées de manière succincte. **3326**

§ I Les sanctions pénales principales

Les principales sanctions pénales sont présentées dans le tableau ci-après : **3327**

Textes et peines (936) **encourues**	**Comportement réprimé**
CODE PÉNAL (937)	
Art. 225-14 (5 ans d'emprisonnement, 150 000 € d'amende)	Soumission de personne vulnérable (938) ou dépendante (939) à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine.
Art. 225-15, § I (7 ans d'emprisonnement, 200 000 € d'amende)	Circonstance aggravante : infraction commise à l'égard de plusieurs personnes.
Art. 225-15, § II (7 ans d'emprisonnement, 200 000 € d'amende)	Circonstance aggravante : infraction commise à l'égard d'un mineur.
Art. 225-15, § III (10 ans d'emprisonnement, 300 000 € d'amende)	Circonstance aggravante : infraction commise à l'égard de plusieurs personnes dont au moins un mineur.

(935) En présence d'équipements communs présentant un fonctionnement défectueux ou un défaut d'entretien de nature à créer des risques sérieux pour la sécurité des occupants ou à compromettre gravement leurs conditions d'habitation.

(936) Source : Circ. CRIM/2019-02/G3, 8 févr. 2019, n° 019/F/0022/FF3B1S, ann. 2, relative au renforcement et à la coordination de la lutte contre l'habitat indigne.

(937) Outre homicide ou blessures involontaires, omission de porter secours, abus de faiblesse, recel, extorsion de fonds, non-justification de ressources, blanchiment, ou encore obtention indue de prestations publiques.

(938) L'article 225-14 du Code pénal ne limite pas les hypothèses de vulnérabilité au seul état physique ou psychique de la personne (état de grossesse, maladie, handicap) ; il vise également les hypothèses de vulnérabilité économique, sociale ou culturelle.

(939) La dépendance peut être économique et concerner les personnes sans emploi ou sans domicile, mais également les personnes disposant d'un emploi précaire, ainsi que celles disposant de très faibles revenus. Elle peut également résulter du fait que le bailleur est également l'employeur du locataire. La dépendance peut être également une dépendance morale, résultant de l'ascendant ou de l'autorité de la personne mettant à disposition le logement.

Textes et peines (936) **encourues**	**Comportement réprimé**
Art. 223-1 (1 an d'emprisonnement, 15 000 € d'amende)	Fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement (mise en danger d'autrui). Exemples : risque d'incendie et d'électrocution en raison de l'installation électrique défectueuse d'un logement, risque saturnin[221].
CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE	
Art. L. 1337-4, § I, al. 2 (1 an d'emprisonnement, 50 000 € d'amende)	Inexécution d'une injonction prise sur le fondement du 1er alinéa de l'article L. 1331-24 : locaux ou installations présentant un danger pour la santé ou la sécurité de leurs occupants.
Art. L. 1337-4, § I, al. 3 (1 an d'emprisonnement, 50 000 € d'amende)	Refus, sans motif légitime et après une mise en demeure, d'exécuter les mesures prescrites en application du II de l'article L. 1331-28 : insalubrité remédiable.
Art. L. 1337-4, § II (2 ans d'emprisonnement, 75 000 € d'amende)	Refus de déférer dans le délai fixé à une mise en demeure prise sur le fondement de l'article L. 1331-23 : suroccupation.
Art. L. 1337-4, § III, al. 2 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Refus de déférer dans le délai fixé à une mise en demeure du préfet prise sur le fondement de l'article L. 1331-22 : caves et autres locaux impropres par nature à l'habitation.
Art. L. 1337-4, § III, al. 3 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Fait de dégrader, détériorer, détruire des locaux ou de les rendre impropres à l'habitation dans le but d'en faire partir les occupants, à compter de la notification de la réunion de la commission départementale compétente (art. L. 1331-27) ou à compter de la mise en demeure (prise sur le fondement des articles L. 1331-22, L 1331-23, L. 1331-24, L. 1331-25 et L. 1331-26-1 : insalubrité).
Art. L. 1337-4, § III, al. 4 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Non-respect, de mauvaise foi, d'une interdiction d'habiter et le cas échéant d'utiliser des locaux (prise en application des articles L. 1331-22, L. 1331-23, L. 1331-24, L. 1331-25 et L. 1331-28).
Art. L. 1337-4, § III, al. 5 (3 ans d'emprisonnement, 100 000€ d'amende)	Remise à disposition de locaux vacants ayant fait l'objet de mesures prises en application des articles L. 1331-22, L. 1331-23 et L. 1331-24 – ou déclarés insalubres en application des articles L. 1331-25 et L. 1331-28).
CODE DE LA CONSTRUCTION ET DE L'HABITATION	
Art. L. 511-6, § I (1 an d'emprisonnement, 50 000 € d'amende)	Refus délibéré et sans motif légitime, constaté après mise en demeure, d'exécuter les travaux prescrits en application des articles L. 511-2 (péril simple) et L. 511-3 (péril imminent).
Art. L. 511-6, § II, al. 2 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Fait de dégrader, détériorer, détruire des locaux ou de les rendre impropres à l'habitation dans le but d'en faire partir les occupants lorsque ces locaux sont visés par un arrêté de péril.
Art. L. 511-6, § II, al. 3 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Non-respect, de mauvaise foi, d'une interdiction d'habiter et d'utiliser des locaux (prise en application de l'article L. 511-2 – péril).

Textes et peines (936) **encourues**	**Comportement réprimé**
Art. L. 511-6, § II, al. 3 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Non-respect, de mauvaise foi, d'une interdiction de louer des locaux ou de les mettre à disposition (prise en application de l'article L. 511-5 – péril).
Art. L. 521-4, § I, al. 2 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Menace ou acte d'intimidation en vue de contraindre un occupant à renoncer aux droits qu'il détient en application des articles L. 521-1 à L. 521-3-1 (droit au relogement ou à un hébergement décent de l'occupant d'un local insalubre).
Art. L. 521-4, § I, al. 2 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Fait de rendre impropres à l'habitation des locaux en vue de contraindre un occupant à renoncer aux droits qu'il détient en application des articles L. 521-1 à L. 521-3-1 (droit au relogement ou à un hébergement décent de l'occupant d'un local insalubre).
Art. L. 521-4, § I, al. 3 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Perception d'un loyer ou de toute autre somme en contrepartie de l'occupation d'un logement, y compris rétroactivement, affecté d'une mise en demeure en raison de son caractère impropre à l'usage d'habitation.
Art. L. 521-4, § I, al. 4 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Refus de procéder à l'hébergement ou au relogement de l'occupant, bien qu'étant en mesure de le faire.
Art. L. 123-3, § IV (1 an d'emprisonnement, 50 000 € d'amende)	Refus délibéré et sans motif légitime d'exécuter des travaux (travaux prescrits pour raisons d'insécurité) – établissement recevant du public à usage total ou partiel d'hébergement.
Art. L. 123-3, § V (2 ans d'emprisonnement, 75 000 € d'amende)	Location de chambre ou local dans des conditions qui conduisent manifestement à sa suroccupation – établissement recevant du public à usage total ou partiel d'hébergement.
Art. L. 123-3, § VI, al. 2 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Fait de dégrader, détériorer, détruire des locaux ou de les rendre impropres à l'hébergement dans le but d'en faire partir les occupants (arrêté visant à faire cesser l'insécurité) – établissement recevant du public à usage total ou partiel d'hébergement.
Art. L. 123-3, § VI, al. 3 (3 ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende)	Non-respect, de mauvaise foi, d'une interdiction d'habiter et d'utiliser des locaux (interdiction temporaire par le maire, art. L. 123-3, § I, al. 3) – établissement recevant du public à usage total ou partiel d'hébergement.
Art. L. 111-6-1 (2 ans d'emprisonnement, 75 000 € d'amende)	Mise en vente, en location ou à la disposition d'autrui de locaux destinés à l'habitation et provenant d'une division réalisée en méconnaissance des interdictions définies à cet article L. 111-6-1.
Art. L. 123-4 (3 750 € d'amende)	Refus de fermer un établissement recevant du public non conforme aux règles de sécurité malgré une mise en demeure du maire ou du représentant de l'État dans le département d'avoir à se conformer à l'arrêté pris en application de l'alinéa 1 de cet article L. 123-4.

§ II Les peines complémentaires

A/ Les personnes physiques et morales

3328 Les personnes **morales** et les personnes **physiques** encourent des peines complémentaires :

1) Confiscation (940) des biens ayant servi à commettre l'infraction :
- pour les infractions prévues par les articles 225-14 du Code pénal, L. 1337-4 du Code de la santé publique, L. 123-3, L. 511-6 et L. 521-4 du Code de la construction et de l'habitation ;
- peine obligatoire (depuis la loi Elan) sauf motivation contraire du tribunal.

2) Interdiction d'acquérir un bien immobilier à usage d'habitation à d'autres fins que son occupation à titre personnel, ou d'acquérir un fonds de commerce d'un établissement recevant du public à usage total ou partiel d'hébergement :
- pour les infractions prévues par les articles 225-14 du Code pénal, L. 1337-4 du Code de la santé publique, L. 123-3, L. 511-6 et L. 521-4 du Code de la construction et de l'habitation ;
- peine obligatoire (depuis la loi Elan) sauf motivation contraire du tribunal ;
- peine pouvant être prononcée pour une durée maximale de dix ans pour les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi Elan.

3) Confiscation en valeur du montant de l'indemnité d'expropriation lorsque les biens immeubles qui appartenaient au condamné au moment de la commission de l'infraction ont fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique :
- peine applicable aux infractions prévues par les articles 225-14 du Code pénal, L. 1337-4 du Code de la santé publique, L. 123-3, L. 511-6 et L. 521-4 du Code de la construction et de l'habitation ;
- aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi Elan.

4) Confiscation générale du patrimoine à l'encontre des personnes déclarées coupables de l'infraction de soumission à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine :

- peine applicable aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi Elan.

5) Confiscations fondées sur l'article 131-21 du Code pénal :

- les loyers peuvent être saisis au titre du produit indirect de l'infraction ou d'un autre fondement visé à cet article selon les modalités prévues aux articles 706-153 et suivants du Code de procédure pénale.

(940) La saisie pénale immobilière prévue aux articles 706-150 et suivants du Code pénal est destinée à garantir l'exécution de la confiscation ultérieure. Les titulaires d'une créance hypothécaire inscrits au fichier immobilier doivent être considérés comme des tiers ayant des droits sur le bien, et doivent en conséquence se voir notifier la décision de saisie pénale prise par le magistrat ordonnant la saisie. L'article 706-151 du Code de procédure pénale dispose que les formalités de publication au fichier immobilier sont réalisées par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (Agrasc) au nom du procureur de la République ou du juge d'instruction. La décision de saisie pénale immobilière ne devient opposable aux tiers qu'à compter de cette date. L'inscription de la saisie pénale immobilière demeure valable jusqu'à ce que soit prise une décision de mainlevée ou de confiscation définitive.

B/ Les personnes physiques

Les personnes **physiques** encourent également des peines complémentaires : **3329**

1) obligation d'accomplir un stage de citoyenneté (C. pén., art. 225-14) ;

2) affichage ou diffusion de la décision prononcée (C. pén., art. 225-14) ;

3) fermeture, pour une durée de cinq ans au plus, ou à titre définitif, de l'un, de plusieurs ou de l'ensemble des établissements de l'entreprise appartenant à la personne condamnée (C. pén., art. 225-14) ;

4) exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus (C. pén., art. 225-14) ;

5) interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (C. pén., art. 225-14) ;

6) interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle, ou une société commerciale (C. pén., art. 225-14) ;

7) interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction (CCH, art. L. 123-3, L. 511-6 et L. 521-4 ; C. santé publ., art. L. 1337-4) ;

8) confiscation au profit de l'État de l'usufruit de tout ou partie des biens ayant servi à commettre l'infraction (CCH, art. L. 123-3, L. 511-6 et L. 521-4 ; C. santé publ., art. L. 1337-4) (941).

CHAPITRE II Le traitement des copropriétés en difficulté

Selon un rapport déjà ancien, le nombre de copropriétés en difficulté a tendance à augmenter et selon l'Anah les résidences principales situées dans des copropriétés « fragiles » seraient au nombre d'environ un million (sur sept millions de logements en copropriété, hors résidences secondaires) (942). Ces chiffres sont très certainement sous-estimés (943). **3330**

Les facteurs des difficultés des copropriétés peuvent être sociaux (copropriétaires défaillants), techniques (immeuble dégradé) ou financiers (nombre d'impayés important).

L'historique des réglementations successives indique que le législateur est très préoccupé par ces copropriétés et les risques que leurs difficultés font peser sur le logement d'un grand nombre de Français.

(941) En pratique, le parquet souhaitant requérir une telle peine complémentaire est vivement invité à prendre l'attache préalable de l'Agrasc pour une analyse factuelle et d'opportunité. En effet, le prononcé de cette peine de confiscation de l'usufruit implique de fortes contraintes de gestion. Ainsi, d'une part, l'État ne pourra pas céder le bien dont il n'a que l'usufruit sans l'accord du nu-propriétaire (en l'espèce le condamné) et, d'autre part, il devra, en tout état de cause, restituer l'usufruit au nu-propriétaire au bout de trente ans (C. civ., art. 619).

(942) Chiffres rapportés par J. Lafond : *JCl. Copropriété*, Fasc. 254, *Relation du notaire avec les organes de la copropriété. - Copropriété en difficulté*.

(943) Rapport Dilain, *Les copropriétés très dégradées*, Doc Sénat, 2013, p. 7.

Il peut être résumé de la manière suivante :

- la loi du 21 juillet 1994 (944), faisant suite au constat que la législation sur les procédures collectives était inadaptée, a institué un mécanisme d'administration provisoire pour les copropriétés qui ne peuvent fonctionner normalement en raison des difficultés qu'elles connaissent en créant les articles 29-1 à 29-4 de la loi du 10 juillet 1965, relative au statut de la copropriété ;
- la loi du 13 décembre 2000, dite « loi SRU » (945) a complété les articles 29-1 à 29-4 et a prévu le dessaisissement du syndic au profit du président du tribunal de grande instance ;
- la loi du 1er août 2003 (946) d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine a instauré l'état de carence qui peut déboucher sur l'expropriation de l'immeuble ;
- la loi du 25 mars 2009 (947) de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion a prévu la nomination d'un mandataire pour épauler le syndic et l'aider à trouver des solutions aux difficultés financières rencontrées par la copropriété ;
- enfin la loi du 24 mars 2014 (948), dite « loi Alur », a modifié les pouvoirs du mandataire *ad hoc* et de l'administrateur provisoire. Elle est complétée par un décret du 17 août 2015 (949). Cette loi a également introduit le plan de sauvegarde des copropriétés en difficulté.

Conseil pratique

Avant de recevoir un acte portant sur un lot de copropriété, le notaire doit consulter le registre des copropriétés institué par l'article L. 711-2 du Code de la construction et de l'habitation. Sur ce registre seront indiquées les procédures dont le syndicat des copropriétaires a fait l'objet[232] (950).

Section I Les mesures préventives : le plan de sauvegarde

3331 Créé par la loi Alur et figurant actuellement aux articles L. 651-1 du Code de la construction et de l'habitation et 29-10 de la loi du 10 juillet 1965, il s'agit d'une démarche d'inspiration publique et administrative qui peut intégrer la mise en place d'un mandataire *ad hoc* ou d'un administrateur provisoire.

Il s'agit d'aider les copropriétés en difficulté sans qu'un seuil de déclenchement soit expressément prévu. Tous les facteurs de difficulté des copropriétés susvisés (sociaux, techniques ou financiers) sont pris en compte.

L'acteur principal de ce plan est le représentant de l'État dans le département, qui peut être à l'origine de la procédure mais surtout qui approuve le plan de sauvegarde établi par une commission chargée d'élaborer un diagnostic de la situation de la copropriété.

Le préfet constitue la commission qui sera composée :

- du maire de la commune de l'immeuble ;

(944) L. nº 94-624, 21 juill. 1994, relative à l'habitat.
(945) L. nº 2000-1208, 13 déc. 2000.
(946) L. nº 2003-710, 1er août 2003.
(947) L. nº 2009-323, 25 mars 2009.
(948) L. nº 2014-366, 24 mars 2014.
(949) D. nº 2015-999, 17 août 2015, relatif aux procédures judiciaires applicables aux copropriétés en difficulté.
(950) CCH, art. L. 711-2, II, 2º : Figurent au registre « si le syndicat fait l'objet d'une procédure prévue aux articles 29-1A ou 29-1 de la loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis ou à l'article L. 651-6 du présent code ».

- du président de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) compétent en matière d'habitat ;
- du président du conseil départemental ;
- du président de conseil syndical ou de l'administrateur provisoire ;
- des représentants des propriétaires et des locataires de l'immeuble concernés.

Cette commission établit un plan de sauvegarde qui doit permettre, dans un délai de cinq ans, de :

- redresser la situation financière de la copropriété ;
- clarifier et simplifier les règles de structure et d'administration ;
- clarifier et adapter le statut des biens et équipements collectifs à usage public ;
- réaliser des travaux de conservation de l'immeuble (réfection de gros œuvre, traitement de l'insalubrité...) ou permettant de réduire les charges de fonctionnement trop importantes ;
- restaurer les relations sociales dans l'immeuble ;
- instaurer la mise en place des mesures d'accompagnement.

Le syndic est tenu d'organiser le vote des mesures préconisées par ce plan en les inscrivant à l'ordre du jour de la prochaine assemblée.

En cas d'échec des mesures de sauvegarde, si la copropriété reste confrontée à de graves difficultés, les personnes publiques composant la commission peuvent saisir le juge aux fins de nommer un administrateur provisoire ou pour lui demander de déclarer l'état de carence (951).

Sous-section I Les copropriétés concernées

3332 Un **seuil de déclenchement** est prévu à l'article 29-1-A de la loi du 10 juillet 1965 : « Lorsqu'à la clôture des comptes les impayés atteignent 25 % des sommes exigibles, *etc.*, le syndic en informe le conseil syndical et saisit sur requête le juge d'une demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*. Pour les copropriétés de plus de deux cents lots, le pourcentage des impayés déclenchant la saisine est fixé à 15 % ».

Précisions importantes :

- le nombre de lots est celui de la copropriété et non celui des lots principaux. Ainsi une copropriété de 210 lots peut comprendre : 70 logements, 70 caves et 70 emplacements de stationnement ;
- le pourcentage d'impayés est calculé en fonction du montant total des impayés des copropriétaires, à la clôture de l'exercice, divisé par le total des sommes exigibles, relatives à la fois aux **charges courantes** et à la fois aux **appels de fonds travaux** :
  - en ce qui concerne les charges courantes : les sommes exigibles sont les provisions de charges courantes qui sont exigibles au début de chaque trimestre (budget prévisionnel de l'année, quelle que soit la régularisation à venir). S'il y a eu un dépassement budgétaire en fin d'exercice, il ne faudra pas inclure ces impayés dans le calcul du pourcentage,
  - en ce qui concerne les travaux : les sommes exigibles sont celles qui sont exigibles en fonction du calendrier des appels de fonds voté par l'assemblée générale. L'article 61-2 du décret du 17 mars 1967 a exclu les sommes devenues exigibles dans le mois précédant la date de clôture de l'exercice.

(951) CCH, art. L. 615-1, IV.

Aussi l'Association des responsables de copropriété (952) préconise de ne pas engager la procédure d'une manière automatique si le seuil de 15 % des impayés est dépassé, mais uniquement si d'autres signes de dysfonctionnement importants concomitants ont été relevés. À ce titre l'augmentation constante des charges, le paiement des fournisseurs avec retard ou la dégradation des parties communes sont des symptômes à ne pas négliger.

Les personnes habilitées à introduire une demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* sont en premier lieu le syndic, qui doit en informer chacun des membres du conseil syndical (953) et, en l'absence d'action du syndic dans le délai d'un mois à compter de la clôture des comptes, le texte énonce :

- des copropriétaires représentant ensemble au moins 15 % des voix du syndicat ;
- un créancier si ses factures d'abonnement, de fourniture d'eau, d'énergie ou de travaux sont impayées depuis plus de six mois et après un commandement resté infructueux ;
- et depuis la loi Alur : le préfet, le procureur de la République, le maire et le président de l'établissement public de coopération intercommunale.

On s'interrogera sur les modalités d'information de ces dernières personnes. Il faut envisager qu'un copropriétaire (qui se trouve dans l'impossibilité de regrouper autour de lui un pourcentage de 15 % des voix) adresse un courrier au syndic, avec une copie au maire de sa commune ou au procureur de la République, pour attirer son attention sur le taux d'impayés dans la copropriété.

La procédure a lieu devant le président du tribunal de grande instance, donc par l'intermédiaire d'un avocat, qui statue « par ordonnance sur requête ou comme en matière de référé ». Le juge peut alors désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission et la rémunération. Sur ce dernier point, un arrêté du 8 octobre 2015 prévoit une grille de salaire allant de 1 500 € (HT) pour les copropriétés de 2 à 15 lots à 6 000 € (HT) pour les copropriétés de 351 à 499 lots. L'article 29-1-A de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que, lorsqu'ils ne sont pas à l'origine de la procédure, le représentant de l'État dans le département, le maire de la commune où est implanté l'immeuble et le président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat sont informés de l'engagement de la procédure par le ou les demandeurs (954).

Sous-section II Le mandataire *ad hoc*

3333 Il s'agit d'un dispositif léger qui ne dessaisit pas le syndic et qui vise à faire prendre conscience aux copropriétaires des difficultés présentes et à venir. Nous distinguerons les copropriétés concernées de l'administrateur *ad hoc* lui-même.

3334 En principe le mandataire *ad hoc* est **choisi par le juge** sur la liste des administrateurs judiciaires mentionnée à l'article L. 881-2 du Code de commerce. Toutefois, l'article 29-1-C ajoute qu'à titre exceptionnel le juge peut également désigner, par décision spécialement motivée, une personne physique ou morale justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire et remplissant des conditions définies par décret (955). Il est vrai que les administrateurs judiciaires ne sont pas toujours spécialisés

(952) Désignée sous la dénomination « ARC » dont le siège est : 7, rue de Thionville, 75019 Paris.
(953) D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 61-4.
(954) Disposition introduite par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017.
(955) Expérience d'au moins trois ans dans la gestion d'une copropriété et un diplôme de master 2 attestant de compétence en droit civil, comptabilité et construction ou gestion immobilière. D. n° 2015-999, 17 août 2015, créant un article 61-1-2 au décret du 17 mars 1967.

en copropriété et qu'un opérateur associatif ou un bureau d'étude spécialisé peuvent remplir cette mission.

Dans les trois mois de sa désignation, renouvelable une fois, le mandataire *ad hoc* doit adresser au président du tribunal de grande instance **un rapport** présentant l'analyse de la situation financière du syndicat (956). Le greffe du tribunal de grande instance adresse ce rapport au syndic, au conseil syndical, au représentant de l'État dans le département, au maire de la commune où est implanté l'immeuble et au président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat.

Le syndic inscrit à **l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale** les projets de résolutions nécessaires à la mise en œuvre de ce rapport. Pour éviter tout atermoiement, l'article 29-1-B prévoit que si la prochaine assemblée générale n'a pas lieu dans les six mois (trois mois en cas d'urgence) suivant la remise du rapport, le syndic convoque une assemblée générale extraordinaire afin de voter les résolutions nécessaires. Si aucune notification n'intervient dans le délai de six mois, le juge peut être saisi afin d'obtenir une ordonnance enjoignant au syndic de convoquer une assemblée générale sans délai ou désignant un administrateur provisoire.

Il semble que cette procédure ait été bien accueillie compte tenu de sa simplicité, de l'absence de frais pour la collectivité et du suivi qu'elle instaure. Néanmoins, il faut prendre garde de ne pas déclencher cette procédure sur la seule base des impayés.

Section II L'administration provisoire

3335 Il ne s'agit pas ici de l'administrateur provisoire prévu aux articles 47 et 49 du décret du 17 mars 1967 (957) qui peut être nommé par le président du tribunal de grande instance en l'absence de syndic ou en cas d'empêchement de celui-ci, mais de l'administrateur provisoire prévu à l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 dans l'hypothèse où l'équilibre financier du syndicat des copropriétaires est gravement compromis.

Sous-section I La désignation de l'administrateur provisoire

3336 La désignation de l'administrateur provisoire est un dispositif lourd. Elle est prévue dans trois cas où les difficultés du syndicat sont avérées :

- **problème financier du syndicat.** L'équilibre financier du syndicat doit être gravement compromis par suite d'une insuffisance de sa trésorerie, les sommes disponibles ne permettant pas de faire face aux charges ;
- **impossibilité de pourvoir à la conservation de l'immeuble.** Le syndicat des copropriétaires n'est pas en mesure de faire exécuter les travaux d'entretien et de réparation des parties communes et éléments d'équipement commun. Cette impossibilité peut être financière ou juridique, notamment dans le cas où certains copropriétaires refusent d'effectuer les travaux absolument nécessaires (réfection d'une toiture endommagée ou mise hors d'eau de l'immeuble par suite d'infiltrations). « Les copropriétaires soucieux de

(956) L. 10 juill. 1965, art. 29-1-B.
(957) D. nº 67-223, 17 mars 1967.

la conservation de l'immeuble peuvent ainsi obtenir raison contre une majorité abusive, en faisant désigner un administrateur provisoire » (958).

Cette éventualité peut également se trouver réalisée, dans le cas où certains copropriétaires se refusent à procéder à la vente de l'immeuble, qui est la seule solution possible, compte tenu de la dégradation du bâtiment dont la réhabilitation n'est pas envisageable et qui ne peut qu'être démoli et reconstruit (959) ;

- **liquidation du syndicat des copropriétaires.** Cette innovation introduite par la loi Alur (960) permet qu'un administrateur provisoire puisse « être nommé pour liquider les dettes d'un syndicat en cas d'expropriation ou de dissolution », elle met fin aux interrogations et aux difficultés auxquelles avait donné lieu l'absence de procédure spécifique dans la loi du 10 juillet 1965.

Les personnes habilitées à former une demande de désignation sont limitativement énumérées par l'article 29-1 de la loi, savoir :

- des copropriétaires représentant ensemble 15 % au moins des voix du syndicat ;
- le syndic ;
- le procureur de la République.

Et depuis la loi Alur :

- le maire de la commune du lieu de situation de l'immeuble ;
- le président de l'EPCI compétent en matière d'habitat ;
- le représentant de l'État dans le département ;
- l'administrateur *ad hoc* si le syndicat fait l'objet de la procédure prévue aux articles 29-1 A et 29-1 B ci-dessus décrits.

La procédure est ouverte devant le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble saisi par assignation ou par voie de requête. S'il s'agit d'une ordonnance sur requête, celle-ci peut être remise en cause par tout intéressé. S'il s'agit d'une ordonnance rendue comme en matière de référé, il faudra utiliser la procédure d'appel ou de la tierce opposition.

La décision du juge fixe les pouvoirs de l'administrateur provisoire. L'article 29-1, alinéa 2 précise que le syndic en place ne peut être désigné au titre d'administrateur provisoire de la copropriété. Sous cette réserve, le juge peut désigner :

- un administrateur judiciaire inscrit sur la liste des administrateurs judiciaires prévue à l'article L. 811-2 du Code de commerce ;
- une personne physique ou morale justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire et remplissant des conditions définies par décret (961) ;
- l'administrateur *ad hoc* si le syndicat fait l'objet de la procédure prévue aux articles 29-1 A et 29-1 B.

La mission de l'administrateur vise à « prendre les dispositions nécessaires au rétablissement du fonctionnement normal de la copropriété », et à cet effet le juge peut transférer tous les pouvoirs du syndic et même aller jusqu'à lui conférer tous les pouvoirs décisionnels du conseil syndical et de l'assemblée des copropriétaires. Ces pouvoirs peuvent être modifiés par le président du tribunal à tout moment.

(958) *JCl. Copropriété*, Fasc. 254, *Relation du notaire avec les organes de la copropriété. - Copropriété en difficulté*, nº 15, par J. Lafond.
(959) Cass. 3e civ., 23 janv. 2013, nº 09-13.898.
(960) L. nº 2014-366, 24 mars 2014.
(961) D. nº 67-223, 17 mars 1967, art. 61-1-3.

La mission est personnelle, même si l'administrateur provisoire peut se faire assister par un tiers désigné par le président du tribunal de grande instance sur sa proposition et rétribué sur sa rémunération.

La durée de cette mission ne peut être inférieure à douze mois. Le juge peut à tout moment prolonger celle-ci ou y mettre fin à la demande de l'une des personnes habilitées à en demander la désignation.

Sous-section II Les effets de la désignation de l'administrateur provisoire

Les effets de l'ordonnance de désignation de l'administrateur provisoire sont prévus aux articles 29-3 et 29-4 de la loi du 10 juillet 1965 et peuvent être qualifiés de majeurs. **3337**

La suspension de l'exigibilité de certaines créances est prévue pendant une période de douze mois, qui peut être portée à trente mois par décision du juge. Il s'agit de toutes les créances, à l'exception des créances publiques et sociales, à condition d'avoir une origine antérieure à l'ordonnance de désignation de l'administrateur provisoire.

L'interdiction ou l'interruption de certaines actions en justice lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- la créance a une origine antérieure à l'ordonnance ;
- la créance doit avoir pour objet soit la condamnation du syndicat débiteur au paiement d'une somme d'argent, soit la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

On pense notamment aux fournisseurs de la copropriété.

Les procédures d'exécution ou de distribution n'ayant pas produit d'effet attributif avant la date de l'ordonnance sont également interrompues.

La déclaration des créances est un des effets principaux de cette ordonnance. Dans les trois mois de la publication de l'ordonnance au *Bulletin des annonces civiles et commerciales* (*BODACC*) et dans un journal d'annonces légales (962), les créanciers doivent déclarer leurs *créances* auprès de l'administrateur provisoire.

L'administrateur provisoire établit la liste des créances et la dépose au greffe du tribunal de grande instance. Le greffier fait publier au *BODACC* une insertion pour indiquer ce dépôt.

Les créanciers ont deux mois à partir de la publication de la liste pour en contester le contenu auprès du tribunal de grande instance.

Un projet d'échéancier est notifié aux créanciers qui ont deux mois pour faire part de leurs observations.

Les créances non déclarées régulièrement dans ce délai de deux mois sont inopposables à la procédure (L. 10 juill. 1965, art. 29-4, al. 3).

Un **échéancier définitif du règlement des dettes** est déposé par l'administrateur provisoire au greffe du tribunal pour qu'il soit homologué. Les créanciers disposent d'un délai de deux mois pour saisir le juge d'une contestation.

L'ordonnance d'homologation est notifiée aux créanciers et au conseil syndical avec le plan d'apurement définitif. Tant que ce plan d'une durée maximale de cinq ans est respecté, la suspension des créances est maintenue.

(962) D. nº 67-223, 17 mars 1967, art. 62-18.

Un **effacement des créances irrécouvrables** est également prévu à l'article 29-7 de la loi du 10 juillet 1965 sous la condition préalable que le syndicat des copropriétaires ne possède aucun actif à céder ou que les cessions autorisées par le juge n'aient pas trouvé preneur.

Le montant effacé est réparti entre les créanciers du syndicat proportionnellement au montant de leurs créances.

Cet effacement porte sur tout ou partie des créances. Il est décidé par le juge à partir de l'état des dettes (déclarées et non recouvrables) contenu dans le plan d'apurement définitif déposé par l'administrateur provisoire au greffe du tribunal.

Issue de la procédure. Celle-ci peut aboutir à l'exécution de travaux décidés par l'administrateur et homologués par le juge, par exemple des travaux d'individualisation des frais de chauffage (963).

L'issue de la procédure peut également aboutir à des mesures intéressant particulièrement les notaires, comme la cession de biens et la réorganisation du syndicat.

Sous-section III La cession de biens et la restructuration du syndicat

3338 Ces mesures de cession et de restructuration sont autorisées par le juge du tribunal de grande instance au vu d'un rapport de l'administrateur provisoire faisant état de l'avis du conseil syndical.

La cession des biens peut intervenir à titre onéreux ou à titre gratuit :

- la cession à titre onéreux est prévue à l'article 26-9 de la loi du 10 juillet 1965 qui énonce que si le syndicat des copropriétaires dispose d'actifs cessibles, notamment des locaux ou des parcelles de terrain non bâti de nature à apurer les dettes du syndicat, l'administrateur peut demander au juge l'autorisation de réaliser la cession et de modifier en conséquence le règlement de copropriété et l'état descriptif de division. L'autorisation fixée par le juge ne peut excéder cinq ans ;
- la cession à titre gratuit est prévue à l'article 29-9 du même texte et peut porter sur des parcelles de terrain non bâti d'intérêt public ou des locaux d'équipement communs pouvant relever d'une gestion publique si leur coût d'entretien, de gestion ou de remise à niveau compromettent de façon irrémédiable l'équilibre financier du syndicat des copropriétaires. Cette cession est également autorisée par le juge, mais uniquement au profit de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat.

La restructuration du syndicat est prévue à l'article 29-8 de la loi du 10 juillet 1965. Il peut s'agir de la constitution d'un ou plusieurs syndicats secondaires sous réserve que la gestion et le fonctionnement normal de la copropriété ne puissent pas être établis autrement. L'administrateur provisoire réalise un plan d'apurement des dettes, qui est transmis à chacun des syndicats créés par la division. Le jugement autorisant la division ou la constitution d'un syndicat secondaire homologue également les nouveaux règlements de copropriété et état descriptif de division. Ce jugement prononce la dissolution du syndicat initial et désigne la personne chargée de convoquer l'assemblée générale en vue de la désignation d'un syndic.

(963) L. 10 juill. 1965, art. 29-9.

Le même article prévoit également la possibilité d'une division en volume en ajoutant deux conditions :

- le juge statue au vu des conclusions du rapport d'un expert établissant que l'immeuble ou l'ensemble immobilier peuvent être scindés en volumes sans parties communes indivises fonctionnant de façon autonome ;
- le maire de la commune et le président de l'établissement public de coopération intercommunale sont consultés sur cette division.

Section III Les procédures lourdes

3339 Dans l'hypothèse où les mesures précédentes ne permettent pas à la copropriété de reprendre son cours normal et que la situation est totalement bloquée, les textes ont envisagé des procédures qualifiées de « lourdes » qui interviennent au vu d'une expertise prévue à l'article L. 651-6 du Code de la construction et de l'habitation.

Sous-section I L'administration provisoire renforcée

3340 La première de ces procédures est désignée par l'article 29-11 de la loi du 10 juillet 1965 sous les termes « administration provisoire renforcée », également connue sous la dénomination de « convention de travaux ».

Il s'agit pour l'administrateur provisoire de se faire autoriser, à sa demande ou à la demande du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale, à signer une convention à durée déterminée avec un ou plusieurs opérateurs compétents en matière de maîtrise d'ouvrage de travaux et de mise au point de financement d'opération de travaux.

Les opérateurs pouvant passer une convention avec l'administrateur provisoire sont :

- les établissements publics d'aménagement (par ex., l'Agence foncière et technique de la région parisienne [AFTRP]) ;
- les sociétés publiques locales d'aménagement ;
- les offices publics de l'habitat ;
- les sociétés HLM ;
- les sociétés d'économie mixte.

La convention contient la liste des travaux qui doivent être entrepris pour sortir la copropriété de ses difficultés. L'opérateur agira donc comme un assistant à maîtrise d'ouvrage dont la rémunération sera à la charge des copropriétaires.

Il ne faut pas perdre de vue que ces travaux seront supportés par les copropriétaires sans que ces derniers aient de pouvoir de décision et que cette procédure peut aboutir à aggraver les difficultés d'une copropriété, voire à la condamner (964).

L'administrateur provisoire aura tout intérêt à mobiliser les aides et les subventions publiques pour financer ces travaux (965), les copropriétaires concernés étant le plus souvent incapables de financer ces travaux.

(964) Il semble que l'intervention de l'Agence foncière et technique de la région parisienne (AFTRP) à Grigny (Essonne) soit un échec mal vécu par les copropriétaires (*Le Parisien* 1er mars 2006). Plus mitigée l'intervention de la même agence à Montfermeil dans le quartier des Bosquets.

(965) Notamment par l'intermédiaire de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (Anru).

Sous-section II L'état de carence

3341 Au vu du rapport établi par l'expert visé à l'article L. 615-6 du Code de la construction et de l'habitation, lorsqu'un immeuble en copropriété présente des risques pour la sécurité des habitants ou si le syndicat des copropriétaires n'est plus en mesure d'en assurer la conservation, l'état de carence peut être déclaré par le président du tribunal de grande instance (même texte). En cas de carence déclarée, le tribunal peut ordonner :

- l'expropriation de l'immeuble ;
- une réhabilitation de l'immeuble ;
- la démolition totale ou partielle de l'immeuble.

Le régime de l'expropriation est prévu à l'article L. 615-7 du Code de la construction et de l'habitation et déroge au régime de droit commun en prévoyant que l'arrêté du préfet, pris à la suite de l'ordonnance du président du tribunal de grande instance, fixe le montant de l'indemnité provisionnelle allouée aux propriétaires et aux titulaires de baux commerciaux et professionnels en précisant que « cette indemnité ne peut être inférieure à l'évaluation effectuée par le service chargé des domaines ».

Sous-section III Les opérations de requalification des copropriétés dégradées

3342 Les opérations portant sur des copropriétés importantes ou emblématiques peuvent faire l'objet d'une opération de requalification des copropriétés dégradées (ORCD) qui peuvent être mises en place par l'État, les collectivités territoriales ou leur groupement (CCH, art. L. 741-1).

Chaque opération fait l'objet d'une convention qui prévoit tout ou partie des actions suivantes :

- acquisition, travaux et portage de la copropriété ;
- plan de relogement et d'accompagnement social des occupants ;
- mobilisation des dispositifs coercitifs de lutte contre l'habitat indigne (insalubrité et péril) ;
- recours aux opérations programmées d'amélioration de l'habitat (Opah), au plan de sauvegarde, ou encore à la procédure d'administration provisoire renforcée ;
- mise en œuvre d'actions ou d'opérations d'aménagement intégrant les objectifs de l'opération.

Cette opération peut donner lieu à l'instauration du droit de préemption urbain renforcé.

L'État peut déclarer d'intérêt national une opération de requalification de copropriété dégradée, dont il définit le périmètre par décret en Conseil d'État (CCH, art. L. 741-2) dans les cas suivants :

- si l'opération de requalification présente des enjeux majeurs en matière d'habitat dégradé, une complexité de traitement particulière et nécessite de lourds investissements ;
- si le site comporte une ou plusieurs copropriétés bénéficiant d'un plan de sauvegarde ;
- si le droit de préemption urbain renforcé a été instauré et que la commune s'est engagée à le déléguer à l'opérateur chargé de la mise en œuvre de l'opération d'intérêt national.

L'opération peut être confiée à un établissement public foncier (EPF). Actuellement plusieurs opérations ont été initiées par l'État, notamment à Clichy-sous-Bois (Seine-Saint-Denis), à Grigny (Essonne) et pilotées par l'Établissement public foncier de la région Île-de-France (EPFIF).

L'article L. 741-2 du Code de la construction et de l'habitation précise que pour assurer le relogement des occupants des logements, à titre temporaire ou définitif, le préfet peut user de ses prérogatives « Dalo » (966).

Conclusion. Dans un article faisant suite au vote de la loi Alur, un praticien (967) indiquait en guise de conclusion : « Ce progrès demeure toutefois insuffisant, car nombre de petites copropriétés privées ne peuvent se prévaloir d'un « intérêt national ». Cette différence de traitement entre le secteur social – où les financements existent – et le secteur privé – où les fonds sont plus difficiles à trouver, malgré les aides que dispensent l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (Anru) ou Anah – est néfaste. Beaucoup d'opérations de rénovation privées aboutissent à des solutions en demi-teinte, trop de logements délabrés, de parties communes insalubres et de parcs de stationnement insécurisés subsistant faute de moyens. Mieux vaudrait donc, en matière de logement, renoncer à ces cloisonnements rigides, faute de quoi les difficultés des copropriétés privées dégradées subsisteront ».

TITRE II

La protection du patrimoine historique et remarquable

La protection du patrimoine bâti est une préoccupation ancienne (968) et persistante (969). Deux dispositifs doivent être distingués : **3343**

- monuments historiques ;
- sites patrimoniaux remarquables institués par la loi du 7 juillet 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (dite loi « LCAP »).

La loi LCAP a créé la notion d'abords des monuments historiques, se substituant à celle de champ de visibilité.

(966) L. nº 2007-290, 5 mars 2007, instituant le droit au logement opposable.

(967) C. Bénasse, *Les copropriétés très dégradées : la loi Alur n'apporte qu'une réponse partielle* : *JCP* N 2014, nº 20, act. 603.

(968) L. 30 mars 1887 et 31 déc. 1913 sur les monuments historiques (*JO* 4 janv. 1914, p. 129) ayant remplacé le texte de 1887.

(969) Encore récemment : L. nº 2016-925, 7 juill. 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) (*JO* nº 0158, 8 juill. 2016) qui a apporté des modifications substantielles au droit des monuments historiques et au droit des abords. Décrets pris pour son application (en particulier D. nº 2017-456, 29 mars 2017, relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables). L'ordonnance nº 2005-1128 du 8 sept. 2005, relative aux monuments historiques et aux espaces protégés avait réformé le droit des autorisations de travaux sur monument historique classé ou inscrit en s'articulant avec le droit de l'urbanisme.

Nous présenterons successivement la protection :
- des monuments historiques, classés et inscrits (**Chapitre I**) ;
- des abords des monuments historiques (**Chapitre II**) ;
- des sites patrimoniaux remarquables (**Chapitre III**) ;
- des immeubles labellisés Fondation du patrimoine (**Chapitre IV**).

Nous avons choisi de consacrer des développements à des travaux courants, le ravalement (**Chapitre V**).

Nous ne pourrons traiter tous les aspects fiscaux de cette protection, et envisagerons uniquement de manière succincte celle relative à la transmission à titre gratuit (**Chapitre VI**).

CHAPITRE I La protection des monuments historiques

3344 Le droit français comporte deux niveaux de protection des immeubles au titre des monuments historiques :
- classement pour les immeubles dont la conservation présente, du point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public (970) ;
- inscription pour les immeubles qui présentent un intérêt d'histoire ou d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation (971).

Les procédures de classement et d'inscription des immeubles sont fixées par le Code du patrimoine.

3345 **– En chiffres** (972)**. –** Sur plus de 43 000 immeubles protégés, près d'un tiers sont « classés » et deux tiers « inscrits ». Plus de la moitié des immeubles classés ou inscrits appartient à des personnes publiques. Les habitations représentent 34 % des immeubles.

3346 **– Classement. –** Les immeubles classés sont :
- les monuments mégalithiques, les terrains qui renferment des stations ou gisements préhistoriques ;
- les immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager, assainir ou mettre en valeur un immeuble classé au titre des monuments historiques ;
- les immeubles figurant sur la liste publiée au *Journal officiel* du 18 avril 1914 ;
- les immeubles ayant fait l'objet d'arrêtés ou de décrets de classement, conformément aux dispositions de la loi du 30 mars 1887.

3347 **– Déclassement. –** Lorsque la conservation d'un immeuble est menacée, l'autorité administrative peut notifier au propriétaire, par décision prise sans formalité préalable, une instance de classement au titre des monuments historiques. À compter du jour où l'autorité administrative notifie au propriétaire une instance de classement au titre des monuments historiques, tous les effets du classement s'appliquent de plein droit à l'immeuble visé. Ils cessent de s'appliquer si la décision de classement n'intervient pas dans les douze mois de cette notification (973).

(970) C. patr., art. L. 621-1.
(971) C. patr., art. L. 621-5.
(972) *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, *Patrimoine architectural et urbain. - Monuments historiques. - Mesures de protection*.
(973) C. patr., art. L. 621-7.

Le déclassement total ou partiel d'un immeuble classé est prononcé par décret en Conseil d'État, soit sur la proposition de l'autorité administrative, soit à la demande du propriétaire (974).

– Publicité du classement et de l'inscription. – Les décisions de classement ou de déclassement sont publiées par le ministre chargé de la culture au bulletin officiel du ministère. Les arrêtés d'inscription ou de radiation d'inscription sont publiés au recueil des actes administratifs de la préfecture de région. **3348**

La liste des immeubles classés, déclassés, inscrits ou radiés au cours d'une année est publiée au *Journal officiel* de la République française avant l'expiration du premier semestre de l'année suivante.

Les décisions de classement ou d'inscription, de déclassement ou de radiation d'inscription sont publiées par les soins du préfet de région au fichier immobilier de la situation de l'immeuble classé ou inscrit.

Le classement ou l'inscription doit, comme toute servitude d'utilité publique, être notifié au maire et, le cas échéant, au président de l'EPCI qui l'annexe au plan local d'urbanisme, et il est mentionné dans les certificats d'urbanisme. Le classement produit des effets à l'égard du propriétaire et des tiers à raison de la servitude des abords (975).

– Effets. – Les effets du classement ou de l'inscription au titre des monuments historiques suivent l'immeuble ou la partie d'immeuble en quelque main qu'il passe (976). **3349**

– Exécution d'office de travaux. – L'autorité administrative peut faire exécuter, par les soins de son administration et aux frais de l'État, avec le concours éventuel des intéressés, les travaux de réparation ou d'entretien qui sont jugés indispensables à la conservation des monuments classés au titre des monuments historiques n'appartenant pas à l'État (977). **3350**

Indépendamment des dispositions qui précèdent, lorsque la conservation d'un immeuble classé au titre des monuments historiques est gravement compromise par l'inexécution de travaux de réparation ou d'entretien, l'autorité administrative peut, après avis de la Commission nationale du patrimoine et de l'architecture, mettre en demeure le propriétaire de faire procéder auxdits travaux, en lui indiquant le délai dans lequel ceux-ci devront être entrepris et la part de dépense qui sera supportée par l'État, laquelle ne pourra être inférieure à 50 %. La mise en demeure précisera les modalités de versement de la part de l'État. La mise en demeure est notifiée au propriétaire. Si ce dernier en conteste le bien-fondé, le tribunal administratif statue sur le litige et peut, le cas échéant, après expertise, ordonner l'exécution de tout ou partie des travaux prescrits par l'administration. Le recours au tribunal administratif est suspensif (978).

Faute par le propriétaire de se conformer soit à la mise en demeure s'il ne l'a pas contestée, soit à la décision de la juridiction administrative, l'autorité administrative peut (979) :

- soit exécuter d'office les travaux ;
- soit poursuivre l'expropriation de l'immeuble au nom de l'État.

(974) C. patr., art. L. 621-8.
(975) *JCl. Collectivités territoriales*, Fasc. 1170-20.
(976) C. patr., art. L. 621-29-5.
(977) C. patr., art. L. 621-11.
(978) C. patr., art. L. 621-12.
(979) C. patr., art. L. 621-13.

Si les travaux sont exécutés d'office, le propriétaire peut solliciter l'État d'engager la procédure d'expropriation. L'État fait connaître sa décision sur cette requête, qui ne suspend pas l'exécution des travaux, dans un délai de six mois au plus et au terme d'une procédure fixée par décret en Conseil d'État.

Si l'autorité administrative a décidé de poursuivre l'expropriation au nom de l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public peut décider de se substituer à l'État comme bénéficiaire, avec l'accord de cette autorité, sans préjudice de l'application de l'article L. 621-15 du Code du patrimoine.

En cas d'exécution d'office, le propriétaire est tenu de rembourser à l'État le coût des travaux exécutés par celui-ci, dans la limite de la moitié de son montant. La créance ainsi née au profit de l'État est recouvrée suivant la procédure applicable aux créances de l'État étrangères à l'impôt et aux domaines, aux échéances fixées par l'autorité administrative qui pourra les échelonner sur une durée de quinze ans au plus, les sommes dues portant intérêt au taux légal à compter de la notification de leur montant au propriétaire (980).

Éventuellement saisi par le propriétaire et compte tenu des moyens financiers de celui-ci, le tribunal administratif pourra modifier, dans la même limite maximale, l'échelonnement des paiements. Toutefois, en cas de mutation de l'immeuble à titre onéreux, la totalité des sommes restant dues devient immédiatement exigible à moins que l'autorité administrative ait accepté la substitution de l'acquéreur dans les obligations du vendeur. Les droits de l'État sont garantis par une hypothèque légale inscrite sur l'immeuble à la diligence de l'État. Le propriétaire peut toujours s'exonérer de sa dette en faisant abandon de son immeuble à l'État (981).

Ledit article L. 621-15 prévoit que pour assurer l'exécution des travaux urgents de consolidation dans les immeubles classés au titre des monuments historiques ou des travaux de réparation ou d'entretien faute desquels la conservation des immeubles serait compromise, l'autorité administrative, à défaut d'accord avec les propriétaires, peut, s'il est nécessaire, autoriser l'occupation temporaire de ces immeubles ou des immeubles voisins. Cette occupation est ordonnée par un arrêté préfectoral préalablement notifié au propriétaire et sa durée ne peut en aucun cas excéder six mois. En cas de préjudice causé, elle donne lieu à une indemnité qui est réglée dans les conditions prévues par la loi du 29 décembre 1892, relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics.

3351 – Expropriation. – L'autorité administrative peut toujours poursuivre au nom de l'État l'expropriation d'un immeuble déjà classé au titre des monuments historiques ou soumis à une instance de classement, en raison de l'intérêt public qu'il offre au point de vue de l'histoire ou de l'art. Les collectivités territoriales ont la même faculté. Cette possibilité est également ouverte à l'égard des immeubles dont l'acquisition est nécessaire pour isoler, dégager, assainir ou mettre en valeur un immeuble classé au titre des monuments historiques ou soumis à une instance de classement ou qui se trouvent situés dans le champ de visibilité d'un tel immeuble (982).

L'expropriation peut également être poursuivie en cas d'exécution d'office dans les conditions indiquées ci-avant.

À compter du jour où l'autorité administrative notifie au propriétaire d'un immeuble non classé au titre des monuments historiques son intention d'en poursuivre l'expropriation, tous les effets du classement s'appliquent de plein droit à l'immeuble visé. Ils cessent de

(980) C. patr., art. L. 621-14, al. 1er.
(981) C. patr., art. L. 621-14, al. 2.
(982) C. patr., art. L. 621-18.

s'appliquer si la déclaration d'utilité publique n'intervient pas dans les douze mois de cette notification. Lorsque l'utilité publique a été déclarée, l'immeuble peut être classé au titre des monuments historiques sans autres formalités par décision de l'autorité administrative. À défaut de décision de classement, l'immeuble demeure néanmoins provisoirement soumis à tous les effets du classement, mais cette sujétion cesse de plein droit si, dans les trois mois de la déclaration d'utilité publique, l'administration ne poursuit pas l'obtention du jugement d'expropriation (983).

3352 **– Imprescriptibilité des immeubles classés. –** Nul ne peut acquérir de droit par prescription sur un immeuble classé au titre des monuments historiques (984). En revanche, ces dispositions ne sont pas applicables aux bâtiments inscrits au titre des monuments historiques (985).

3353 **– Servitudes sur les immeubles classés. –** Les servitudes légales qui peuvent causer la dégradation des monuments ne sont pas applicables aux immeubles classés au titre des monuments historiques. Aucune servitude ne peut être établie par convention sur un immeuble classé sans l'agrément de l'autorité administrative (986).

3354 **– Aliénation. –** Les effets du classement ou de l'inscription au titre des monuments historiques suivent l'immeuble ou la partie d'immeuble en quelque main qu'il passe (987).

Quiconque aliène un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques est tenu de faire connaître au futur acquéreur l'existence du classement ou de l'inscription. Toute aliénation d'un immeuble classé ou inscrit doit, dans un délai fixé par voie réglementaire, être notifiée au préfet de région par celui qui l'a consentie (988), à peine d'amende administrative (989).

3355 **– Travaux sur un immeuble classé ou inscrit. –** L'immeuble classé au titre des monuments historiques ne peut être détruit ou déplacé, même en partie, ni être l'objet d'un travail de restauration, de réparation ou de modification quelconque, sans autorisation de l'autorité administrative (990). Ces travaux autorisés s'exécutent sous le contrôle scientifique et technique des services de l'État chargés des monuments historiques.

Lorsque l'immeuble **classé ou inscrit** au titre des monuments historiques est situé dans un site classé, l'autorisation prévue par l'article L. 621-9 tient lieu de l'autorisation prévue aux articles L. 341-7 et L. 341-10 du Code de l'environnement, si l'autorité administrative chargée des sites a donné son accord (991).

3356 **– Travaux sur un immeuble classé. –** Lorsque le projet porte sur un immeuble classé au titre des monuments historiques, l'autorisation prévue au premier alinéa de l'article L. 621-9 du Code du patrimoine dispense de permis de construire, de permis d'aménager, de permis de démolir ou de déclaration préalable dès lors que la décision a fait l'objet d'un accord de l'autorité compétente pour statuer sur les demandes de permis de construire (992). En

(983) C. patr., art. L. 621-19.
(984) C. patr., art. L. 621-17.
(985) Cass. 3e civ., 11 déc. 2013, no 12-11.519 : *Bull. civ.* 2013, III, no 162.
(986) C. patr., art. L. 621-16.
(987) C. patr., art. L. 621-29-5.
(988) C. patr., art. L. 621-29-6.
(989) C. patr., art. L. 642-1 : amende dont le montant ne peut excéder 6 000 € pour une personne physique et 30 000 € pour une personne morale.
(990) C. patr., art. L. 621-9.
(991) C. patr., art. L. 621-9, issu de Ord. no 2017-651, 27 avr. 2017, art. 4.
(992) C. urb., art. L. 425-5.

revanche, un permis de construire est nécessaire au titre des travaux portant sur les parties non classées d'un immeuble (993).

L'immeuble classé au titre des monuments historiques ne peut être détruit ou déplacé, même en partie, ni être l'objet d'un travail de restauration, de réparation ou de modification quelconque, sans autorisation de l'autorité administrative. Ces travaux s'exécutent sous le contrôle scientifique et technique des services de l'État chargés des monuments historiques (994).

Les articles R. 621-11 à R. 621-17 du Code du patrimoine précisent les modalités d'application en ce qui concerne notamment les travaux concernés.

3357 – Travaux sur des immeubles inscrits. – Tous les travaux portant sur un immeuble ou une partie d'immeuble inscrit au titre des monuments historiques sont soumis à permis de construire (995), à l'exception des travaux d'entretien ou de réparations ordinaires et des travaux répondant aux conditions prévues à l'article R. 421-8 du Code du patrimoine (996).

Aucune modification de l'immeuble ou partie de l'immeuble inscrit ne peut être réalisée sans que les propriétaires aient, quatre mois auparavant, avisé le préfet de région de leur intention et indiqué les travaux qu'ils se proposent de réaliser (997). La décision accordant le permis ou la décision de non-opposition ne peut intervenir sans l'accord du préfet de région lorsque les constructions ou les travaux envisagés sur les immeubles inscrits au titre des monuments historiques sont soumis à :

- permis de construire ;
- permis de démolir ;
- permis d'aménager ;
- déclaration préalable.

Les autres travaux envisagés sur les immeubles inscrits au titre des monuments historiques ne peuvent être entrepris sans la déclaration ci-avant visée. L'autorité administrative ne peut s'opposer à ces travaux qu'en engageant la procédure de classement au titre des monuments historiques.

Les travaux sur les immeubles inscrits sont exécutés sous le contrôle scientifique et technique des services de l'État chargés des monuments historiques.

3358 – Travaux de démolition sur des immeubles inscrits. – Les travaux ayant pour objet de démolir ou de rendre inutilisable tout ou partie d'une construction inscrite au titre des monuments historiques doivent être précédés d'un permis de démolir (998).

3359 – Accord ou avis de l'ABF lors des autorisations d'urbanisme(permis de construire, de démolir, d'aménager et déclarations de travaux). – L'accord ou l'avis de l'architecte des Bâtiments de France (ABF) est requis dans les cas suivants :

- immeubles situés dans le champ de visibilité d'un édifice classé ou inscrit (accord) ;
- immeubles situés dans un site inscrit (avis simple, accord exprès pour les démolitions) ;
- immeubles situés dans un site classé ou en instance (avis simple) ;
- immeubles situés dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable ou dans le périmètre des abords d'un monument historique (accord) (999).

(993) CE, 16 déc. 1994, n° 119099, *Théâtre des Champs-Élysées*.
(994) C. patr., art. L. 621-9.
(995) C. urb., art. R. 421-16.
(996) En raison du fait qu'ils nécessitent le secret pour des motifs de sécurité.
(997) C. patr., art. L. 621-27.
(998) C. urb., art. R. 421-28, *b)*.
(999) Par renvoi de l'article L. 621-32 du Code du patrimoine.

CHAPITRE II La protection des abords des monuments historiques

3360 **– Un peu d'histoire. –** « Un chef-d'œuvre isolé est un chef-d'œuvre mort. » Ces mots accompagnaient la présentation par André Malraux au Parlement, en 1962, de son projet de loi sur les « secteurs sauvegardés ». La protection des abords des monuments historiques résulte initialement de la loi du 25 avril 1943 et vise à préserver leur environnement immédiat, pour mieux les mettre en valeur.

3361 **– Abords et urbanisme. –** Le Code de l'urbanisme (1000) pose le principe selon lequel le projet peut être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation, leur architecture, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales.

Les réformes successives (1001) ont souhaité renforcer les liens entre protection patrimoniale et réglementation de l'urbanisme (1002).

Le plan local d'urbanisme doit intégrer les objectifs patrimoniaux. Le règlement peut identifier et localiser les éléments de paysage et identifier, localiser et délimiter les quartiers, îlots, immeubles bâtis ou non bâtis, espaces publics, monuments, sites et secteurs à protéger, à conserver, à mettre en valeur ou à requalifier pour des motifs d'ordre culturel, historique ou architectural et définir, le cas échéant, les prescriptions de nature à assurer leur préservation leur conservation ou leur restauration (1003).

3362 **– Périmètre(s). –** Le « rond bête et méchant » (1004) de cinq cents mètres a vécu. En dernier lieu, la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (dite « loi LCAP ») lui préfère le périmètre « spécifique » et unifie les régimes de périmètre de protection « adapté » et périmètre de protection « modifié » issus de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (dite « loi SRU ») et de l'ordonnance de 2005 (1005) : « Les immeubles ou ensembles d'immeubles qui forment avec un monument historique un ensemble **cohérent** ou qui sont susceptibles de **contribuer** à sa conservation ou à sa mise en valeur sont protégés au titre des abords » (1006).

La protection au titre des abords s'applique à tout immeuble, bâti ou non bâti, situé dans un périmètre délimité par le préfet dans les conditions fixées à l'article L. 621-31 du Code du patrimoine (1007). Ce périmètre peut être commun à plusieurs monuments historiques.

(1000) C. urb., art. R. 111-27 (règlement national d'urbanisme).
(1001) L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU) : *JO* 14 déc. 2000, p. 19777 ; Ord. n° 2005-1128, 8 sept. 2005, relative aux monuments historiques et aux espaces protégés : *JO* 9 sept. 2005, p. 14666 ; D. n° 2007-18, 5 janv. 2007, relatif au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme : *JO* 6 janv. 2007, p. 225 ; L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) : *JO* n° 0158, 8 juill. 2016.
(1002) *JCl. Collectivités territoriales*, Fasc. 1170-30, n^{os} 9 et s.
(1003) C. urb., art. 151-19.
(1004) V. Rapport Séramy, Doc. Sénat, 7 oct. 1982, p. 51, « 32 000 cercles, tous semblables, tracés aussi bien autour d'une cathédrale célèbre que d'un porche en rase campagne, répartis sur toute la France... même forme partout : un cercle, même superficie, même régime ».
(1005) Ord. n° 2005-1128, 8 sept. 2005, relative aux monuments historiques et aux espaces protégés.
(1006) C. patr., art. L. 621-30, I. La loi CAP a créé la notion d'abords des monuments historiques, se substituant à celle de champ de visibilité.
(1007) Et aux articles R. 621-92 à R. 621-95 du Code du patrimoine.

En pratique, le périmètre des abords peut être modifié (1008) sur proposition de l'architecte des Bâtiments de France (ABF). Le préfet de région saisit l'ABF afin qu'il propose un tel périmètre :

- à chaque nouvelle inscription d'un immeuble au titre des monuments historiques (1009) ;
- à chaque adaptation du document local d'urbanisme (1010).

En l'absence de périmètre délimité, la protection au titre des abords s'applique à tout immeuble, bâti ou non bâti (1011) :

- situé à moins de cinq cents mètres du monument historique ;
- visible ou visible en même temps que lui (covisibilité).

La protection au titre des abords :

- s'applique à toute partie non protégée au titre des monuments historiques d'un immeuble partiellement protégé ;
- n'est pas applicable aux immeubles ou parties d'immeubles protégés au titre des monuments historiques ou situés dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable classé (1012).

3363 – Servitude d'utilité publique. – La protection au titre des abords a le caractère de servitude d'utilité publique affectant l'utilisation des sols dans un but de protection, de conservation et de mise en valeur du patrimoine culturel (1013). Ce périmètre de servitude d'utilité publique sera créé à l'issue d'une étude historique, urbaine et paysagère, après enquête publique et accord de l'autorité compétente en matière de plan local d'urbanisme (1014).

3364 – Rationalisation des régimes de protection. – La loi LCAP a encore (1015) souhaité rationaliser les régimes de protection en précisant que la protection au titre des abords n'est pas applicable (1016) :

- aux immeubles ou parties d'immeubles inscrits ou classés au titre des monuments historiques ;
- aux immeubles ou parties d'immeubles situés dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable (SPR).

Lorsqu'un immeuble est protégé au titre des abords, la protection au titre du site inscrit de l'article L. 341-1 du Code de l'environnement n'est plus opposable (1017). En pratique, en cas de cumul, le régime le plus protecteur s'applique.

3365 – Autorisations de travaux. – Les travaux susceptibles de modifier l'aspect extérieur d'un immeuble, bâti ou non bâti, protégé au titre des abords sont soumis à une autorisation préalable. L'autorisation peut être refusée ou assortie de prescriptions lorsque les travaux sont susceptibles de porter atteinte à la conservation ou à la mise en valeur d'un monument historique ou des abords (1018).

(1008) En vue de l'élargir ou de le rétrécir. En pratique, le plus souvent lors de l'élaboration ou la révision des plans locaux d'urbanisme.
(1009) C. patr., art. R. 691-92.
(1010) C. patr., art. R. 621-93.
(1011) C. patr., art. L. 621-30.
(1012) V. Chapitre III.
(1013) C. patr., art. L. 621-30.
(1014) *JCP* A 9 janv. 2017, n° 1, n° 2004.
(1015) L'ordonnance du 8 décembre 2005 avait déjà rationalisé les régimes en supprimant la superposition des régimes des autorisations de travaux (absence d'accord de l'ABF au titre des abords en cas de travaux portant sur un monument historique inscrit ou classé).
(1016) C. patr., art. L. 621-30-II, al. 4.
(1017) C. patr., art. L. 621-30-II, dernier al.
(1018) C. patr., art. L. 621-32.

L'autorisation prévue à l'article L. 621-32 du Code du patrimoine pour les travaux situés aux abords de monuments historiques non soumis à autorisation au titre du Code de l'environnement ou du Code de l'urbanisme est régie par les articles R. 621-96 et suivants du Code du patrimoine. Lorsque le dossier est complet, le silence gardé par le préfet pendant deux mois à compter du dépôt de la demande vaut autorisation en application de l'article L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration. Lorsque le dossier est incomplet, le préfet avise le demandeur, dans un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de la demande, des pièces manquant à son dossier. Dans ce cas, le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter du dépôt de ces pièces. À défaut pour le demandeur de déposer ces pièces auprès du maire dans un délai de trois mois à compter de la réception de cet avis, la demande est réputée rejetée (1019).

L'ABF dispose d'un délai d'un mois à compter de sa saisine pour se prononcer. À défaut, il est réputé avoir donné son accord. S'il estime que le dossier est incomplet, il en avise le préfet, dans le délai de quinze jours à compter de sa saisine. Le préfet fait alors application du deuxième alinéa de l'article R. 621-96-9 ci-avant visé (1020).

3366 Lorsqu'elle porte sur des travaux soumis à formalité au titre du Code de l'urbanisme ou au titre du Code de l'environnement, cette autorisation est délivrée dans les conditions et selon les modalités de recours prévues aux articles L. 632-2 et L. 632-2-1 du Code du patrimoine (1021).

3367 **– Extension du champ d'application des travaux effectués dans un périmètre de protection au titre des abords soumis à autorisation d'urbanisme. –** Le champ d'application des travaux soumis à autorisation dans les secteurs sauvegardés a été étendu aux travaux effectués dans un périmètre de protection au titre des abords, ou dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable (SPR), par la loi LCAP (1022) confirmée par le décret du 29 mars 2017 (1023).

En pratique, sont désormais soumis à autorisation d'urbanisme des travaux et aménagements au seul motif qu'ils sont réalisés sur des immeubles situés dans le périmètre de protection d'un monument historique (au titre des abords ou dans le périmètre d'un SPR). À titre d'exemple, on peut citer les constructions nouvelles répondant aux critères cumulatifs suivants (1024) :

- une hauteur au-dessus du sol inférieure ou égale à 12 mètres ;
- une emprise au sol inférieure ou égale à 20 m² ;
- une surface de plancher inférieure ou égale à 20 m².

Les permis de construire, de démolir et d'aménager, la décision de non-opposition à déclaration préalable, l'autorité environnementale de l'article L. 181-1 du Code de l'environne-

(1019) C. patr., art. R. 621-96-9.
(1020) C. patr., art. R. 621-96-10.
(1021) C. patr., art. L. 521-32.
(1022) Art. 112.
(1023) *Les nouveautés de la loi CAP en matière de patrimoine et d'urbanisme* : *JCP* A 24 juill. 2017, n° 29, 2196.
(1024) C. urb., art. R. 421-11. Art. R. 421-9 : « En dehors du périmètre des SPR, des abords des monuments historiques et des sites classés ou en instance de classement, doivent être précédées d'une déclaration préalable : *a)* Les constructions dont soit l'emprise au sol, soit la surface de plancher est supérieure à cinq mètres carrés et répondant aux critères cumulatifs suivants :
– une hauteur au-dessus du sol inférieure ou égale à douze mètres ;
– une emprise au sol inférieure ou égale à vingt mètres carrés ;
– une surface de plancher inférieure ou égale à vingt mètres carrés ».

ment (1025) ou encore l'autorisation au titre de sites classés de l'article L. 341-10 du même code tiennent lieu de l'autorisation de travaux au titre des **abords** ou du **SPR**, après accord de l'ABF (1026), le cas échéant assorti de prescriptions motivées, reprises dans l'autorisation. Son silence vaut acceptation.

3368 **– Désaccord de l'ABF. –** En cas de désaccord avec l'ABF, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation transmet le dossier accompagné de son projet de décision à l'autorité administrative, qui statue après avis de la commission régionale du patrimoine et de l'architecture (CRPA), et ce pour toutes les autorisations de travaux en SPR (1027) et pour les autorisations au titre des abords soumises à formalité au titre du Code de l'urbanisme ou au titre du Code de l'environnement (1028).

En cas de silence, l'autorité administrative est réputée avoir rejeté ce projet de décision, et par conséquent validé la décision de l'architecte des Bâtiments de France.

3369

Démolitions (1029)

Le permis de démolir n'est requis que dans certaines parties du territoire en vue de la sauvegarde du patrimoine, énumérées par l'article R. 421-28 du Code de l'urbanisme :

« *a)* Située dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable classé en application de l'article L. 631-1 du Code du patrimoine (1030) ;

b) Située dans les abords des monuments historiques définis à l'article L. 621-30 du Code du patrimoine ou inscrits au titre des monuments historiques (1031) ;

c) Située dans le périmètre d'une opération de restauration immobilière définie à l'article L. 313-4 ;

d) Située dans un site inscrit ou un site classé ou en instance de classement en application des articles L. 341-1 et L. 341-2 du Code de l'environnement ;

e) Identifiée comme devant être protégée en étant située à l'intérieur d'un périmètre délimité par un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu en application de l'article L. 151-19 ou de l'article L. 151-23, ou, lorsqu'elle est située sur un territoire non couvert par un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu, identifiée comme présentant un intérêt patrimonial, paysager ou écologique, en application de l'article L. 111-22, par une délibération du conseil municipal prise après l'accomplissement de l'enquête publique prévue à ce même article ».

En revanche (1032), sont dispensées de permis de démolir, et ce même si l'immeuble est compris dans le périmètre d'un SPR ou aux abords d'un monument historique, mais travaux à autorisation du préfet (1033), les démolitions effectuées :

- sur un bâtiment menaçant ruine ;
- ou sur un immeuble insalubre.

En pratique, les maires ne peuvent autoriser la démolition (1034).

(1025) Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janv. 2017, relative à l'autorisation environnementale.

(1026) L'ABF doit s'assurer (*i*) du respect de l'intérêt public attaché au patrimoine, à l'architecture, au paysage naturel ou urbain, à la qualité des constructions et à leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant et (*ii*) le cas échéant, du respect des règles du PSMV ou du PVAP.

(1027) C. patr., art. L. 632-2.

(1028) C. patr., art. L. 621-32, al. 3.

(1029) X. Couton, *Loi Elan et protection du patrimoine : je t'aime, moi non plus !* : *Constr.-Urb.* 2019, étude 2.

(1030) V. Chapitre III.

(1031) V. Chapitre II.

(1032) Application des dispositions des articles R. 421-27 et R. 421-29 du Code de l'urbanisme.

(1033) Sur le fondement des articles R. 621-96 à R. 621-96-17 et D. 632-1 du Code du patrimoine.

(1034) Il faudrait modifier l'article R. 421-29 du Code de l'urbanisme en soumettant à nouveau ces démolitions à permis de démolir.

CHAPITRE III La protection des sites patrimoniaux remarquables (SPR)

Les sites patrimoniaux remarquables, institués par la loi LCAP, correspondent à des espaces de protection du patrimoine urbain et paysager réglementés par un plan de sauvegarde et de mise en valeur et/ou un plan de valorisation du patrimoine et de l'architecture. En pratique, il s'agit de la fusion de trois dispositifs préexistants : **3370**

- les aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine (AVAP) ;
- les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP) ;
- les secteurs sauvegardés.

La loi a entendu valoriser les territoires par la modernisation du droit du patrimoine et la promotion de la qualité architecturale (1035) et protéger au titre des sites patrimoniaux remarquables « les villes, villages ou quartiers dont la conservation, la restauration, la réhabilitation ou la mise en valeur présente, au point de vue historique, architectural, archéologique, artistique ou paysager, un intérêt public » ainsi que « les espaces ruraux et les paysages qui forment avec ces villes, villages ou quartiers un ensemble cohérent ou qui sont susceptibles de contribuer à leur conservation ou à leur mise en valeur » (1036).

– Servitude d'utilité publique. – Le classement au titre des sites patrimoniaux remarquables a le caractère de servitude d'utilité publique affectant l'utilisation des sols dans un but de protection, de conservation et de mise en valeur du patrimoine culturel. **3371**

– Classement. – Les sites patrimoniaux remarquables sont classés : **3372**

- soit par décision du ministre chargé de la culture (1037), après avis de la Commission nationale du patrimoine et de l'architecture (CNPA) (1038) et enquête publique (1039) conduite par le préfet de région, après accord de l'autorité compétente en matière de plan local d'urbanisme s'il n'est pas à l'initiative du classement et, le cas échéant, consultation de la ou des communes concernées ;
- soit à défaut, d'accord de l'autorité administrative compétente en matière de plan local d'urbanisme, de document en tenant lieu ou de carte communale, par décret en Conseil d'État (après avis de la CNPA).

– Plan de sauvegarde et de mise en valeur(PSMV) / Plan de valorisation de l'architecture et du patrimoine (PVAP). – Un PSMV peut être établi sur tout ou partie du site patrimonial remarquable en concertation avec l'architecte des Bâtiments de France (1040). **3373**

(1035) Titre du chapitre 3 de la loi.

(1036) C. patr., art. L. 631-1.

(1037) Les secteurs sauvegardés étaient créés par arrêté préfectoral (C. patr., art. R. 313-1, ancien), et les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP) et aires de mises en valeur de l'architecture et du patrimoine (AVAP) par les collectivités territoriales après accord du préfet (C. patr., art. L. 642-3, ancien).

(1038) La CNPA a été créée par la loi LCAP et est issue de la fusion de la Commission nationale des monuments historiques et de la Commission nationale des secteurs sauvegardés. Mission consultative en matière de création, de gestion et de suivi de servitudes d'utilité publique et de documents d'urbanisme institués dans un but de protection, de conservation et de mise en valeur du patrimoine culturel. Pouvoir de proposer toutes mesures propres à assurer la protection, la conservation et la mise en valeur du patrimoine et de l'architecture. Pouvoir de demander à l'État d'engager une procédure de classement ou d'inscription au titre des monuments historiques ou de classement au titre des sites patrimoniaux remarquables (SPR). Fonction d'évaluation des politiques de protection, de conservation et de mise en valeur du patrimoine culturel. V. *Les nouveautés de la loi CAP en matière de patrimoine et d'urbanisme* : *JCP* A 24 juill. 2017, n° 29, 2196.

(1039) C. patr., art. L. 631-2.

(1040) C. patr., art. L. 631-3.-I.

Il est intégré au plan local d'urbanisme (PLU). À défaut de PLU, un PVAP régi par le nouvel article L. 631-4 du Code du patrimoine sera établi en concertation avec l'architecte des Bâtiments de France également. Les sites patrimoniaux remarquables (SPR) peuvent être gérés par un PSMV ou un PVAP, ou les deux si le PSMV ne couvre qu'une partie du SPR, le PVAP s'appliquant alors à la partie non couverte par le PSMV (1041).

Le PSMV ou le PVAP couvrant le périmètre du site patrimonial remarquable est élaboré, révisé ou modifié en concertation avec l'architecte des Bâtiments de France qui veille à la cohérence du projet de plan avec l'objectif de conservation, de restauration, de réhabilitation et de mise en valeur du site patrimonial remarquable (1042).

3374 **– Régime des travaux. –** La protection au titre des abords des monuments historiques n'est pas applicable aux immeubles ou parties d'immeubles situés dans le périmètre d'un SPR (1043). Dans le périmètre d'un SPR (1044), sont soumis à autorisation préalable du préfet de région (1045) les travaux susceptibles de modifier :

- l'état des parties extérieures des immeubles bâtis, y compris du second œuvre, ou des immeubles non bâtis (*dans tous les cas*) ;
- l'état des éléments d'architecture et de décoration, immeubles par nature ou effets mobiliers attachés à perpétuelle demeure, au sens des articles 524 et 525 du Code civil, lorsque ces éléments, situés à l'extérieur ou à l'intérieur d'un immeuble, sont protégés par le PSMV (*lorsque le SPR est couvert par un PSMV*) ;
- l'état des parties intérieures du bâti, pendant la phase de mise à l'étude du PSMV (*pendant la phase d'étude du PSMV*).

L'autorisation peut être refusée ou assortie de prescriptions lorsque les travaux sont susceptibles de porter atteinte à la conservation ou à la mise en valeur du site patrimonial remarquable.

3375 **– Avis (simple ou conforme) de l'ABF. –** Cette autorisation est, sous réserve de l'article L. 632-2-1 du Code du patrimoine, subordonnée à **l'accord de l'architecte des Bâtiments de France** (1046), le cas échéant assorti de prescriptions motivées. Le permis de construire, le permis de démolir, le permis d'aménager, l'absence d'opposition à déclaration préalable, tiennent lieu de l'autorisation préalable ci-avant visée à l'article L. 632-1 du Code du patrimoine si l'architecte des Bâtiments de France a donné son accord. En cas de silence de l'architecte des Bâtiments de France, cet accord est réputé donné.

Ledit article L. 632-2-1, issu de la loi Elan, dispose que par exception, l'autorisation prévue à l'article L. 632-1 est soumise à **l'avis de l'architecte des Bâtiments de France** (1047) lorsqu'elle porte sur :

1° des antennes relais de radiotéléphonie mobile ou de diffusion du très haut débit par voie hertzienne et leurs systèmes d'accroche ainsi que leurs locaux et installations techniques ;

2° des opérations mentionnées au second alinéa de l'article L. 522-1 du Code de la construction et de l'habitation (traitement des bidonvilles) ;

(1041) *JCP* A 24 juill. 2017, n° 29, 2196. La loi LCAP semble privilégier le recours au PSMV, même s'il s'agit d'une faculté et non d'une obligation.
(1042) C. patr., art. L. 613-1.
(1043) C. patr., art. L. 621-30-II, al. 4.
(1044) Antérieurement, il fallait appliquer le régime des autorisations de travaux applicable au dispositif concerné – abords des monuments historiques, secteurs sauvegardés avec ou sans PSMV, ZPPAUP et AVAP –, ce qui était fort complexe et imposait une ou plusieurs formalités à accomplir ou autorisations.
(1045) C. patr., art. L. 632-1.
(1046) C. patr., art. L. 632-1.
(1047) En cas de silence de l'architecte des Bâtiments de France, cet avis est réputé favorable.

3° des mesures prescrites pour les immeubles à usage d'habitation déclarés insalubres à titre irrémédiable en application de l'article L. 1331-28 du Code de la santé publique ;

4° des mesures prescrites pour des immeubles à usage d'habitation menaçant ruine ayant fait l'objet d'un arrêté de péril pris en application de l'article L. 511-2 du Code de la construction et de l'habitation et assorti d'une ordonnance de démolition ou d'interdiction définitive d'habiter.

L'objectif manifestement recherché est de permettre au maire de passer outre l'avis défavorable de l'ABF pour la démolition (1048) des immeubles présentant un risque. On peut néanmoins s'interroger en ce qui concerne les antennes relais. La lutte contre la fracture numérique semble avoir pris le pas sur la protection du patrimoine.

CHAPITRE IV La protection des immeubles labellisés « Fondation du patrimoine »

3376 Le label de la Fondation du patrimoine reconnaît l'intérêt patrimonial d'un immeuble non protégé (1049). Il peut être octroyé à un immeuble (bâti et non protégé au titre des monuments historiques) pouvant être qualifié de « patrimoine de proximité » rural ou urbain, visible (1050) pour l'essentiel de la voie publique et dont le propriétaire justifie d'un programme de travaux à venir.

Il peut être attribué à tout immeuble non habitable. Pour les biens habitables, peuvent bénéficier du label les immeubles caractéristiques du patrimoine rural ou ceux situés au sein d'un site patrimonial remarquable (SPR).

Il est attribué pour une durée de cinq ans à des propriétaires privés.

3377 Trois types d'édifices sont éligibles :

- les **immeubles non habitables** constituant le « petit patrimoine de proximité », qu'ils soient situés en zone rurale ou urbaine : pigeonniers, lavoirs, fours à pain, chapelles, moulins, *etc.* ;
- les immeubles **habitables ou non** les plus caractéristiques du patrimoine rural : ferme, fermette, grange, petit manoir rural, *etc.* Ceux-ci doivent être situés dans une commune de moins de 2 000 habitants ; ou dans une commune de plus de 2 000 habitants sous réserve de validation du caractère rural par la délégation régionale puis par le siège de la Fondation du patrimoine ;
- les immeubles **habitables** situés dans un site patrimonial remarquable (SPR) (1051).

Les édifices ne doivent en aucun cas être protégés au titre des monuments historiques. Toutefois, le label peut être demandé au titre d'un édifice situé sur le même site qu'un immeuble protégé au titre des monuments historiques.

3378 **– Visibilité depuis la voie publique. –** L'immeuble doit être visible depuis la voie publique. L'appréciation incombe au délégué départemental de la Fondation du patrimoine.

(1048) Ce régime dérogatoire ne peut porter que sur les démolitions.
(1049) C. patr., art. L. 143-2.
(1050) Appréciation du délégué départemental de la Fondation du patrimoine.
(1051) Anciens secteurs sauvegardés, zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP) ou aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine (AVAP).

CHAPITRE V Le ravalement de façade

Section I La réglementation issue du Code de la construction et de l'habitation

3379 Le Code de la construction et de l'habitation prévoit un dispositif applicable à Paris ainsi que dans les communes figurant sur une liste établie par décision de l'autorité administrative, sur proposition ou après avis conforme des conseils municipaux (1052).

Les façades des immeubles doivent être constamment tenues en bon état de propreté. Les travaux nécessaires doivent être effectués au moins une fois tous les dix ans, sur l'injonction qui est faite au propriétaire par l'autorité municipale (1053).

Si, dans les six mois de ladite injonction qui lui est faite, le propriétaire n'a pas entrepris les travaux qu'il prévoit, le maire peut prendre un arrêté en vue de les prescrire. Ledit arrêté est notifié au propriétaire avec sommation d'avoir à effectuer les travaux dans un délai qu'il détermine et qui ne peut excéder un an (1054).

Si l'immeuble est en copropriété, la notification aux copropriétaires est valablement faite au seul syndicat des copropriétaires pris en la personne du syndic qui doit en informer sans délai chaque copropriétaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Cette procédure est également applicable lorsque les travaux, entrepris dans les six mois de l'injonction, n'ont pas été terminés dans l'année qui la suit. L'arrêté municipal est de même notifié au propriétaire, avec sommation d'avoir à terminer les travaux dans le délai qu'il détermine (1055).

Dans le cas où les travaux n'ont pas été exécutés dans le délai imparti par ladite sommation, le maire peut, sur autorisation du président du tribunal de grande instance statuant comme en matière de référé, les faire exécuter d'office, aux frais du propriétaire. Le montant des frais est avancé par la commune. Il est recouvré comme en matière d'impôts directs. Les réclamations sont présentées, instruites et jugées comme en matière d'impôts directs (1056).

Section II La réglementation issue du Code de l'urbanisme

3380 La réglementation des autorisations administratives en matière de ravalement de façade relève du jeu de piste (1057), sauf pour les monuments historiques classés ou inscrits pour lesquels un permis de construire est requis (1058).

Le Code de l'urbanisme prévoit que :

- doivent être précédés d'une déclaration préalable lorsqu'ils ne sont pas soumis à permis de construire en application des articles R. 421-14 à R. 421-16 les travaux exécutés sur des

(1052) CCH, art. L. 132-2.
(1053) CCH, art. L. 132-1.
(1054) CCH, art. L. 132-3.
(1055) CCH, art. L. 132-4.
(1056) CCH, art. L. 132-5.
(1057) V. Zalewski-Sicard, *Le ravalement de façade et l'ABF : petite histoire d'application du droit de l'urbanisme : Constr.-Urb.* juin 2019, n° 6.
(1058) C. patr., art. R. 621-11, tous travaux sauf d'entretien et de réparation ordinaire des immeubles inscrits.

constructions existantes, à l'exception des travaux d'entretien ou de réparations ordinaires, et les changements de destination des constructions existantes suivants (1059) :
a) Les travaux ayant pour effet de modifier l'aspect extérieur d'un bâtiment existant, à l'exception des travaux de ravalement.

- Lorsqu'ils ne sont pas soumis à permis de construire en application des articles R. 421-14 à R. 421-16, les travaux de ravalement doivent être précédés d'une déclaration préalable dès lors qu'ils sont effectués sur tout ou partie d'une construction existante située :
a) Dans le périmètre d'un **site patrimonial remarquable** classé en application de l'article L. 631-1 du Code du patrimoine ou dans les **abords** des monuments historiques définis à l'article L. 621-30 du même code.
En pratique, cela impose de rechercher si périmètre a été délimité, dans les conditions prévues à l'article L. 621-31 du Code du patrimoine (1060).
À défaut de périmètre délimité, conformément à l'article L. 621-30 du Code du patrimoine, la protection au titre des **abords** s'applique à tout immeuble, bâti ou non bâti :
– situé à moins de 500 mètres du monument historique ;
– et visible ou visible en même temps que lui.
L'appréciation de cette visibilité / covisibilité n'est point aisée (1061). Il appartient à l'architecte des Bâtiments de France de l'apprécier (1062) ; cela impose la transmission du dossier par le service d'urbanisme à l'ABF pour avis, ce qui majore le délai d'instruction de droit commun prévu par l'article R. 423-23, d'un mois (1063).
b) Dans un site inscrit ou dans un site classé ou en instance de classement en application des articles L. 341-1, L. 341-2 et L. 341-7 du Code de l'environnement.
c) Dans les réserves naturelles ou à l'intérieur du cœur des parcs nationaux délimités en application de l'article L. 331-2 du même code.
d) Sur un immeuble protégé en application de l'article L. 151-19 ou de l'article L. 151-23 du présent code.
e) Dans une commune ou périmètre d'une commune où le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme a décidé de soumettre, par délibération motivée, les travaux de ravalement à autorisation.

CHAPITRE VI La fiscalité de la transmission à titre gratuit des monuments historiques

Pour l'application des articles 829, 860 et 922 du Code civil, lorsqu'un immeuble classé ou **3381**
inscrit au titre des monuments historiques, transmis par donation ou succession, est affecté

(1059) C. urb., art. R. 421-17.
(1060) X. Couton, *Loi Elan et protection du patrimoine : je t'aime, moi non plus !* : *Constr.-Urb.* 2019, étude 2.
(1061) La visibilité doit être appréciée à partir de tous les points normalement accessibles du monument conformément à sa destination ou à son usage (CE, 20 janv. 2016, n° 365987 : *JurisData* n° 2016-000580 ; *JCP* A 2016, 2232, D. Tasciyan).
(1062) CE, 4e et 1re ss-sect. réunies, 14 avr. 1976, n° 97807 : *Rec. CE* 1976, tables p. 728. – CE, 8e et 3e ss-sect. réunies, 12 mars 2007, n° 275287 : *JurisData* n° 2007-071583 ; *Constr.-Urb.* 2007, comm. 87 ; *BJDU* 2/2007, p. 130, concl. P. Colin, obs. L. Touvet. Sur la prise en compte de cette jurisprudence : G. Godfrin, *Des périmètres de protection intelligents autour des monuments historiques* : *Constr.-Urb.* 2007, comm. 192.
(1063) C. urb., art. R. 423-24.

d'une clause d'inaliénabilité, l'évaluation de l'immeuble est diminuée des charges, y compris d'entretien, nécessaires à sa préservation durant toute la durée de la clause (1064).

Cette disposition permet de prendre en compte les charges à venir afférentes au monument pour fixer la valeur lors du règlement de la succession, pour évaluer le rapport ou fixer la masse de calcul servant à asseoir la réserve successorale.

3382 L'article 795 A du Code général des impôts exonère de droits de mutation à titre gratuit les biens immeubles par nature ou par destination qui sont, pour l'essentiel, classés ou inscrits au titre des monuments historiques, ainsi que les biens meubles qui en constituent le complément historique ou artistique, dès lors que les héritiers, les donataires ou les légataires ont souscrit avec le ministre chargé de la culture, après avis conforme du ministre chargé du budget, une convention à durée indéterminée prévoyant le maintien dans l'immeuble des meubles exonérés et leurs conditions de présentation, les modalités d'accès du public ainsi que les conditions d'entretien des biens exonérés, conformément à des dispositions types approuvées par décret (1065).

En cas de non-respect des règles fixées par cette convention, les biens exonérés sont soumis aux droits de mutation sur la base de leur valeur au jour où la convention n'est pas respectée ou de la valeur déclarée lors de la donation ou du décès si cette valeur est supérieure et aux taux auxquels ils auraient été soumis lors de leur transmission.

Ces dispositions s'appliquent, dans les mêmes conditions, aux parts des sociétés civiles qui détiennent en pleine propriété et gèrent lesdits biens et dont les revenus sont imposés dans la catégorie des revenus fonciers.

Ces sociétés doivent être constituées uniquement entre personnes parentes en ligne directe ou entre frères et sœurs, leurs conjoints et, le cas échéant, les enfants de ces différentes personnes. Les parts de ces sociétés doivent rester la propriété de ces personnes ou de leurs descendants.

L'exonération de ces parts ne s'applique qu'à concurrence de la fraction de leur valeur nette qui correspond aux biens mentionnés au premier alinéa. Elle est, par ailleurs, subordonnée aux conditions suivantes :

a) les parts doivent être détenues depuis plus de deux ans par le donateur ou le défunt lorsque celui-ci les a souscrites ou acquises à titre onéreux ;

b) les parts doivent rester la propriété du donataire, héritier ou légataire pendant un délai de cinq ans à compter de la date de la transmission à titre gratuit. Lorsque cette condition n'est pas respectée, les droits sont rappelés, majorés de l'intérêt de retard visé à l'article 1727 du Code général des impôts ;

c) les bénéficiaires de la mutation à titre gratuit doivent prendre l'engagement d'adhérer à la convention mentionnée au premier alinéa qui aura été signée entre la société civile et le ministre chargé de la culture.

(1064) C. patr., art. L. 621-29-7.

(1065) M. Dagot, *Le règlement d'une succession comportant un monument historique et la pratique notariale* : *JCP* N 1988, I, p. 369 et s.

Protéger les droits

Président :
Cyrille FARENC
Notaire à Saint-Martin-en-Haut

Rapporteur :
Julie SEVE
Notaire à Francheville

INTRODUCTION

« Aimer le droit, dans son obsession de protéger l'être. » (1) **4001**

– Protéger : d'un besoin social à un impératif du droit. – Si la notion de protection revêt une dimension éminemment sociale, avec le souci et la recherche d'apporter le plus grand soin et la plus grande bienveillance aux plus vulnérables, mais aussi à leurs proches ainsi qu'aux droits essentiels attachés au logement, elle constitue également une revendication à dimension juridique. Comme aimait à le souligner Mazeaud, « plus encore que de justice, nous avons besoin de vivre en sécurité » (2), la sécurité étant elle-même à la source de toute vie en collectivité en assurant notamment le développement de relations constitutives de toute vie sociale. Dès lors, le souci de protéger doit être regardé comme « le but final et ultime du droit » (3) au point – souvent – de « se confondre avec la notion de droit elle-même » (4). Protéger consiste donc en une notion fondamentale pour le bon fonctionnement de toute société ; facteur de stabilité pour la vie sociale en ce qu'elle apporte la quiétude dans les relations familiales et contractuelles, mais également en ce qu'elle conditionne l'exercice des droits des citoyens ainsi que le développement économique, elle constitue l'un des fondements de tout État de droit : en cela, elle est un impératif du droit. **4002**

– Protéger par le droit. – Par l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité du droit – lesquelles forment les composantes de la sécurité juridique (5) –, le droit répond à ce besoin de protéger les individus, à travers des situations sociales, juridiques et économiques plurielles : ainsi, par l'accessibilité au droit, les sujets de droit doivent tout d'abord être en mesure de connaître et comprendre le droit applicable pour leur permettre d'agir en toute connaissance de cause ; par ailleurs, le droit doit être respectueux des situations juridiques des individus qu'il ne doit pas déjouer ; enfin, un droit instable risque de ruiner l'attente des sujets de droit et leur confiance même dans le droit. Dès lors, et tout comme la sécurité juridique, le souci de protéger apparaît comme une notion composite d'éléments divers qui transcendent le cloisonnement des matières comme des branches du droit et « irrigue l'ensemble de notre droit » (6). **4003**

– Protéger *les* droits. – Si la notion de protéger est donc consubstantielle à la notion de droit – *lato sensu* –, ce dernier devra garantir « les droits » des individus, pris en tant qu'accords et manifestations de volonté destinés à produire des effets de droit, pour reprendre la définition des actes juridiques désormais posée à l'article 1100-1 du Code civil. Protéger les droits va donc tout d'abord consister à s'assurer que l'acte juridique conclu l'a été à la lumière d'un consentement éclairé – à l'abri des humeurs versatiles et de relations contractuelles et économiques déséquilibrées – pour permettre aux parties contractantes **4004**

(1) H. Lécuyer, *Devoirs de rentrée d'un juriste* : *Defrénois* 2019, n° 35, p. 1.
(2) H. Mazeaud, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1945, t. 1, *La lésion dans les contrats*, Dalloz, 1946, p. 198.
(3) H. Battifol, *La philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 10e éd. 997, p. 86.
(4) S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. de thèses », vol. 1, 2001, n° 64, p. 156.
(5) V. 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2016, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 1re commission, p. 39, n° 1053, par Th. Gruel et C. Farenc.
(6) A. Cristau, *L'exigence de sécurité juridique* : *D.* 002, p. 2814.

d'atteindre l'objectif qu'elles se sont assigné. De même, protéger les droits répond également au besoin de s'assurer du caractère incontestable de l'accord conclu et de sa force inébranlable. Partant, protéger les droits consistera également à veiller à l'opposabilité de cet accord de volonté à l'égard des tiers afin qu'il puisse être doté de sa pleine efficacité : en effet, pour pouvoir exercer son droit, encore faut-il que son titulaire puisse le prouver et que les tiers le reconnaissent pleinement. Enfin, protéger les droits imposera de veiller à la bonne exécution de la convention en garantissant notamment le créancier d'une obligation en cas d'inexécution de son débiteur.

4005 – Le formalisme comme mode d'accompagnement de la volonté des parties contractantes. – Dans cette quête de protection, une réponse a été portée dans notre droit à travers le développement du formalisme. Si nul ne nie qu'un acte juridique ne peut naître sans qu'une volonté ne soit préalablement manifestée, la réalisation d'un accord de volonté, d'un acte ou d'un contrat peut parfois être soumise à des exigences formelles. Bien souvent défini de manière négative, par opposition au consensualisme, le formalisme désigne alors une exigence de forme qui consiste à subordonner la validité d'un acte à l'accomplissement d'une ou de plusieurs formalités déterminées. Souvent présenté comme un modèle concurrent à la liberté contractuelle, le formalisme tend en réalité à servir la protection des parties contractantes, en ajoutant à la volonté plus qu'il ne la concurrence. En effet, si la souplesse contractuelle – indispensable à la fluidité des échanges et des relations – est une préoccupation majeure, elle ne doit pas pour autant remettre en question une aspiration tout aussi indispensable au bon fonctionnement de toute relation contractuelle : la protection de la partie dite « vulnérable », « non sachante », ou en position de faiblesse. Dès lors, et dans ce souci de protéger la liberté contractuelle – laquelle ne suppose pas une absence totale de forme, mais une liberté des formes (7) –, le formalisme accompagne le cycle de vie de l'accord de volontés en prévoyant – çà et là – des règles de forme spécifiques pouvant conditionner sa validité, sa preuve ou son opposabilité. En imposant ainsi une solennité, la loi entend que l'auteur de l'acte, ou les contractants, prennent toute la mesure de leur engagement, qu'ils en mesurent la portée, la gravité ou encore l'étendue. C'est aujourd'hui ce souhait de protection qui conduit le législateur à placer le notaire au cœur des solennités.

4006 – L'authenticité : le formalisme aux solennités les plus abouties. – Si, dans les pays de *common law*, les parties contractantes font confiance au juge pour assurer la protection de la conclusion, de l'équilibre et de l'exécution de leur accord de volonté, tel n'est pas le cas dans les pays de droit continental ou, bien souvent, le recours à l'institution judiciaire est vécu comme un constat d'échec. La réponse apportée dans ces pays de culture romano-germanique réside dans le recours à l'authenticité, et à la forme suprême des solennités : l'acte authentique. Cet acte, dressé par une autorité publique, garantit l'expression libre et éclairée des volontés, écarte l'imprévisibilité des situations futures, garantit la preuve indiscutable des engagements pris, et assure la conservation des conventions tout en permettant l'exécution sans jugement préalable du débiteur défaillant qui tente d'échapper à la prévision du contrat. L'authenticité incarne donc la protection et la sécurité juridiques, et les réformes successives n'y changent rien « tant les liens entre le notariat et ce droit dont l'origine se mêle à la genèse du vieux continent sont consubstantiels » (8). Acte instrumentaire à nul autre pareil, l'acte authentique tend ainsi à assurer et favoriser le développement de relations familiales, patrimoniales et plus largement contractuelles pérennes, mâtinées de confiance et de certitude. L'acte authentique revêt donc une dimension sociale considérable,

(7) Y. Jeanclos, *Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *Hommages à G. Boulvert*, Nice, éd. Université de Nice, 1987, p. 333 et s.

(8) J.-F. Sagaut, *Avant-propos* : JCP N 15 janv. 2016, n° 2, dossier « Le notaire en 2016 », p. 1006.

tout en répondant à un formalisme rigoureux, contrepartie du statut d'officier public du notaire, détenteur d'une parcelle de l'autorité de l'État et tenu à des devoirs importants (**Partie I**).

4007 **– Développement d'un formalisme conditionnant l'efficacité des droits. –** Il est pour autant à relever que, ces dernières années, un formalisme d'information et d'opposition s'est développé dans cette dynamique de recherche de protection des droits des contractants, rajoutant au traditionnel formalisme de l'acte authentique. Le droit de la consommation en est certainement un domaine topique. Ainsi, dans certains contrats, des délais de réflexion et/ou de rétractation, des mentions obligatoires – parfois manuscrites – sont imposés afin de renforcer la vocation informative, voire explicative que peut déjà avoir le formalisme lié à la nature de l'acte authentique. Dès lors, outre le formalisme ayant pour vocation de promouvoir la protection contractuelle des parties à l'acte en imposant une forme spécifique d'acte instrumentaire, il conviendra de relever l'émergence d'un formalisme complémentaire – dont on peut redouter les frais, la surabondance et parfois l'efficacité – venant conditionner l'efficience de l'acte (**Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE

Le formalisme lié à la nature de l'acte juridique

TITRE I

L'exigence d'un acte authentique comme mode de protection du consentement

Si le statut d'officier public porte en lui la mission essentielle de protéger les rapports juridiques et contractuels (**Chapitre I**), l'acte authentique apparaît comme la solennité la plus aboutie pour veiller au consentement éclairé des parties contractantes (**Chapitre II**). **4008**

CHAPITRE I Un statut au service de la protection des contractants

De tout temps, l'homme a ressenti le besoin de sécuriser et protéger, de manière préventive, ses rapports juridiques et contractuels en souhaitant les doter d'un caractère incontestable. L'esprit d'initiative, on le sait, se nourrit de certitude et de confiance. Ainsi, se marier, acquérir un logement, avoir des enfants, toutes les grandes décisions qui ponctuent la vie d'un homme ou d'une femme, toutes celles qui engagent durablement leur avenir imposent des points d'appui indiscutables et indéfectibles sur lesquels ils puissent fonder leurs actions. **4009**

Aux XIe et XIIe siècles en Italie du Nord – avant de se propager dans la France méridionale puis dans l'ensemble du Royaume – apparut le concept d'authenticité (9). Aux côtés des juridictions contentieuses classiques naissait une juridiction volontaire ou gracieuse, tout d'abord assurée par les magistrats eux-mêmes avant d'être confiée au notariat public dont les actes se verront progressivement reconnaître, à l'instar des jugements, la foi publique et la force exécutoire. À l'époque, plusieurs facteurs ont favorisé le développement de cette institution : le recours croissant à l'écrit, notamment pour remédier aux inconvénients du témoignage, le développement de l'usage du sceau, ou encore la renaissance juridique du XIIIe siècle. Mais, surtout, sa réussite répond à un fort besoin de protéger les rapports contractuels au vu de l'expansion économique et de la multiplication des échanges à l'époque médiévale. Les personnes privées cherchèrent alors à établir d'une manière définitive et incontestable leurs conventions sur des documents que le juge soit dans l'obligation de recevoir comme preuve sauf à démontrer leur fausseté.

Cette recherche de sécurité juridique dans les rapports contractuels justifie qu'encore aujourd'hui notre système de droit continental – qui fait de la Justice une prérogative régalienne – structure notre État de droit autour de deux formes (10) : d'une part, la Justice des tribunaux investis de pouvoirs juridictionnels pour trancher les conflits et, d'autre part, une Justice amiable, dispensée préventivement grâce au service public de l'authenticité et assumée à titre exclusif par les notaires en vertu de la délégation d'autorité publique dont ils sont investis.

(9) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, Doc. fr., 2e éd. 2013, no 16, p. 34.

(10) J.-F. Sagaut, *Le notaire et la déjudiciarisation, XXVIIes Rencontres Notariat-Université, Journée Jean Derrupé* : *JCP* N 2018, no 14, p. 23.

Dès lors, il conviendra de revenir sur cette notion de juridiction de l'amiable, afin d'en déterminer les contours, pour constater qu'elle est protectrice d'un équilibre contractuel (**Section I**), en s'appuyant notamment sur un devoir de conseil singulier, protecteur du consentement des contractants (**Section II**).

Section I Une juridiction de l'amiable protectrice de l'équilibre contractuel

4010 Si importante que soit la mission qui lui est dévolue dans l'organisation des rapports sociaux et la recherche de protection dans les rapports contractuels, l'authenticité, disons-le, souffre d'un certain déficit d'intérêt qui pourrait procéder plus fondamentalement d'un déficit de connaissance, nécessitant que l'on s'y arrête pour mieux en prendre la véritable mesure (**Sous-section I**) ; car si l'authenticité est une institution remontant aux XI^e^ et XII^e^ siècles, elle n'en demeure pas moins toujours aujourd'hui une réponse sérieuse et efficace face aux nouvelles attentes du législateur et de la société civile et juridique (**Sous-section II**).

Sous-section I Une administration non judiciaire de la règle de droit

4011 Si l'authenticité est un instrument permettant d'assurer la protection des rapports entre individus et d'évitement des litiges, il conviendra d'en définir le concept (**§ I**) pour comprendre que la mission assignée aux notaires d'assurer l'efficacité des actes qu'ils reçoivent, à travers le contrôle de légalité des actes, est inhérente à la fonction d'authentification (**§ II**).

§ I De la notion d'authenticité

4012 **– Un besoin social d'authenticité. –** Comme nous l'avons rappelé en préambule, le désir d'entreprendre nécessite de la certitude et de la confiance. Ces besoins, indispensables au développement des relations sociales mais également économiques, sont une préoccupation centrale à laquelle doit répondre le système juridique. Le droit n'est pas l'apanage du contentieux qui ne trouverait l'occasion de se réaliser que dans les prétoires. Il est aussi – et peut-être surtout – un mode d'administration non contentieux des rapports humains. Pour cette raison, l'État doit non seulement faire usage de son autorité pour résoudre les litiges entre personnes privées, mais également s'efforcer de leur procurer les moyens de développer des relations pacifiées et sûres, au moyen d'un outil qui leur permette de construire durablement leurs relations familiales et patrimoniales. Les instruments juridiques de la sécurité et de la prévisibilité sont nombreux et variés. Parmi ceux-ci, dans les pays d'Europe continentale et de nombreux autres pays au monde, figure un outil traditionnel et toujours vif : l'acte authentique.

4013 **– Éclairage historique. –** L'histoire confirme que c'est bien le besoin d'une plus grande protection dans les rapports entre personnes privées qui a justifié l'apparition de l'acte authentique. L'authenticité a accompagné le développement des relations sociales privées ; de là, l'idée selon laquelle l'acte authentique est un acte préventif signe d'une juridiction gracieuse, fonction d'abord exercée par les magistrats puis confiée au notariat public (11). Progressivement, à l'époque médiévale, se construit une théorie générale de l'acte authen-

(11) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., n° 17, p. 35.

tique qui s'appuie sur la distinction fondamentale entre actes publics « tirant leur autorité de la qualité de leur auteur, tiers impartial institué à cet effet par la puissance publique » (12), et actes privés, établis entre particuliers et dépourvus d'une telle autorité. Dès la fin du XIII[e] siècle, l'acte authentique est intégré à la catégorie plus large des actes publics, actes émanant d'une autorité publique (13).

4014 **– La singularité du système juridique de droit continental. –** Si, dans les systèmes de *common law*, le caractère central de l'institution judiciaire conduit tout naturellement à faire du juge l'organe principal d'administration et d'exécution du droit, tel n'est pas le cas dans les pays de tradition civiliste où il n'est pas envisageable de penser qu'il faut obligatoirement recourir au juge pour imposer une règle de droit à des rapports entre individus. Une telle conception est parfaitement légitime en cas de survenance d'un litige, lequel doit alors être tranché par l'office du juge. Mais l'activité judiciaire ne pourrait, à elle seule, résumer toutes les manifestations du contrôle qu'exerce l'autorité publique de l'application de la loi dans les relations privées ; l'acte authentique en est une autre, qui présente justement l'originalité de se manifester en dehors de tout procès (14). Aussi, alors que l'intervention du juge se manifeste toujours par un contrôle *a posteriori* de la règle de droit (15), l'authenticité permet au contraire l'application concrète, effective et impartiale de la règle de droit avant même tout litige, écartant de ce fait les occasions d'un litige ultérieur. Comme le précisait Hébraud, « la règle juridique est une proposition abstraite ; elle se réalise, dans la vie concrète, à travers l'activité des assujettis, qu'elle guide et oriente. Mais ce passage de l'un à l'autre terme comporte souvent des intermédiaires, toutes les autorités, de fait ou de droit, qui participent à la vie sociale ; c'est ce qu'Hauriou appelait, dans une acception très large, l'administration du droit » (16). Parmi ces « autorités » non judiciaires de l'administration du droit, Hébraud classait entre autres les notaires, qu'il rangeait, au même titre que le juge, comme un organe qui, au nom de l'État, assure l'application effective des règles de droit dans les relations sociales (17). Dès lors, on comprend mieux la présentation récurrente du notaire sous les traits d'un magistrat de l'amiable, investi du ministère de la juridiction volontaire.

4015 **– Une institution méconnue et mal comprise. –** Pour autant, si l'authenticité est une institution séculaire familière aux juristes continentaux, force est de constater et de reconnaître qu'elle souffre aujourd'hui d'un réel déficit d'intérêt, pour ne pas dire d'une méconnaissance de son statut et de ses missions. Comment justifier qu'une telle institution, présentée comme l'un des principaux rouages du modèle juridique romano-germanique (18), soit aussi peu connue et mal comprise tant du grand public que des parlementaires (19) ? Elle est pourtant une « pièce essentielle de notre culture juridique

(12) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., p. 13.
(13) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., n° 20, p. 44.
(14) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., n° 65, p. 97.
(15) C. Cambier, *Au-delà et en deçà de la juridiction*, in *Mél. en l'honneur de J. Dabin*, t. II, Sirey, 1963, p. 453 et s., spéc. p. 457-458, à propos du juge : « Préposé à la sauvegarde, en cas de conflit, de la règle positive, son action ne peut aller au-delà ».
(16) P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in *Mél. offerts à P. Couzinet*, Toulouse, 1975, p. 329 et s., spéc. n° 3, p. 333.
(17) P. Hébraud, *op. cit.*, *loc. cit*.
(18) Par opposition aux pays de *common law* qui, par tradition, rejettent l'authenticité ou tout instrument comparable au nom de la liberté du juge d'apprécier la valeur des preuves qui lui sont présentées.
(19) Ch. Gijsbers, *La place de l'authentique dans la réforme du droit des obligations* : *JCP* N 2017, n° 17, p. 22.

continentale » (20) ou, pour reprendre les termes d'un rapport commandé par le Parlement européen, « la pierre angulaire de la justice préventive dans les pays de droit civil » (21). Cependant, si essentielle qu'elle soit au fonctionnement de notre système juridique, l'authenticité ne semble pas toujours comprise dans son fondement ni même complètement maîtrisée dans ses applications pratiques, au point qu'un auteur évoquait récemment une « crise d'identité » de l'acte authentique (22).

C'est donc certainement la méconnaissance de ce que recouvre la notion d'authenticité et l'ignorance des fonctions sociales et économiques de l'acte authentique qui peuvent expliquer les interrogations des pouvoirs publics sur le monopole des notaires (23) et plus largement sur l'utilité du notariat. À cela s'ajoutent les projets et rapports visant à fusionner les professions du droit, pour jeter le trouble dans des esprits déjà bien confus, ne comprenant alors plus l'utilité et la singularité de toutes ces professions juridiques. Rappelons ici le projet contenu dans la lettre de mission du Président de la République en date du 30 juin 2008 à Me Darrois qui visait « à créer en France une grande profession du droit et préciser les formes que cette profession pourrait prendre, en conciliant l'indépendance nécessaire à l'exercice des droits de la défense avec les exigences propres à la réalisation de mission d'intérêt général » (24). On ne reviendra pas également sur la méfiance de la Commission européenne qui, depuis des années, pousse à la suppression des réglementations nationales de l'exercice des professions juridiques dans lesquelles elle ne voit que des entraves illégitimes à la libre prestation de services (25). Aussi, à l'heure où l'authenticité remporte de remarquables succès d'acclimatation auprès des puissances économiques nouvelles ou émergentes et qu'elle accède enfin à une reconnaissance et une circulation égales à celles des jugements dans les instruments européens, on ne peut que regretter que les autorités du continent l'ayant vu naître fassent preuve d'autant de méfiance et d'incompréhension à son égard.

4016 – Travaux de la commission sur l'authenticité. – Le rapport Darrois, en 2009, avait abouti au rejet de la fusion des professions juridiques, consacrant ainsi expressément « l'utilité de l'acte authentique » (26), sans pour autant s'en expliquer. Dès lors, les travaux de la commission de réflexion sur l'authenticité présidée par le professeur Laurent Aynès étaient très attendus. La qualité de ces travaux doit être soulignée et a été saluée par la doctrine (27) puisque ceux-ci n'ont pas consisté en une énième étude sur les effets et les attributs de l'acte authentique, à savoir sa force probante, sa force exécutoire et l'attribution d'une date certaine. Sous l'éclairage de l'histoire du droit et dans une démarche évolutive,

(20) M. Grimaldi, *L'acte d'avocat. Première vue sur un art. de l'avant-projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées* : *Defrénois* 2010, art. 39071, p. 389 et s. – J. Rioufol et F. Rico, *Le notariat*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3e éd. 2004, p. 106 : « L'acte authentique est l'une des pierres angulaires du système juridique français, hérité de la civilisation latine ».

(21) CNUE, *Étude comparative sur les actes authentiques*, no IP/C/JURI/IC/2018-019, 2008.

(22) P. Murat, *Rapport de synthèse*, in *L'acte notarié : rédaction et réception* : *JCP* N 2012, 1062, p. 60 et s.

(23) Cons. UE, Recomm. 29 mai 2013 : Doc. COM (2013), 360 final, pt 13. – Sur la liberté d'établissement et la condition de nationalité : CJUE, 24 mai 2011 : *JCP* G 2011, 661, F. Picod.

(24) Lettre de mission du Président de la République, 30 juin 2008, annexée au rapport Darrois, Doc. fr., avr. 2009.

(25) Ch. Brenner, *Authenticité, droit de la famille : libres propos sur la déréglementation* : *JCP* N 2014, no 41.

(26) Rapport Darrois, préc., p. 9 : « L'utilité de l'acte authentique, qui ne peut, par nature, être confié qu'à des délégataires de l'autorité publique, ne devait pas être remise en cause. Elle doit néanmoins être à l'avenir justifiée, plus qu'elle ne l'est aujourd'hui, par des motifs stricts d'intérêt général ».

(27) M. Mekki, *Voyage au pays de l'authenticité - Quelques réflexions à partir du rapport de la commission présidée par le professeur Laurent Aynès* : *JCP* N 2013, no 41.

la commission a choisi de faire la lumière sur la structure de l'acte authentique, structure qui ne peut être comprise qu'en introduisant l'acte authentique dans une certaine conjoncture politique, économique et sociale. Aussi, et dans un souci de clarification, les travaux de la commission concluaient notamment à l'impérieuse nécessité de définir de manière substantielle et fonctionnelle l'authenticité, cause d'une des incompréhensions par le grand public de la profession notariale. Comme l'avait déjà indiqué Flour il y a plus de quarante ans, « un principe de saine méthode veut qu'il y ait toujours concordance logique entre la définition d'une notion juridique et les effets qui lui sont attachés par la loi : il faut que les effets soient commandés et justifiés par la définition » (28). Autrement dit, « il faut donc débuter par définir, si l'on ne veut pas finir par buter » (29).

4017 **– Recherche d'une définition de la notion d'authenticité. –** Si le Code civil, à l'article 1369 (30), décrit le processus d'authentification – intervention d'un officier public compétent qui reçoit un acte selon certaines solennités –, il n'explique pas pourquoi ce processus conduit à l'authenticité, si bien que celle-ci « semble nimbée d'un mystère propre à alimenter le soupçon d'artifice » (31). Plutôt qu'une vraie définition, on tient là un simple descriptif du processus d'authentification. À dire vrai, le texte se borne à livrer la « recette » de l'authenticité sans en décrire le résultat : l'acte authentique en lui-même. Or c'est certainement cette absence de définition qui justifie l'alimentation d'une certaine mystique de l'authenticité, régulièrement présentée comme un formalisme « magique » dont les privilèges (force exécutoire, force probante et date certaine) ne seraient pas rationnellement fondés (32).

Définir l'authenticité et l'acte authentique

La commission sur l'authenticité propose de retenir une définition substantielle de l'acte authentique, tendant à cerner au plus près l'essence de l'authenticité : « **L'acte authentique est un acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par l'autorité publique** » (33). Une telle définition, qui permet de désigner une grande variété d'actes, conduit à distinguer les actes authentiques par nature (actes du notaire, actes de l'état civil, de l'huissier de justice, du greffier, du commissaire-priseur judiciaire...) et ceux auxquels la loi confère certains attributs de l'authenticité pour des raisons purement pratiques ou fonctionnelles (actes administratifs, sentences arbitrales, acte du juge...).

Quant à la définition de l'acte notarié, nous retiendrons celle proposée par le 111e Congrès des notaires de France (34) : « **L'acte notarié est un acte authentique qui, rédigé, daté, signé et conservé par une autorité publique ayant pour mission d'intérêt général le conseil des parties et la préconstitution de la preuve de leurs engagements, oblige son auteur à en garantir la validité et l'efficacité, est pourvu d'une force probante éminente et force exécutoire** ».

(28) J. Flour, *Sur une notion nouvelle de l'authenticité* : *Defrénois* 1972, art. 30159, p. 977 et s.
(29) G. Elgozy, *L'esprit des mots ou l'antidictionnaire*, Denoël, 1981, Avertissement, p. 15.
(30) Dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit du régime général et de la preuve des obligations.
(31) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., p. 13.
(32) Ch. Gijsbers, *La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations*, préc., p. 22.
(33) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., p. 13.
(34) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 1re commission, p. 160, par Th. Gruel et C. Farenc.

4018 Un auteur (35) a pu regretter qu'à l'occasion de la réforme du droit des contrats, les rédacteurs de l'ordonnance n'aient pas saisi l'occasion de proposer une véritable définition de l'acte authentique – l'ordonnance reprenant a peu de chose près, dans la nouvelle rédaction de l'article 1369 du Code civil, celle de l'ancien article 1317 – prenant appui sur les travaux de la commission présidée par le professeur Aynès ou sur ceux du 111e Congrès des notaires de France. De même, la doctrine (36) et la pratique notariale (37) ont estimé qu'il eût été également envisageable, à l'occasion de cette même réforme du droit des contrats, de modifier la dénomination de l'acte authentique en ressuscitant une terminologie plus ancienne mais certainement plus juste, celle « d'acte public » ou « d'acte sous signature publique ». En effet, dans un souci de pédagogie, une tout autre terminologie permettrait à chacun de percevoir la différence entre ce qui est privé et ce qui est public, et de pressentir qu'il s'y attache des effets différents. Aussi, dans tous les systèmes juridiques, la distinction entre ce qui relève d'une création purement privée et ce qui émane d'une autorité publique est connue. Dès lors, en recourant à ce nouveau vocable, il deviendrait une évidence qu'il s'y attache des effets que les autres actes ne pourront jamais avoir, spécialement dans le domaine de l'exécution forcée.

4019 **– Acte authentique, acte de l'autorité publique. –** De la définition qui précède, retenons que l'authenticité est la rencontre d'un homme et d'un acte. Cet homme, c'est l'officier public qui agit dans ses attributions et qui réceptionne un acte rédigé dans le respect de certaines solennités. L'officier public « dresse » l'acte authentique : il n'est pas un simple guichet d'enregistrement, ni plus qu'un simple « témoin privilégié ». Réceptionner n'est pas qu'un simple acte réceptif ou « déclaratif » rendant compte du passé, c'est aussi et surtout un acte « constitutif » qui prépare l'avenir (38). En outre, l'officier public a l'obligation de conserver et d'archiver les actes ou les faits passés et de garantir ainsi leur avenir. À l'heure où règnent une dispersion des centres de pouvoirs, une déterritorialisation des actions et une complexité croissante des montages, la traçabilité des actes est une donnée fondamentale. Enfin, l'acte authentique, à raison de son auteur, n'est autre qu'un acte émanant de l'autorité publique : le notaire, en sa qualité d'officier public, opère au nom de la puissance publique. Il faut de nouveau l'affirmer clairement : ce qui conduit la loi à conférer à l'acte authentique des attributs remarquables, c'est la présence de l'officier public, et son statut qui le conduit à exercer une mission légale et non contractuelle. Pour preuve, le lien entre ces prérogatives et le caractère public de l'acte est explicitement soutenu par l'article 1 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui vise dans la même phrase « les officiers publics » et « les actes de l'autorité publique ». Mais l'intervention de l'officier public lors de la régularisation d'un acte authentique permet aussi de s'assurer de la régularité de fond de l'acte qu'il dresse : on parle alors du contrôle de légalité de l'officier public.

§ II Le contrôle de légalité ou l'obligation d'assurer l'efficacité des actes reçus

4020 Si le contrôle de légalité auquel est tenu le notaire découle de la mission inhérente à sa fonction d'authentification (**A**), il conviendra d'en déterminer l'étendue et les contours (**B**).

(35) Ch. Gijsbers, *La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations*, préc., p. 22.
(36) Ch. Gijsbers, *La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations*, préc., p. 22.
(37) O. Herrnberger, *Pourquoi parle-t-on encore d'acte « authentique » ?* : *JCP* N 2018, no 49, p. 7.
(38) M. Mekki, *Voyage au pays de l'authenticité - Quelques réflexions à partir du rapport de la commission présidée par le professeur Laurent Aynès* : *JCP* N 2013, no 41.

A/ Une mission inhérente à la fonction d'authentification

– Le notaire agent de la légalité. – Comme on l'a très justement écrit, le notaire « ne se contente pas d'enregistrer : il fabrique l'acte, en façonne le contenu » (39). Mais, plus encore qu'un acte dressé et rédigé par l'officier public, l'acte authentique est surtout un acte *vérifié* par lui. Par le terme « vérifié », pris en son sens étymologique, c'est-à-dire « faire autorité », « se faire fort » ou « se porter garant », il faut comprendre que la mission d'authentification d'un acte qui pèse sur le notaire consiste à garantir la véracité du contenu de l'acte et assurer la fiabilité de ce qui y est énoncé. C'est là d'ailleurs la signification profonde de la notion d'acte public, ou acte doté de la *foi publique* : un acte sur lequel le public peut s'appuyer car ce qu'il relate a été vérifié et correspond à la réalité. Mais la foi publique dont l'acte authentique est crédité ne doit pas s'entendre uniquement dans sa vertu probatoire. Elle implique également un contrôle des données de droit, c'est-à-dire que la règle de droit a été correctement appliquée dans l'acte. Ainsi le notaire doit procéder à un véritable contrôle de légalité de l'acte qu'il instrumente en étant tenu de recevoir des actes réguliers, en la forme et au fond, conférant ainsi auxdits actes non seulement une incontestabilité factuelle, mais aussi une incontestabilité juridique qui permet sinon d'éviter, du moins de diminuer les contestations judiciaires dont il pourrait faire l'objet. Dès lors, outre sa dimension probatoire, l'acte authentique revêt également une dimension normative puisqu'il est l'acte dans lequel l'application de la règle de droit a été assurée et vérifiée et qui peut donc s'insérer avec certitude dans l'ordonnancement juridique. Cette dimension, rarement soulignée, révèle certainement l'officier public sous son vrai visage, qui n'est pas simplement celui d'un « témoin privilégié » des événements qui se produisent sous ses yeux, mais aussi et surtout celui d'un agent de la légalité des actes qu'il reçoit et dont il doit garantir, au nom de l'État, l'harmonieuse insertion dans l'ordre juridique. **4021**

– Une mission distincte du devoir de conseil. – Une distinction doit ici être opérée entre le devoir de conseil qui pèse, avec plus ou moins de force, sur le rédacteur d'actes juridiques, du contrôle de légalité qui relève de la mission d'authentification. En effet, si le devoir de conseil tend à éclairer les parties sur la portée de l'engagement qu'elles envisagent de prendre, le contrôle de légalité, quant à lui, poursuit un tout autre but. Il n'a pas pour fonction de permettre aux parties d'accomplir un choix éclairé, mais celle d'assurer objectivement la conformité de l'acte aux prescriptions de l'ordre juridique dans lequel il est destiné à s'insérer ou, pour reprendre la formule de Loret, de « remettre en harmonie la loi particulière qu'il crée par son acte avec les lois générales qui doivent le régir » (40). **4022**

L'authentification au service de l'intérêt général : la police de la légalité

Ce n'est donc plus tant l'intérêt des parties qui domine l'activité d'authentification du notaire que l'intérêt général ; c'est celui d'une correcte application de la règle de droit dans les relations sociales. Les notaires assurent ici, de par leur statut d'officier public, une mission que nous pourrions qualifier de « police juridique » ou de « police de la légalité » permettant la rédaction de conventions équilibrées, établies dans le plus strict respect de la loi, sans risque de fraude et sans risque de porter atteinte aux droits des tiers. Dès lors, on comprend parfaitement certaines formules de la jurisprudence qui font ressortir que « le rôle du notaire est non seulement de conseiller et guider les parties, mais aussi de leur faire respecter la loi » (41).

(39) P. Murat, *Rapport de synthèse*, in *L'acte notarié : rédaction et réception*, préc., n° 9, p. 61.
(40) Loret, *Éléments de la science notariale*, t. I, Paris, 1807, p. 82.
(41) Cass. 1re civ., 12 mai 1958 : *Bull. civ.* 1958, I, n° 233.

Cette distinction permet par ailleurs de comprendre que le notaire est tenu de procéder à des vérifications que l'on ne songerait pas imposer avec la même acuité à un rédacteur d'acte sous seing privé. On comprend également pourquoi l'acte authentique est imposé par le législateur pour certaines opérations particulièrement susceptibles de porter atteinte aux intérêts d'autrui : on pense au privilège de prêteur de deniers (42), à la subrogation conventionnelle par le débiteur (43) ou encore à la publicité foncière (44). Ainsi, c'est parce que l'acte authentique fait l'objet d'un contrôle éminemment scrupuleux de sa régularité au fond, parce que le notaire procède à une vérification minutieuse de l'origine de propriété des biens transmis et, plus largement, de la solidité du titre (45), que le décret du 4 janvier 1955 a voulu restreindre l'accès aux registres publics (46).

4023 – Un devoir d'efficacité et d'investigation. – Aussi, pour assurer cette mission de contrôle de la légalité des actes qu'il reçoit, la jurisprudence met à la charge du notaire un devoir d'efficacité. Les illustrations sont nombreuses : les juges décident que le notaire a le devoir « d'assurer l'efficacité des actes » qu'il rédige (47), « l'exactitude et l'efficacité des actes de son ministère » (48), ou encore de « s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes » (49). En somme, c'est dire que le notaire doit, en toute hypothèse, effectuer les recherches et investigations personnelles utiles afin de s'assurer que les parties à l'acte atteignent l'objectif qu'elles se sont fixé grâce à l'acte rédigé, et ce tout en veillant à ce que l'acte instrumenté soit juridiquement valable et efficace. En somme, le notaire doit s'informer pour informer. Dès lors, le notaire se doit d'être curieux et vigilant, ce qui justifie, en cas d'incohérence ou d'insuffisance des informations disponibles, qu'il procède à des investigations supplémentaires. Cette exigence d'efficacité et de sécurité impose ainsi au notaire de rechercher la volonté des parties, de prendre toutes les initiatives nécessaires et de se renseigner avec précision afin de déceler les obstacles juridiques qui pourraient s'opposer à l'efficacité de l'acte qu'il instrumente. Ici, le soupçon oblige le notaire à un « devoir de curiosité » (50).

(42) C. civ., art. 2374, 2°.
(43) C. civ., art. 1346-2.
(44) C. civ., art. 710-1.
(45) Cass. 1re civ., 15 nov.1988, n° 86-13.306 : « L'officier public appelé à rédiger en la forme authentique un acte de vente a l'obligation de faire des recherches complètes sur l'origine de propriété du bien vendu et sur les charges dont il peut se trouver grevé et notamment de vérifier l'étendue et la nature des droits réels pesant sur le bien immobilier cédé, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'une parcelle de terrain à bâtir, sans s'arrêter aux déclarations des parties dont il lui appartient de vérifier la sincérité ».
(46) Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. III, n° 213, p. 81 : « Cette intervention forcée des notaires répond à une véritable nécessité pour la rénovation de notre système de publicité personnelle qui n'aurait pu fonctionner si les conservateurs des hypothèques n'avaient bénéficié de la coopération des notaires. Professionnellement responsables de la régularité et de la validité des actes qu'ils reçoivent, les notaires ont dû, pour les aliénations immobilières ou constitutions d'hypothèque, se soucier du point de savoir si celui qui vend ou hypothèque est bien propriétaire. De là, dans tous les actes notariés, une « origine de propriété, et ce n'est peut-être grâce à elles, que l'on peut ensuite rechercher à la conservation des hypothèques, dans la masse des documents classés par ordre chronologique, quelles formalités ont été accomplies du chef des propriétaires successifs d'un immeuble déterminé ».
(47) Cass. 1re civ., 21 janv.1997, n° 94-18.958 : *JurisData* n° 1997-000275.
(48) CA Aix-en-Provence, 9 juin 1992 : *JurisData* n° 1992-045054.
(49) Cass. 1re civ., 18 janv. 1978, n° 76-13.046 : *Bull. civ.* 1978, I, n° 28. – Cass. 1re civ., 24 févr. 1998, n° 95-21.473 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 73.
(50) M. Mekki, *La responsabilité professionnelle des notaires : une rigueur raisonnable* : *Dr. et patrimoine* janv. 2019, n° 287, p. 21.

B/ Les contours du contrôle de légalité

4024 Le contrôle de légalité auquel les notaires sont tenus, réside avant tout dans l'interdiction faite aux notaires d'instrumenter des actes qui violeraient la loi ou porteraient atteinte à l'intérêt des tiers (**I**). Mais il consiste également en une somme de vérifications de données, de droit et de fait, pour permettre à l'acte de produire tous ses effets (**II**).

I/ L'interdiction d'instrumenter des actes contraires à la loi ou passés en fraude des droits des tiers

4025 **– Les limites à l'obligation d'instrumenter. –** Les notaires, investis du pouvoir d'authentifier, sont normalement obligés de prêter leur ministère aux parties qui les requièrent. Pour autant, la loi et la jurisprudence décident que le devoir du notaire « lui impose de refuser d'instrumenter lorsqu'il est requis de recevoir un acte illicite » (51), de même qu'elles lui interdisent de recevoir un acte dressé en violation des droits des tiers (52). Encore faut-il, dans ces dernières hypothèses, que le notaire ait eu connaissance du caractère illicite ou attentatoire aux droits des tiers ou, ce qui revient au même, qu'il n'ait pu légitimement ignorer ce caractère. À défaut, l'interdiction d'instrumenter perdrait toute justification puisqu'elle obligerait le notaire à répondre d'une nullité ou d'une fraude qu'il n'aurait pu prévenir. En revanche, en cantonnant l'interdiction d'instrumenter au seul cas de la connaissance par le notaire du vice affectant l'acte, la jurisprudence se trouve justifiée par l'idée que le notaire étant au service du droit, il ne doit en aucune manière se rendre complice de sa violation en conférant la foi publique à un acte qui bafoue la règle de droit. Enfin, l'officier public ne doit pas seulement s'abstenir de prêter la main à des actes manifestement illicites ou frauduleux ; il doit aussi, de manière positive, s'efforcer d'instrumenter des actes pleinement réguliers, en la forme et au fond, à peine d'engager sa responsabilité.

II/ Les vérifications opérées par le notaire

a) Les vérifications des données de droit

4026 L'acte reçu par un notaire doit être conforme en tous points à la législation en vigueur, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence. Ainsi le notaire doit s'assurer que la réglementation applicable aux actes qu'il dresse est pleinement respectée, notamment au regard de la législation administrative ou fiscale. C'est pourquoi il doit notamment veiller à ce que les conditions d'application d'un dispositif fiscal soient réunies si les parties ont porté à la connaissance de ce dernier leur volonté de s'y conformer (53). De même, en matière de vente immobilière, le notaire se transforme en véritable agent de contrôle du respect de la législation sur les termites, l'amiante, le plomb, le contrôle de l'installation intérieure électrique ou de gaz, les délais de rétractation, la protection de l'emprunteur, les droits de préemption, *etc.* Ce devoir de compétence est parfaitement reçu par la jurisprudence puisque la Cour de cassation a décidé, dans un arrêté rendu le 25 novembre 1997 (54), que les « éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne [pouvaient]

(51) Cass. 1re civ., 12 mai 1958 : *Bull. civ.* 1958, I, no 233 ; *D.* 1958, somm. 144 ; *JCP* N 1959, II, 10954, note P. Espagno au sujet de la cession d'un bail rural en violation de l'art. 25 de la loi du 131 avr. 1946 (V. aujourd'hui C. rur. pêche marit., art. L. 411-35).

(52) Cass. 1re civ., 5 mars 2002 : *Bull. civ.* 2002, I, no 81 ; *Defrénois* 2002, art. 37607, no 73, obs. Aubert.

(53) Le notaire est susceptible d'engager sa responsabilité s'il omet de vérifier que l'immeuble était achevé à la date à laquelle il instrumentait, la date d'achèvement étant une condition de l'obtention de l'avantage fiscal, V. Cass. 1re civ., 10 avr. 2008, no 07610.107.

(54) Cass. 1re civ., 25 nov. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, no 328 ; *D.* 1998, inf. rap. p. 7 ; *RTD civ.* 1998, p. 210, obs. N. Molfessis.

s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention ». Aussi, et pour mener à bien la mission qui est la sienne, et notamment connaître et maîtriser le droit positif – d'origine européenne ou nationale – en perpétuelle évolution, un décret du 3 octobre 2011 (55) a posé le principe d'une formation professionnelle continue pour les notaires pour assurer le perfectionnement de leurs connaissances. Cela se traduit notamment par une obligation de formation continue de trente heures au cours de l'année civile ou de soixante heures au cours des deux années consécutives.

b) Les vérifications des données de fait

i - La vérification de l'état des parties

4027 **– Identité et capacité des parties contractantes. –** L'article 5 du décret du 26 novembre 1971 fait obligation aux notaires de vérifier l'identité et l'état civil des parties contractantes « par la production de tous documents justificatifs » (56). Cette obligation est aujourd'hui renforcée par les obligations de vigilance imposées par le dispositif antiblanchiment Tracfin. Dès lors, une règle de préséance veut que soit présenté, au titre des documents écrits probants, un document d'identité comportant une photo afin d'éviter toute substitution de personnes (57). Rappelons par ailleurs que l'article L. 561-8 du Code monétaire et financier fait aujourd'hui expressément interdiction au notaire de rédiger l'acte et de poursuivre toute relation d'affaire s'il n'a pas été en mesure d'identifier son client. La vérification de l'identité des parties va également de pair avec la vérification de la capacité de celles-ci, au moyen notamment d'un extrait de naissance ou de la consultation du *Bodacc* destinée à révéler l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du vendeur. À cet égard, la Cour de cassation rappelle que le notaire est tenu « de vérifier, par toutes investigations utiles, spécialement lorsqu'il existe une publicité légale aisément accessible, les déclarations faites en son nom et qui, par leur nature ou leur portée juridique, conditionnent la validité ou l'efficacité de l'acte qu'il dresse » (58) ; elle tempère pour autant le devoir d'investigation du notaire en précisant que « pour vérifier l'existence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du vendeur, le notaire est tenu de consulter des publications légales mais non de procéder à des investigations sur internet » (59).

4028 **– Troubles mentaux. –** L'article 3.2.3 du règlement national interdit au notaire de prêter son ministère aux personnes qui ne lui paraissent pas jouir de leur libre arbitre. Ainsi le notaire doit s'assurer de la santé mentale des personnes à l'acte qu'il reçoit, ce qui n'est pas toujours chose aisée, si l'on excepte les hypothèses des individus bénéficiant d'un régime légal de protection. La jurisprudence n'engage toutefois la responsabilité du notaire que s'il existait des circonstances particulières permettant de mettre en doute les facultés mentales du client. En d'autres termes, « le notaire n'est pas tenu de vérifier l'état psychologique d'un contractant lorsque aucun indice ne permet de suspecter ses facultés mentales » (60). Le notaire se trouve dès lors investi d'un devoir d'appréciation de l'opportunité de son intervention. Le trouble mental dont pourrait être affecté le client devra ainsi être manifeste pour constituer un motif légitime de refus d'instrumenter.

(55) D. n° 2011-1230, 3 oct. 2011, relatif à la formation professionnelle continue de certaines professions judiciaires ou juridiques réglementées : *JO* n° 0231, 5 oct. 2011, p. 16833.
(56) D. n° 71-941, 26 nov. 1971, art. 5, relatif aux actes établis par le notaire.
(57) V., pour un exemple de substitution de personne ayant entraîné la responsabilité du notaire, Cass. 1re civ., 6 févr. 2009 : *Bull. civ.* 2009, I, n° 45 cité par J. de Poulpiquet *in JCl. Notarial Formulaire*, V° *Responsabilité notariale*, Fasc. 3, spéc. n° 20.
(58) Cass. 1re civ., 8 janv. 2009, n° 07-18.780, FS-P+B : *JurisData* n° 2009-046447.
(59) Cass. 1re civ., 28 nov. 2008, n° 17-31.144, F-PB.
(60) Cass. 1re civ., 24 févr. 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 73. – Cass. 1re civ., 8 févr. 1999, n° 97-10.317.

– Domicile du vendeur. – Le notaire est par ailleurs tenu de procéder à la vérification du domicile du vendeur (61). Il doit notamment, lorsqu'une partie vend sa propriété, s'enquérir de l'adresse de son futur logement. Citons à cet égard un arrêt de la Cour de cassation (62) déclarant responsable un notaire de n'avoir pas effectué cette recherche qui lui aurait permis de découvrir que le vendeur venait de s'installer dans la maison de retraite dans laquelle travaillait l'acquéreur, circonstance qui a entraîné la nullité de la vente (63)... **4029**

ii - La vérification des origines de propriété et du statut du bien

– Origine de propriété. – Les mutations immobilières faisant partie intégrante du domaine réservé du notaire, la jurisprudence fait preuve d'une grande sévérité à l'encontre des notaires qui doivent, ici plus encore qu'en d'autres matières, assumer et assurer leur fonction sécuritaire. Ainsi le notaire est donc dans l'obligation de faire « des recherches complètes sur l'origine de propriété du bien vendu » (64). À cet effet, le notaire ne peut en aucun cas se retrancher derrière les affirmations d'un précédent acte authentique pour échapper à sa responsabilité, si la désignation du bien s'avère finalement imparfaite (65), ou s'il apparaît ultérieurement que le vendeur n'avait pas la qualité de propriétaire (66). C'est dire que les notaires doivent, en toute hypothèse, effectuer les recherches et investigations personnelles utiles afin de s'assurer que l'acquéreur ne souffre pas de risque d'éviction. La vérification doit se faire principalement au moyen de l'étude des titres du vendeur et de l'établissement d'une origine de propriété trentenaire. **4030**

– Servitudes et état du bien. – Si le notaire doit garantir l'absence de risque d'éviction, il doit également veiller à ce que le bien puisse satisfaire les mobiles révélés par les parties contractantes. Aussi le notaire doit s'assurer que le bien vendu, notamment au regard des règles d'urbanisme (67), ne s'opposera pas à l'usage que souhaitent en faire les parties. Cette exigence implique en particulier que le notaire s'enquière, au titre de son devoir d'investigation, de l'existence éventuelle de servitude sans se contenter des seules déclarations du vendeur (68). Par ailleurs, et au-delà des servitudes, le notaire doit « (...) vérifier la situation de l'immeuble au regard des exigences administratives ». Ainsi un notaire est responsable de l'annulation d'un permis de construire dès lors qu'il n'a pas donné aux acquéreurs des informations primordiales sur les caractéristiques du terrain alors que, d'une part, il disposait de ces informations et que, d'autre part, il ne pouvait ignorer que « les caractéristiques du bien relatives à la constructibilité et à son environnement étaient déterminantes de la décision d'achat » de ses clients (69). **4031**

(61) D. nº 71-941, 26 nov. 1971, art. 5, relatif aux actes établis par le notaire.
(62) Cass. 1re civ., 30 oct. 2008, nº 07-18.531, FD : *JurisData* nº 2008-045631.
(63) C. civ. ancien, art. 1125-1, al. 1er : « Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement ».
(64) Cass. 3e civ., 30 janv. 1973 : *Bull. civ.* 1973, III, nº 80. – Cass. 3e civ., 3 mai 1983 : *Bull. civ.* 1983, III, nº 136. – Cass. 1re civ., 15 nov. 1988, nº 86-13.306.
(65) Cass. 3e civ., 30 janv. 1973 : *Bull. civ.* 1973, III, nº 80.
(66) Cass. 1re civ., 12 févr. 2002 : *Bull. civ.* 2002, I, nº 42.
(67) J.-P. Decorps, *La responsabilité du notaire en matière d'urbanisme* : *RD imm.* 1997, p. 195.
(68) Cass. 1re civ., 31 janv. 2008, nº 06-020.873, F-D : *JurisData* nº 2008-042546 ; *en l'espèce, le notaire en question avait dressé lui-même, quelques années auparavant, l'acte constitutif de servitude.*
(69) Cass. 3e civ., 28 nov. 2007, nº 06-17.758, FS-P+B : *JurisData* nº 2007-041625 ; *Bull. civ.* 2007, III, nº 213.

Sous-section II Une juridiction de l'amiable, relais de nouvelles missions déjudiciarisées

4032 **– Mutations de l'État. –** Dès 2013, le rapport de la commission sur l'authenticité présentait l'État comme étant en crise, n'hésitant pas à parler de celui-ci en termes « d'effritement » (70). Aujourd'hui encore, cette crise se manifeste et est ressentie par un sentiment d'impuissance et d'effacement de l'État, notamment sur les sujets d'ordre économique, par une montée en puissance de l'idéologie du marché, par une privatisation du public, et s'intensifie sous l'effet de la mondialisation, réduisant l'État à un rôle de simple partenaire parmi d'autres. Pour autant il s'opère, selon l'analyse du rapport sur l'authenticité, un nouveau « transfert vers d'autres centres d'autorité » (71). Comme le souligne très justement M. Mekki (72), « ne pouvant exercer une emprise verticale sur un monde néolibéral dominé par le modèle du marché, l'État décide en quelque sorte d'investir les rapports sociaux de manière horizontale en s'appuyant sur des acteurs-relais. L'officier public est un de ses relais privilégiés entre l'État et les individus. L'authentification est la traduction de cette fonction étatique exercée dans les rapports privés, cette passerelle entre l'État et la société civile ».

4033 **– Phénomène de la déjudiciarisation. –** Aussi, face à ces mutations de l'État, la déjudiciarisation apparaît comme un remède approprié dont chacun parle tantôt comme d'un objectif, tantôt comme d'un mouvement autour duquel les professions juridiques doivent se réorganiser, sans que les contours de cette notion soient toujours bien appréhendés. Par déjudiciarisation, il faut comprendre que l'on retire une question de la connaissance du judiciaire afin qu'elle soit traitée en dehors de la juridiction. Elle est ainsi définie par son contraire, la judiciarisation, et s'entend « soit d'un recul localisé du rôle du juge (...), soit du développement de lieux et procédures de différends extérieurs à la justice d'État » (73). Il peut s'agir, comme le souligne un auteur, de traiter à l'amiable les litiges ou d'instaurer un autre circuit n'impliquant pas l'intervention de la juridiction (74). Il en est ainsi des démarches anciennes dévolues au juge qui sont désormais accomplies devant le notaire, le maire ou tout autre officier public. Ainsi la déjudiciarisation s'inscrit dans une politique « d'externalisation du service public » (75) que le récent chantier sur l'amélioration et la simplification de procédure civile souhaite encore renforcer (76).

4034 **– Une réponse à une politique économique. –** Mais il ne faut pas perdre de vue que ce phénomène de déjudiciarisation trouve avant tout son origine dans un mouvement officiellement lancé dès 2007 par le ministre du Budget dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (77) et non par le ministère de la Justice. La déjudiciarisation répond donc à une politique économique et comptable de rationalisation budgétaire, avant une approche alternative de la justice. Certains y verront « la conséquence de l'indifférence des pouvoirs

(70) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., n° 99, p. 132.
(71) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., n° 99, p. 133.
(72) M. Mekki, *Voyage au pays de l'authenticité - Quelques réflexions à partir du rapport de la commission présidée par le professeur Laurent Aynès*, préc.
(73) A. Jeammaud, *Dictionnaire de la justice*, V° *Judiciarisation/Déjudiciarisation*, ss dir. L. Caudiet, PUF, 2004, p. 675 et s., spéc. p. 676-677.
(74) S. Amrani-Mekki, *Le sens de la déjudiciarisation* : *JCP* N 2018, n° 14, p. 24.
(75) H. Croze, *Officiers ministériels : nous n'entrerons pas dans la carrière car nos aînés n'y sont plus* : *Procédures* 2001, repère 4.
(76) V. plus précisément l'annexe 1 du chantier qui propose au civil comme au pénal les déjudiciarisations encore possibles, www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/ChantiersjusticeLivret03.pdf, p. 41 et s.
(77) Rapport de E. Woerth, ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, rapporteur général de la Révision générale des politiques publiques.

publics à l'égard de la justice ordinaire » (78) et « lafin du juge-providence » (79), d'autres que la déjudiciarisation sert une « économie procédurale » (80). Ainsi le choix politique de déjudiciariser accompagne à l'évidence une politique économique visant à l'efficience du service public de la justice. Économies budgétaires, désengorgement des tribunaux, célérité de la justice, recentrage du juge sur ses missions essentielles, simplification et libéralisation du droit, rapprochement du citoyen et de la justice... telles sont les principales finalités assignées à la déjudiciarisation. Si les arguments relatifs aux économies budgétaires liées au développement de la déjudiciarisation laissent certains dubitatifs (81), il n'en demeure pas moins que la déjudiciarisation est bel et bien en mouvement en visant notamment à rentabiliser le service public de la justice et en retirant au juge tout ce qui ne constitue pas l'essence de sa mission pour le déléguer utilement à un « tiers substituable » (82).

La déjudiciarisation ou le renforcement du service public de l'authenticité

Avec le développement de la déjudiciarisation et du droit, l'intervention de l'officier public, capable d'accompagner et de sécuriser ce mouvement apparaît comme inéluctable. Au travers de la mission d'authentification qui lui est conférée par l'État, le notaire contribue à créer et maintenir un lien social et un lien de droit entre la société et l'État. Dès lors, le choix du retrait de l'intervention du juge dans certains domaines, à la faveur d'un contrôle désormais exercé par les officiers publics, va permettre une parfaite continuité de la présence de l'État dans la société. Le contrôle de l'État ne recule pas puisqu'il est désormais exercé par délégation à une autre autorité, forme singulière de l'action publique qui assure et garantit le service public de la justice par le recours à l'authenticité. En somme, il s'agit de différer dans le temps l'intervention du juge, en la déplaçant au stade postérieur de la survenance d'un contentieux, le notaire remplaçant alors le juge au stade préalable du contrôle *a priori* (83).

Ainsi, retenons donc que le notaire occupe une place privilégiée dans ce processus de déjudiciarisation, à raison notamment de son statut, véritable relais institutionnel entre l'État et la société civile, mais également de son expertise dans le domaine personnel et familial. Mais le phénomène de la déjudiciarisation est protéiforme (84), et emprunte ici au moins deux visages : celui d'un transfert de compétences au profit des notaires en matière gracieuse (**§ I**), ainsi que celui d'une contractualisation des modes de règlement des différends à travers l'intervention notariale (**§ II**).

§ I Les transferts de compétences au profit des notaires en matière gracieuse

– Manifestations de la déjudiciarisation au profit des notaires ces dernières années. **4035**
– Au cours de ces dix dernières années, le mouvement de la déjudiciarisation s'est traduit par divers transferts de compétences au profit du notaire, principalement en matière de droit de la famille et des personnes. Sans dresser un inventaire à la Prévert, on peut citer

(78) Ph. Théry, *Rapport de synthèse du colloque sur le notaire et la déjudiciarisation* : *JCP* N 2018, n° 14, p. 45. L'auteur précise, par ailleurs, que cette indifférence joue principalement à l'égard de la justice civile, « car une partie importante du budget de la justice va à la justice pénale et l'administration pénitentiaire ».
(79) Ph. Théry, *Rapport de synthèse du colloque sur le notaire et la déjudiciarisation*, préc.
(80) S. Amrani-Mekki, *L'économie procédurale, introduction* : *RID pén.* 2016-1, p. 7.
(81) V., en ce sens : C. Pérès, *La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille* : *JCP* N 2018, n° 14, spéc. p. 32 et 33. – S. Amarani-Mekki, *Le sens de la déjudiciarisation*, préc., spéc. p. 26 et 27.
(82) J. Arthuis et H. Haenel, *Justice sinistrée, démocratie en danger*, Economica, 1992, spéc. p. 5.
(83) M. Saulier, *Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille* : *Dr. famille* 2017, étude 17.
(84) C. Pérès, *La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille* : *JCP* N 2018, n° 14, p. 29.

ainsi, par ordre chronologique, la déjudiciarisation de principe du changement de régime matrimonial par la loi du 23 juin 2006 et le rôle central du notaire en présence d'un mandat de protection future notarié par la loi du 5 mars 2007 (85) dans le but de proposer une alternative aux mesures judiciaires de protection des personnes vulnérables. S'en est suivie la loi du 22 décembre 2010 qui a reconnu au notaire une compétence quasi exclusive pour recueillir le consentement à adoption (86), compétence qu'il partageait jusque-là avec le greffier du tribunal d'instance ; la loi du 28 mars 2011 a par la suite créé une nouvelle compétence notariale en confiant non plus aux tribunaux d'instance mais aux notaires le soin de délivrer les actes de notoriété visant à suppléer le défaut d'acte de naissance lors du mariage (87) ; puis, la loi du 28 mars 2011 et le décret du 20 août 2012 ont permis aux notaires d'enregistrer les pactes civils de solidarité concurremment avec le greffier du tribunal d'instance avant que la loi du 18 novembre 2016 ne transfère finalement à l'officier d'état civil la compétence antérieurement attribuée au greffier (88). Cette dernière loi a accéléré le processus de déjudiciarisation au profit du notaire, d'une part en matière de succession à travers la réforme de l'envoi en possession et l'option successorale (89), d'autre part en créant le divorce par consentement mutuel sans juge (90).

4036 – Projet de loi de réforme pour la justice. – Ce mouvement grandissant de déjudiciarisation ne devrait pas s'arrêter là, puisqu'un certain nombre de dispositions issues du rapport sur la simplification de la procédure civile – dont certaines concernent directement le notariat (91) – ont été reprises par le gouvernement dans le « projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », présenté le 20 avril 2018 au Conseil des ministres. Ces propositions consistent notamment à étendre le domaine de compétence du notaire, sans changer, du moins pour certains d'entre elles, la nature de ses missions, puisqu'elles s'inscrivent dans sa fonction instrumentaire (92). C'est ainsi qu'il serait chargé de recevoir les actes de notoriété constatant la possession d'état en matière de filiation établis sur la base de trois témoins au moins (93) et des notoriétés suppléant les actes de l'état civil dont les originaux ont été détruits ou ont disparu par suite d'un sinistre ou de faits de guerre (94). Il disposerait désormais d'une compétence exclusive en matière d'assistance médicale à la procréation (95). De plus, le notaire en charge d'une succession pourrait être amené à établir une attestation dans laquelle il déclarerait, sous sa responsabilité, que l'actif est supérieur au passif, pour permettre au tuteur d'accepter purement et simplement, sans autorisation du juge des tutelles, la succession échue à la personne protégée (96). Enfin, il pourrait être transféré au notaire la délivrance de la légalisation et de l'apostille, qui serait en outre entièrement dématérialisée (97). Mais la mesure devant s'inscrire le plus dans la veine de la déjudiciarisation consisterait à réaliser tout changement de régime matrimonial devant notaire, en supprimant l'homologation en présence d'enfants mineurs. En contrepartie, le projet étend le droit d'information à l'hypothèse des mineurs

(85) C. civ., art. 491.
(86) C. civ., art. 348-3, al. 1er.
(87) C. civ., art. 71.
(88) C. civ., art. 515-3.
(89) C. civ., art. 778 (acceptation à concurrence de l'actif) ; art. 804 (renonciation).
(90) C. civ., art. 229-1.
(91) Ch. Blanchard, *Le notaire et la simplification de la procédure civile* : *JCP* N 2018, no 5, act. 180.
(92) Ph. Théry, *Rapport de synthèse du colloque sur le notaire et la déjudiciarisation*, préc.
(93) Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 5-I.
(94) *Ibid.*, art. 5-II.
(95) *Ibid.*, art. 5-VI et VII.
(96) *Ibid.*, art. 8.
(97) *Ibid.*, art. 10.

sous tutelle et des majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. L'information serait alors délivrée au représentant, qui pourrait agir – c'est-à-dire faire opposition – sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles (98). De ces modifications, il en ressort toujours le même objectif poursuivi par le législateur, consistant à recentrer le juge sur la matière contentieuse, tandis que le notaire se voit confier la matière gracieuse, en s'assurant que le changement de régime matrimonial est conforme aux intérêts de l'enfant. Ce sont ces derniers qui justifieront désormais que le notaire saisisse le juge et non pas l'intérêt de la famille (99), même si les deux peuvent parfois coïncider.

4037 **– Accroissement de la responsabilité du notaire. –** En supprimant le filtre judiciaire, nul doute que de telles mesures vont accroître la responsabilité professionnelle des notaires. À cet égard, on doit souligner le décalage latent entre, d'un côté, le renforcement des missions incombant au notaire opérant transfert de responsabilité de l'État vers le notaire et, de l'autre, l'absence de revalorisation de la rémunération du notaire. On citera notamment le cas de la réforme de l'envoi en possession, où l'officier public joue désormais un rôle important dans les modalités d'ensaisinement du légataire universel (100). En effet, le transfert de responsabilité de l'État au profit du notaire peut être lourd de conséquences puisqu'une fois en possession des biens successoraux, le légataire universel pourra accomplir des actes y compris de disposition. Pour autant, aucune revalorisation de l'émolument d'acte du procès-verbal de dépôt de testament prévu au tarif des notaires n'a été effectuée, ce dernier faisant toujours l'objet d'une rétribution fixe de 26,92 € hors taxes (101)...

Mais le mouvement de la déjudiciarisation ne doit pas s'entendre exclusivement comme un changement d'acteurs : ce n'est pas simplement remplacer mécaniquement le juge par le notaire, c'est aussi promouvoir le jeu des volontés privées, ce qui implique un renforcement de la liberté individuelle et la recherche de modes amiables de règlement des litiges au travers desquels le notaire peut jouer un rôle majeur.

§ II Les modes amiables de règlement des litiges et les prédispositions naturelles du notaire

4038 **– L'engouement pour les modes amiables de règlement des litiges. –** Aujourd'hui, les modes amiables de règlement des litiges peuvent apparaître comme « tendance » (102) tant le développement de ce type de mécanisme dit de « conciliation » est loué et sollicité aussi bien par la doctrine que par le juge. À l'heure où, pour bon nombre de nos concitoyens, les missions exercées par l'État peuvent être ressenties comme frappées d'inertie et d'inefficacité, les modes alternatifs de règlement des litiges constituent une solution économique (103), sociologique (104) et de bonne administration de la justice à partir du moment où ils sont affichés comme un objectif premier à atteindre : « La règle doit être de proposer chaque fois un conseil, une transaction ou une médiation, le traitement juridictionnel devant être l'exception » (105). Cela correspond à une nécessité d'appliquer ou de faire appliquer de nouveaux modes de

(98) *Ibid.*, art. 7.
(99) Qui ne relève pas de son contrôle, V., en ce sens, S. Gaudemet, *L'intérêt de la famille, élément d'un ordre public familial*, in *Mél. en l'honneur du Professeur G. Champenois* : *Defrénois* 2012, p. 287, spéc. n° 12. – J. Revel, *Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ?* : *D.* 2006, p. 2591.
(100) En ce sens, V. F. Letellier, *La réforme de l'envoi en possession du légataire universel. Aspects pratiques* : *JCP* N 2107, n° 12, 1138, spéc. n° 14. – S. Amrani-Mekki, *Le sens de la déjudiciarisation*, préc., spéc. p. 26.
(101) A. 26 févr. 2016 : *JO* 28 févr. 2016 ; *JCP* N 2016, n° 10, 1095. – C. com., art. 444-60.
(102) J.-C. Jacob, *Le notaire médiateur et la place du notariat dans la médiation* : *JCP* N 2016, n° 20, 1164.
(103) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 4e commission, *Sécurité juridique et vente d'immeuble*, n° 4141.
(104) *Ibid.*, n° 4143.
(105) Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle*, rapport mai 2013.

résolution amiable des litiges à travers une législation qui entend les développer tant au niveau européen (106) que dans le cadre national (107). Pour preuve le projet de loi de programmation 2018-2020 et de réforme pour la justice, qui entend notamment favoriser le règlement amiable des différends par la création d'une conciliation préalable obligatoire avant toute saisine du tribunal de grande instance, du moins pour les litiges relatifs au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou relatifs au conflit de voisinage (108). Il faut donc comprendre que la justice du XXIe siècle a pour principales lignes directrices l'apaisement et la déjudiciarisation des litiges (109), qui s'inscrit ainsi dans un vaste programme de réformes, destiné à moderniser la justice, à l'adapter aux évolutions de la société et à mettre le citoyen au cœur du service public de la justice (110).

4039 – La médiation conventionnelle. – Les modes alternatifs de règlement des litiges consistent, il faut bien le dire, en une notion plurielle, recouvrant à la fois la médiation, la transaction, l'arbitrage, la conciliation et la procédure participative. Le voile ayant été levé sur la définition et la clarification de chacun de ces modes alternatifs de règlement des litiges (111), nous nous attacherons exclusivement à la médiation conventionnelle, dans laquelle le notaire peut trouver toute sa place. Elle peut être définie comme un processus structuré de résolution d'un différend faisant intervenir un tiers neutre choisi par les parties pour les aider à rechercher une solution au conflit qui les oppose. Ici le médiateur n'est « ni conciliateur, ni arbitre, ni même négociateur » (112). Il aura la tâche d'entendre les parties et de transmettre ou de confronter leurs arguments et positions au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin d'établir ou de rétablir une communication et de faciliter la naissance de cet accord mutuel éteignant le différend en cours. Le médiateur aura ainsi pour mission de rétablir la communication entre les parties en conflit afin qu'elles trouvent, elles-mêmes, un accord préservant leurs intérêts respectifs, la seule limite à un accord de médiation étant que celui-ci ne soit pas contraire à l'ordre public. Dès lors, on ne peut que constater que les qualités que l'on est en droit d'attendre d'un notaire se rapprochent de celles qu'un médiateur se doit d'avoir pour mener à bien sa mission.

4040 – Un statut naturellement prédisposé pour répondre aux missions de médiation. – Homme du contrat dont les « fonctions sont multiples », comme aimait à le rappeler Catala, « partant du conseil, elles passent par la négociation pour aboutir parfois à la conciliation, voire à la médiation » (113). Dès lors le notaire, eu égard à son statut, dispose de « prédispositions naturelles » (114) pour l'exercice de sa mission dans le cadre d'une médiation. Tout d'abord, il est tenu – nous le verrons et le développerons un peu plus tard – d'un devoir de conseil envers l'ensemble des parties à l'acte, ce qui le différencie du devoir

(106) L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, transposant dans notre droit national la directive européenne 2008/CE/52, a remanié la loi n° 95-125 du 8 février 1995 pour fixer un cadre commun aux médiations, transfrontalières ou internes, conventionnelles ou judiciaires.

(107) L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 a été complétée par le décret n° 2012-66 du 20 janv. 2012 qui crée dans le Code de procédure civile un livre entier consacré à « la résolution amiable des différends ».

(108) Ch. Blanchard, *Le notaire dans le projet de loi de réforme pour la justice* : *JCP* N 2018, n° 18-19, act. 435.

(109) D. Brac de la Perrière, *Notaire et justice du XXIe siècle : l'acte notarié au service de la médiation* : *JCP* N 2016, n° 20, 1165.

(110) L. Mayer, *La place du notaire dans les modes amiables de règlement des litiges* : *JCP* N 2016, n° 20, 1163.

(111) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 4e commission, *Sécurité juridique et vente d'immeuble*, n° 4145 « Précisions sémantiques sur la médiation et les notions voisines ».

(112) L. Bertomieux, *Médiation conventionnelle : point de vue sur les enjeux et les méthodes* : *JCP* N 2002, 1590.

(113) P. Catala, *Observation sur l'exercice en société de la fonction de notaire* : *Defrénois* 1994, art. 35854.

(114) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 4e commission, *Sécurité juridique et vente d'immeuble*, n° 4152.

de conseil des autres professionnels rédacteurs d'actes juridiques. Par ailleurs, il « doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, son impartialité, la probité et l'information la plus complète » (115). Souvent qualifié de confident des clients ou des familles, il est de surcroît tenu au secret professionnel et à la confidentialité la plus absolue. Enfin, l'indépendance et l'impartialité qui déterminent le statut d'officier public seront un gage supplémentaire de confiance pour mener à bien sa mission de médiation et la garantie qu'il ne sera commis aucune fraude à la loi, ni aucune fraude aux droits des tiers ou d'une partie.

4041 **– Une formation indispensable. –** Si, dans l'exercice classique de son intervention d'authentification, le notaire se doit de conseiller les parties et de participer activement à l'élaboration de leur accord, dans le cadre d'une médiation il devra écouter, œuvrer même pour faire monter les désaccords et tenter d'orienter vers la compréhension après l'incompréhension. Le travail semble donc ici presque inverse puisque la restauration du dialogue prime sur la recherche d'un accord qui n'est pas une fin en soi. Le notaire apparaît dans cette phase davantage comme un « catalyseur d'idées » (116) permettant d'aboutir à une solution commune choisie par les parties. Il faut donc comprendre que l'activité de médiateur ne s'improvise pas et nécessite une formation sérieuse, quand bien même la médiation est « inscrite dans l'ADN des notaires » (117). Le notaire devra alors suivre une formation auprès de l'un des centres de médiation des notaires pour être agréé, et ainsi maîtriser les techniques de dialogue, d'écoute et d'analyse.

4042 **– Développement de la médiation notariale. –** Lors de la conclusion d'un contrat, le notaire pourra inviter les parties à insérer une clause de médiation dans le cas où un différend interviendrait à l'avenir. Cette clause, qui emportera des effets importants, devra être préalablement expliquée par le notaire aux parties à l'acte (118), en ce sens qu'elle n'interdit pas la saisine du juge mais constitue pour les parties un préalable afin de tenter de résoudre leur différend de manière amiable avant toute instance judiciaire. Depuis un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 14 février 2003, la partie qui saisit le juge sans se livrer à la tentative de conciliation ou de médiation imposée par la clause se voit, sans coup férir, être déclarée irrecevable en sa demande. Aussi, l'insertion d'une clause de médiation (119) tendant à préconiser la recherche par les parties d'une solution amiable constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge dès lors que les parties l'invoquent. Toutefois, la clause devra être assortie de suffisamment de précisions et de conditions particulières dans l'exécution de sa mise en œuvre pour ne pas être déclarée irrecevable (120), en prévoyant, par exemple, de soumettre le différend, préalablement à toute instance judiciaire, à un médiateur qui sera missionné par le président de la chambre des notaires (121). À défaut d'insertion de clause dans le contrat, un notaire confronté à un litige le plaçant dans une situation rendant impossible toute régularisation de son dossier aura tout intérêt à diriger les parties vers un centre de médiation. Le conflit se trouve alors délocalisé, pendant une période donnée, chez un médiateur qui peut être un confrère, désigné par un centre de médiation notariale, rompu aux techniques de la médiation. Enfin,

(115) Règl. national des notaires, art. 3.2.1.
(116) D. Brac de la Perrière, *Notaire et justice du XXIe siècle : l'acte notarié au service de la médiation*, préc.
(117) *NVP* mai-juin 2014, no 306, p. 23.
(118) A. Alabarian, *L'impact de l'extension du domaine des clauses de conciliation sur l'activité notariale* : *Defrénois* 2015, p. 28.
(119) Pour un modèle de rédaction d'une clause de médiation, V. 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 4e commission, *Sécurité juridique et vente d'immeuble*, p. 842.
(120) Cass. com., 29 avr. 2014, no 12-27.004 : *JurisData* no 2014-008854.
(121) Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, no 13-17.920 : *JurisData* no 2014-022666 ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2014, comm. 320, note Ch. Laporte.

une fois le litige résolu, le notaire peut se voir confier par les parties l'acte qui contient la solution amiable qu'elles ont trouvée, à condition que ce ne soit pas celui qui ait procédé à la conciliation ou à la médiation. En effet les règles d'impartialité, qui constituent un des principes de la médiation, pourraient être remises en cause et conduire à l'annulation de l'accord de médiation. En revanche, le recours à l'acte authentique, une fois l'accord de médiation conclu, permettra de sécuriser ce dernier en le dotant notamment de la force exécutoire et en assurant sa conservation (122). L'acte authentique devient ici l'instrument d'écriture de la « la justice des médiés », sans pour autant créer un nouvel ordre judiciaire (123), sans ôter aucune prérogative aux avocats des parties ou au juge, mais en répondant à une mission de service public dans le cadre d'une justice apaisée.

Section II Un devoir de conseil protecteur du consentement des contractants

4043 L'authentification, mission première du notaire, serait vaine si les parties à l'acte n'obtenaient pas les informations propres à éclairer leur consentement et les conseils leur permettant d'atteindre les objectifs qu'elles se sont assignés. Dès lors, et comme le souligne la doctrine (124), le notaire ne peut se contenter d'authentifier mécaniquement l'acte qui lui est soumis : il doit au préalable conseiller les parties. Le devoir d'investigation et le devoir de conseil constituent ainsi les deux facettes du devoir légal d'authentification. Ce devoir de conseil, tel qu'il est appréhendé par la jurisprudence, est aujourd'hui si singulier et exigeant qu'il synthétise à lui seul l'essence même de l'activité notariale. La loi du 6 août 2015 portant réforme du statut des professions judiciaires et réglementées ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats n'en changent ni la nature ni les traits fondamentaux. Dès lors, il conviendra de revenir, dans un premier temps, sur la singularité de ce devoir de conseil, en ce qu'il constitue une véritable mission de service public (**Sous-section I**), avant, dans un second temps, d'en apprécier la portée (**Sous-section II**).

Sous-section I La mission de service public du devoir de conseil

§ I Un devoir de conseil, véritable mission de service public

4044 **– Une absence de définition légale. –** Aussi curieux que cela puisse paraître, le devoir de conseil incombant au notaire dans l'exercice de sa mission n'est pas défini par la loi (125). Pour autant, et bien que ce devoir de conseil n'ait jamais été inscrit dans les textes, les rédacteurs de la loi de ventôse, et notamment le conseiller Réal, étaient parfaitement conscients de son existence et de son rôle dans la mission d'authentification du notaire : mais ce n'est qu'au dernier quart du XIXe siècle que le devoir de conseil du notaire a été pris

(122) La directive 2008/CE/52 du Parlement européen du 21 mai 2008 prévoit notamment à cet effet dans son art. 6 que « le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique conformément au droit de l'État membre dans lequel la demande est formée ».

(123) D. Brac de la Perrière, *Notaire et justice du XXIe siècle : l'acte notarié au service de la médiation*, préc.

(124) M. Latina, *Le notaire et la sécurité juridique* : *JCP* N 2010, no 42, no 1325.

(125) S. Grignon-Dumoulin, *Formation du contrat et obligation d'information du notaire : le point de vue de l'avocat général à la Cour de cassation* : *JCP* N 2018, no 12, p. 33.

en considération par les tribunaux pour fonder sa responsabilité, précédant à cet égard de nombreux autres professionnels. Aujourd'hui, le devoir de conseil du notaire est à la fois déontologique et jurisprudentiel. Tout d'abord en effet, l'article 3.2.1 du règlement national des notaires énonce que le notaire doit à sa clientèle « l'information la plus complète » de sorte qu'en tant que « conseil des personnes physiques ou morales », il est tenu, avant tout, d'éclairer le consentement de ceux qui recourent à ses services. Quant à la jurisprudence, elle estime très tôt que « les notaires, institués pour donner aux conventions des parties les formes légales et l'authenticité qui en est la conséquence, ont également pour mission de renseigner les clients sur les engagements qu'ils contractent » (126). Même si la Haute Cour préfère de nos jours énoncer, plus sobrement et plus précisément, qu'ils sont « tenus d'éclairer les parties et d'appeler leur attention, de manière circonstanciée, sur la portée des effets ainsi que sur les risques des actes auxquels ils sont requis de donner la forme authentique » (127), on ne peut que constater que l'essentiel des principes de solutions actuellement applicables se trouvait déjà dans la formule utilisée au XX^e^ siècle (128). Il faut donc retenir qu'au-delà de sa mission d'authentification des actes qu'il reçoit, le notaire a un vaste devoir de conseil : il doit réaliser des actes utiles et valables, permettant d'atteindre les buts affichés par les parties, tout en les conseillant sur tout ce qui pourrait menacer ou compromettre l'opération juridique.

4045 **– Un devoir de conseil source de responsabilité « plurielle ». –** Le devoir de conseil est aujourd'hui une des principales sources de responsabilité du notaire, laquelle est plurielle. En effet, elle est tout d'abord disciplinaire (129) lorsque, par un manquement aux règles légales, réglementaires ou professionnelles ou par un fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, il aura causé du tort à l'intérêt collectif de la profession dont il doit se montrer digne. Elle peut, exceptionnellement, être pénale (130) lorsque la faute commise par le notaire a, en raison de son intensité particulière, un retentissement tel qu'elle cause un trouble non plus seulement à des intérêts privés ou à l'intérêt de la profession, mais également à la collectivité tout entière, en somme à l'intérêt général. Enfin, elle sera le plus souvent civile, et aura pour objectif d'assurer l'indemnisation de personnes – un client, voire un tiers – ayant eu à connaître et souffrir de conséquences dommageables d'une faute d'un notaire. Cette responsabilité est alors fondée sur l'article 1240 du Code civil – anciennement 1382 – et non sur la responsabilité contractuelle ; la cause est à rechercher dans le statut d'officier public du notaire et sa mission de service public qui, apparemment, ont plaidé pour la soumission des rapports du notaire avec ses clients à la responsabilité délictuelle (131). Dès lors, la soumission de l'activité notariale à la responsabilité délictuelle emporte donc exclusion, d'une part, des clauses restrictives de responsabilité et, d'autre part, de l'article 1231-3 du Code civil qui limite, en matière contractuelle, la réparation au seul dommage prévisible (132).

4046 **– Un devoir de conseil apprécié avec rigueur et raison par la jurisprudence. –** L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité notariale révèle une haute exigence à l'endroit des notaires dans l'exercice de leurs missions. Comme le souligne l'avocat général à la Cour de cassation (133), cette rigueur est certai-

(126) Cass. civ., 21 juill. 1921 : *DP* 1925, I, p. 25.
(127) V., par ex., Cass. 1re civ., 19 déc. 2006, n° 04-14.487.
(128) L'affirmation d'un devoir de conseil étant antérieure, V. not. Cass. civ., 2 avr. 1872 : *DP* 1872, I, p. 963.
(129) R. Crône, *La responsabilité disciplinaire notariale* : *Dr. et patrimoine* janv. 2019, n° 287, p. 23.
(130) R. Ollard, *La responsabilité pénale du notaire* : *Dr. et patrimoine* janv. 2019, n° 287, p. 30.
(131) V. J. de Poulpiquet, *Responsabilité des notaires, civile disciplinaire, pénale* : *D.* 2009, n° 11-11.
(132) V. C. Biguenet-Maurel, *Le devoir de conseil des notaires* : *Defrénois* 2006, n° 351, p. 141 et s.
(133) S. Grignon-Dumoulin, *Formation du contrat et obligation d'information du notaire : le point de vue de l'avocat général à la Cour de cassation*, préc.

nement la rançon du statut du notaire qui, officier public investi par la loi d'une parcelle de l'autorité de l'État, est tenu à des devoirs professionnels particulièrement forts. Ceci étant, « pour rigoureuse qu'elle soit, l'exigence d'efficacité imposée par la Cour de cassation à l'activité des notaires a toujours été marquée par un souci de proportionnalité, c'est-à-dire de réalisme et d'adaptation aux possibilités effectives de contrôle et de vérification de ces derniers. Le notaire ne peut être assimilé à une assurance tout risque de la perfection des conseils et des actes » (134). C'est donc l'idée d'une proportionnalité raisonnable qui prévaut dans l'appréciation de la responsabilité des notaires.

4047 – Caractère absolu du devoir de conseil. – Tout comme le secret professionnel, le devoir de conseil du notaire est absolu, en ce sens qu'il ne peut être modulable ou modéré en fonction de ses bénéficiaires. Ainsi, rappelons que le notaire est tenu à un devoir d'impartialité (135) l'empêchant de favoriser une des parties à l'acte, quand bien même celle-ci ferait partie de la clientèle habituelle et récurrente de son étude.

Le service public du conseil

Véritable pacificateur des relations contractuelles qui se doit d'établir des conventions équilibrées, le notaire a donc un « devoir d'information et de conseil à l'égard de toutes les parties à l'acte pour lequel il prête son concours » (136). C'est à ce titre qu'il est affirmé que le notaire assure un véritable service public du conseil (137), lequel est consubstantiel à l'accomplissement de son ministère. Le notaire doit donc délivrer un conseil avisé et également adapté, avec le même intérêt à l'égard de l'ensemble des parties contractantes. Le conseil impartial suppose et implique également de devoir résister aux injonctions de certains clients professionnels pour leur rappeler l'état du droit sur telle ou telle question et l'état de la jurisprudence sur la validité de telle ou telle clause. C'est ainsi qu'il doit avertir la partie concernée de l'existence de clauses atypiques insérées en sa défaveur. En conséquence, le notaire doit faire preuve d'une très grande prudence, et dispenser des conseils indépendamment de la qualité de ses clients, la jurisprudence de la Cour de cassation allant même jusqu'à rappeler qu'un notaire qui s'adresse à un de ses confrères pour recevoir un acte le concernant est un client comme un autre et que « les compétences et connaissances du client ne libèrent pas le notaire de son devoir de conseil » (138).

Il est par ailleurs de jurisprudence constante que le notaire n'est pas libéré de son devoir de conseil par l'intervention d'autres professionnels ou conseils à ses côtés (139) (avocat, notaire, expert-comptable, notamment en matière fiscale). En revanche, il pourra y avoir un partage de responsabilité, lors du procès, si le notaire a appelé le conseiller personnel de son client dans la cause (140). Finalement, le notaire n'est déchargé de son devoir qu'à l'égard des tiers, c'est-à-dire de ceux « qui restent tiers par rapport aux actes auxquels il intervient » (141), ce qui ne signifie pas d'ailleurs que les tiers ne peuvent pas demander réparation du préjudice causé par le manquement d'un notaire (142). Enfin, rappelons que

(134) P. Sargos, *Les principes d'efficacité et de proportionnalité en matière de responsabilité civile des notaires* : *JCP* N 2007, 1301.
(135) V., en ce sens, Cass. 3e civ., 29 mars 2018, no 17-13.641 : *Defrénois* 2018, no 141/9, p. 34, obs. M. Latina.
(136) Cass. 1re civ., 15 mai 2007, no 06-15.318.
(137) J.-F. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale*, Defrénois, 2e éd. 2014, p. 119.
(138) Cass. 1re civ., 11 juill. 2018, no 17-21.587.
(139) Cass. 1re civ., 13 déc. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, no 496. – Cass. 1re civ., 3 mars 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, no 93. – Cass. 1re civ., 13 nov. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, no 308.
(140) J. de Poulpiquet, *Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale*, préc., p. 59.
(141) Cass. 1re civ., 17 janv. 2008, no 05-13.906.
(142) J.-L. Aubert et R. Crône, *La responsabilité civile des notaires*, *Defrénois*, 5e éd. 2008, spéc. no 99, p. 129.

le notaire doit délivrer son devoir de conseil, que l'authentification soit obligatoire ou non, de sorte qu'il ne varie pas en fonction de son degré d'intervention dans l'opération. Ainsi toute tentative du notaire tendant à restreindre le domaine de son devoir de conseil aux motifs qu'il n'est intervenu qu'en tant que simple authentificateur d'un acte sous seing privé conclu en dehors de son étude est en principe vaine (143).

4048 **– Un devoir de conseil spécifique issu du statut d'officier public du notaire. –** Des développements qui précèdent, il faut retenir que c'est du statut d'officier public du notaire que le devoir de conseil tire sa spécificité par rapport au devoir de conseil des autres professionnels rédacteurs d'actes. Comme le précisait M. Grimaldi, « c'est parce que le notaire est un officier public ayant reçu de l'autorité publique la mission, non pas seulement de préconstituer la preuve des actes juridiques, mais aussi d'éclairer les parties sur la portée de leurs engagements, que son conseil est de toute autre nature que celui de l'avocat et que la loi impose de le recevoir au citoyen dont elle veut que le consentement soit éclairé par un professionnel du droit » (144). Le devoir de conseil du notaire ne s'exerce donc pas de la même manière que le conseil apporté par les autres professions juridiques. Dérivé de son pouvoir d'authentification, il s'exerce comme un prolongement de celui-ci (145). La déontologie notariale forme ce lien entre le pouvoir qu'exerce le notaire comme délégataire de la puissance publique et les modalités du conseil qu'il délivre aux parties. Le notaire, homme du « juridique » et non du « judiciaire » (146) est donc l'homme impartial du contrat, et non l'homme des parties, et encore moins d'une partie.

4049 **– Singularité du devoir de conseil à l'égard des autres professions juridiques. –** Ce dernier aspect singularise le devoir de conseil du notaire par rapport aux autres rédacteurs d'actes juridiques, et notamment de l'avocat lequel n'est tenu d'un devoir de conseil qu'à l'égard de son client. Certes l'article 9, alinéa 2 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles déontologiques de la profession d'avocat précise que « l'avocat seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties ». Toutefois, « lorsqu'il a été saisi par une seule des parties, [l'avocat] informe l'autre partie de la possibilité qu'elle a d'être conseillée et de se faire assister par un autre avocat ». Comme le soulignent certains auteurs (147), l'avocat n'aurait donc pas à conseiller l'autre partie, mais à l'inviter à se faire conseiller par son propre avocat. Par ailleurs, on notera que selon l'article 7-2 du règlement intérieur national, l'avocat qui est intervenu comme rédacteur unique d'un acte n'est pas présumé avoir été le conseil de toutes les parties signataires, ce qui signifierait qu'il pourrait rédiger seul un acte dans lequel il ne délivre de conseils qu'à une seule des parties, situation statutairement impensable pour le notaire (148). Il n'est pas question ici de négliger ou galvauder le devoir de conseil dû par l'avocat à son client par rapport à celui du notaire, mais au contraire, en les comparant, de bien comprendre les missions spécifiques attachées à chacun de ces deux professionnels rédacteurs d'actes juridiques. La mission spécifique de

(143) V., par ex., Cass. 1re civ., 10 févr. 1972 : *Defrénois* 1972, art. 30209, obs. J.-L. Aubert. – Cass. 1re civ., 6 févr. 2013, n° 12-12.650.

(144) M. Grimaldi, *L'acte « d'avocat »* : *Defrénois* avr. 2010, n° 39071.

(145) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, Propos introductifs, p. XVI, n° 16, par J.-M. Delpérier.

(146) Le notaire est donc, au sens strict, un officier public et non un officier ministériel. En effet, selon le *Vocabulaire juridique* de l'association H. Capitant, l'officier public serait « titulaire d'un office non rattaché à l'administration de la justice », au contraire de l'officier ministériel qui disposerait d'un « office rattaché à l'administration de la justice ». Or, ce n'est qu'à la marge que le notaire est amené à côtoyer les juridictions.

(147) J.-F. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale*, préc., p. 119.

(148) J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, *Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen ?* : *JCP* N 2011, n° 27, 1209 : « Ce devoir de conseil à l'égard de toutes les parties à l'acte est bien la marque irréductiblement distinctive du rôle du notaire ».

l'avocat est la défense des intérêts des parties ; elle est essentielle et porte en elle-même une liberté fondamentale, celle de contester dans le cadre d'un procès. À côté de cette mission indispensable à notre système de droit, le notaire a toujours pris place. Ce dernier, dans le cadre de son administration judiciaire non contentieuse délivre, en sa qualité d'officier public requérant l'impartialité la plus absolue, un devoir de conseil d'une tout autre nature, à l'adresse de l'ensemble des parties contractantes, et non plus dans l'intérêt exclusif d'un client dont il assure la défense. Dès lors, une tout autre responsabilité est attachée au devoir de conseil du notaire, à laquelle veille avec une « rigueur raisonnable » (149) la Cour de cassation, illustrant la grande exigence attendue du notaire dans l'exercice de son ministère eu égard au surcroît de protection qu'il doit apporter aux contractants.

4050

Devoir de conseil et devoir d'information précontractuel de l'article 1112-1 du Code civil

Il faut également s'interroger sur l'impact de l'article 1112-1 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, qui crée un devoir d'information précontractuel à l'égard du devoir de conseil du notaire.

Rappelons que ce texte – hérité de la jurisprudence et du droit spécial – vient consacrer un travail de plus de quarante ans entrepris par la Cour de cassation (150), en consacrant de manière solennelle le principe général d'information précontractuelle, essentiel à l'équilibre des relations contractuelles. Il s'agit donc ici d'un texte emblématique qui figure parmi les rares articles de la réforme où le législateur prend la peine de préciser que ses dispositions sont d'ordre public. Si certains (151) émettent des réserves quant à la possibilité d'appliquer ce texte au notaire – dans la mesure où il n'est pas un « contractant » mais le rédacteur d'acte pour le compte de parties contractantes –, ils admettent, pour le cas où il serait susceptible de s'appliquer à lui, qu'en réalité ce texte modifierait à peine les diligences habituelles que ce dernier a su d'ores et déjà mettre en place. Mieux encore, il viendrait conférer au devoir de conseil une base textuelle législative et non plus seulement déontologique. Ainsi, sans bouleverser sa pratique, il va surtout permettre au notaire, dans l'exercice de sa mission d'investigation, d'inviter les parties à communiquer toutes les informations susceptibles d'être déterminantes pour le consentement de l'autre contractant et ainsi provoquer un échange des parties sur un certain nombre de points déterminants du contrat à recevoir.

§ II Un devoir de conseil, vecteur d'accès au droit

4051 **– L'accessibilité au droit. –** Tout comme la stabilité et la prévisibilité, l'accessibilité est traditionnellement citée comme l'une des trois composantes de la sécurité juridique (152). Comme le relève M. Aubert, la règle de droit est « extérieure à la volonté individuelle des personnes qui y sont soumises » (153), d'où l'importance de son accessibilité, « revendication éternelle » et logique, puisque la connaissance de la règle de droit ne saurait être innée. Puisqu'il est extérieur à l'individu, le droit jouit *a priori* d'une plus grande lisibilité, mais encore faut-il que le sujet de droit ait effectivement la possibilité de prendre connaissance de la règle de droit. La valeur d'exigence de l'accessibilité au droit est donc considérable, au

(149) M. Mekki, *La responsabilité professionnelle des notaires : une rigueur raisonnable* : *Dr. et patrimoine* 2019, n° 287, p. 22.

(150) J. Mestre, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations* : *Rev. Lamy dr. civ.* 2016, 136.

(151) M. Séjean et C. Farenc, *Le conseil en 2016, XXVe Rencontres Notariat-Université, Journée Jean Derrupé* : *JCP* N 2016, n° 2, p. 41.

(152) V. 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 1re commission, *Sécurité authentique*, p. 40, par Th. Gruel et C. Farenc.

(153) J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 15e éd. 2014, n° 15, p. 14.

point que le Conseil constitutionnel a érigé en principe constitutionnel l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (154), ce qui pour un auteur constitue « la consécration du principe de sécurité juridique » (155).

Un conseil accessible et « sur mesure »

Délivrance par le notaire d'un conseil accessible. Si le notaire doit veiller à éclairer le consentement des parties à l'acte qu'il reçoit, il est par ailleurs de sa mission de veiller également à ce que ces mêmes parties aient une pleine compréhension des implications de l'acte qu'elles souhaitent voir dresser. Aussi, si les informations et conseils délivrés par le notaire doivent être complets, ils doivent par ailleurs être pertinents et accessibles à l'ensemble des parties. En effet, bien délivrer un conseil, c'est également le rendre accessible en s'assurant que l'ensemble des parties à l'acte a bel et bien compris la portée et les risques de leurs engagements. Cette accessibilité du conseil sera avant tout matérielle et pourra nécessiter un recopiage de la loi, même si les dispositions législatives en cause sont facilement accessibles par ailleurs (156). Mais cette accessibilité sera également intellectuelle en ce sens que le conseil délivré par le notaire devra être *pleinement* compris de son client (157). Autrement dit, **conseiller c'est s'adapter** et, à cet égard, la jurisprudence de la Cour de cassation veille à ce que le notaire prodigue à ses clients des conseils adaptés à leur situation précise, « dût-il pour ce faire sonder les aspirations les plus personnelles et les considérations les plus intimes des parties à l'acte » (158). Aussi faut-il voir dans ces décisions de la Haute juridiction le signe que, du point de vue du conseil et de la mise en garde, la prestation attendue du notaire relève – comme le souligne un auteur (159) – davantage du « sur-mesure » que du « prêt-à-porter ». Elle l'a de nouveau rappelé récemment en des termes particulièrement nets, en précisant que « le notaire chargé de rédiger le contrat de mariage choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement, au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations » (160).

– Le notaire, acteur majeur du service public du droit. – En étant débiteur d'un devoir de conseil à délivrer à l'ensemble des parties à l'acte, le notaire favorise « la pénétration du droit dans les relations sociales » (161), contribuant de la sorte à l'effectivité du droit. Face à la multiplication des normes, nationales ou européennes, et à la complexité de leur teneur, le notaire permet ainsi d'assurer la connaissance et le respect de la règle de droit pour le compte de l'État, et de l'expliquer à l'ensemble des parties afin d'en garantir l'efficacité juridique. Faire comprendre la règle de droit aux parties contractantes, tout en s'assurant **4052**

(154) Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC : *JO* 22 déc. 1999.
(155) Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, thèse, *Defrénois*, coll. « Doctorat et notariat », t. 35, 2009, p. 20.
(156) C'est ainsi que commet une faute le notaire qui ne reproduit pas les dispositions de l'article 960 du Code civil dans un acte de donation consenti par une fille à sa mère, alors qu'il était nécessaire d'expliquer aux parties que la survenance d'une enfant emporterait de plein droit révocation de la libéralité. Cass. 1re civ., 28 avr. 2011, n° 10-14.170, cité ss M. Grimaldi, obs. ss Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, n° 09-15.298 : *JurisData* n° 2011-000141 ; *RTD civ.* 2011, p. 573.
(157) La Cour de cassation a encore dû le préciser, en exigeant que le notaire invite son client ayant une mauvaise connaissance de la langue française à se faire assister par un interprète, sous peine d'engager sa responsabilité professionnelle. Cass. 1re civ., 13 mai 2014, n° 13-13.509 : *JurisData* n° 2014-009380.
(158) Ph. Brun, *Le devoir de conseil du notaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : *Dr. et patrimoine* 2019, n° 287, p. 28.
(159) Ph. Brun, *Le devoir de conseil du notaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : *Dr. et patrimoine* 2019, n° 287, p. 28.
(160) Cass. 1re civ., 3 oct. 2018, n° 16-19.619 : *JCP* N 2018, 810, Ph. Brun.
(161) V. L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, préc., n° 64, p. 96.

que celle-ci soit bien appliquée et bien respectée, telle est la tâche assignée aux notaires. En « bon instituteur du droit » (162), le notaire délivre quotidiennement des conseils, concourant ainsi à sa mission de service public, en permettant notamment à chacun de pouvoir accéder au droit (163). Un tel accès demeurerait théorique si les notaires ne prêtaient pas leur concours à tous les citoyens, eu égard notamment à leur obligation d'instrumenter, et ce en traitant à égalité tous les clients ayant recours à leurs services, quelle que soit leur fortune ou l'importance de l'acte à accomplir. Le notaire demeure donc tout autre chose qu'un simple prestataire de services au profit de clients. Il contribue surtout à créer et maintenir un lien social et un lien de droit entre l'État et la société, ainsi qu'un accès pour tous au droit de par son rôle singulier et majeur d'« acteur d'un service public du droit » (164).

Sous-section II La portée du devoir de conseil

§ I La nature du devoir de conseil

4053 Professionnel du droit, le notaire se doit avant tout de délivrer des conseils d'ordre juridique (**A**). Cependant, et dans certaines circonstances, le notaire peut également être amené à donner des informations relatives à l'opportunité économique de l'acte (**B**).

A/ Le conseil juridique

4054 **– Une compétence circonscrite au domaine juridique. –** Comme nous avons pu le constater, le notaire « ne peut se contenter d'exécuter un travail de pure transcription littérale des déclarations des personnes qui s'adressent à lui » (165). Dès lors, il est tenu d'informer et d'éclairer les parties sur la portée, les effets, ainsi que sur les risques juridiques de l'acte auquel il prête son concours (166). Si le domaine dans lequel le notaire doit délivrer son devoir de conseil est particulièrement vaste, il n'est pas pour autant sans fin, et la sphère de compétence du notaire est circonscrite au domaine juridique. Ainsi il n'a pas à se déplacer sur les lieux pour vérifier la concordance d'un lot de copropriété avec la description qui en est faite dans le titre de propriété (167). Toutefois, une différence de superficie entre le titre antérieur et le mesurage effectué au titre de la loi dite « Carrez » par un professionnel doit interpeller le notaire rédacteur et appeler de sa part un devoir d'investigation (168). Le domaine de compétence du notaire s'étend également à la matière fiscale, où il lui est souvent reproché de n'avoir pas suffisamment informé ses clients sur les incidences fiscales des opérations que ces derniers souhaitaient voir réaliser. Citons par exemple le cas d'un notaire qui a été condamné à prendre en charge les conséquences pécuniaires du redressement fiscal subi par sa cliente, au motif qu'il avait rédigé l'acte de vente de la maison d'habitation de celle-ci, sans l'avertir qu'en vendant avant l'expiration d'un délai de cinq ans elle perdrait le bénéfice des allègements fiscaux qui lui avaient été

(162) M. Grimaldi, Rapport de synthèse du 111e Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique* : *Defrénois* 2015, p. 694, spéc. no 3.
(163) P. Crocq, *Des missions de service public - Synthèse de la première table ronde* : *JCP* N 2015, no 6, 1068.
(164) Ph. Théry, *Des missions de service public*, colloque organisé par l'Université Panthéon-Assas (Paris II), « Les professions juridiques : service public et déréglementation ? », préc. : *JCP* N 2015, no 6, p. 22 et s.
(165) J. de Poulpiquet, *in JCl. Notarial Formulaire*, Vo *Responsabilité notariale*, Fasc. 1, spéc. no 11.
(166) Cass. 1re civ., 13 déc. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, no 496.
(167) Cass. 1re civ., 7 févr. 1990, no 88-16.011.
(168) Cass. 1re civ., 11 mai 2017, no 16-18.874 : *JurisData* no 2017-010079.

consentis (169). Il en est de même en matière de dispense de TVA sur vente d'un bien immobilier loué où, dans une décision récente (170), la cour d'appel de Paris a jugé que le notaire avait manqué à son devoir d'information et de conseil en n'avertissant pas l'acquéreur de la nécessité – en cas d'application de la franchise de base de TVA – d'opter volontairement dans des délais contraints pour le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée sur les loyers afin de permettre l'application de la dispense de TVA. Dès lors, le notaire doit parfaitement maîtriser et connaître la législation fiscale et faire preuve d'une grande vigilance lors de la rédaction de ses actes, sans pour autant se substituer aux parties dans l'accomplissement des prescriptions légales dont elles peuvent être tenues, notamment, comme le souligne la Cour de cassation, pour bénéficier du dispositif de la loi « Malraux » (171).

4055 **– Du devoir de proposer des solutions juridiques... –** Une fois le client informé des risques de l'acte qu'il souhaite voir dressé ou authentifié, la tâche du notaire n'est pas pour autant achevée. Il doit en effet conseiller ses clients, c'est-à-dire en somme leur proposer des solutions juridiques susceptibles d'anéantir ou – à tout le moins – d'amoindrir le risque encouru. Informer le client de tous les risques de l'opération, c'est aussi l'orienter vers des réponses juridiques adaptées, sans jamais se laisser abuser par de fausses évidences ou imaginer que la solution à retenir est « connue de tous » (172). Ainsi, notamment en matière fiscale, le notaire se doit de « fournir à ses clients l'ensemble des informations concernant les obligations à respecter afin d'obtenir effectivement les avantages fiscaux légalement prévus » (173). Le notaire ne peut donc s'en tenir à des généralités et doit être en mesure de fournir un conseil propre à orienter son client vers la solution la plus adaptée. C'est ainsi qu'un notaire est responsable s'il ne propose pas l'insertion d'une clause résolutoire destinée à réduire les conséquences dommageables de la défaillance du contractant (174), ou d'une condition suspensive s'il a eu connaissance d'événements en présence desquels le contrat n'avait plus d'intérêt aux yeux de ses clients.

4056 **– ... au devoir de « déconseiller ». –** Si toutefois, le risque de l'opération paraît trop important, notamment à l'égard des incidences fiscales, le notaire doit même aller jusqu'à déconseiller l'acte auquel on lui demande de prêter son concours (175). Où l'on voit que le devoir de conseil peut aussi prendre la forme d'un devoir de « déconseil » (176). Il n'en reste pas moins alors que, si le conseil est de la responsabilité du notaire, le client est toujours libre de décider de passer outre l'avertissement qui lui a été donné. Dans ces conditions, l'officier public, qui ne peut refuser d'instrumenter, devra au préalable garder précieusement la preuve de la délivrance du conseil donné à son client. En effet, l'obligation de prêter son ministère lorsqu'il en est légalement requis forme le socle du service public notarial. Toutefois, l'obligation d'instrumenter fait place à l'interdiction absolue d'instru-

(169) Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, no 07-19.500, préc.
(170) CA Paris, 22 févr. 2019, no 17/10059.
(171) Cass. 1re civ., 19 oct. 2004, no 03-14.482. Dans cette affaire, la Cour de cassation a rappelé que le notaire, professionnel du droit, n'avait ni les compétences ni les moyens d'effectuer une surveillance du chantier de réhabilitation de l'immeuble concerné, et qu'il n'avait donc pas méconnu son devoir de conseil, dès lors que les clients étaient informés de la subordination des bénéfices de ladite loi au respect de certaines exigences.
(172) Cass. 1re civ., 3 mai 2018, no 16-20.419.
(173) Cass. 1re civ., 31 janv. 2018, no 16-19.389 : *Defrénois* 2018, no 25, p. 32.
(174) Cass. 1re civ., 29 nov. 2005, no 02-13.550, FS-P+B : *Bull. civ.* 2005, I, no 451 ; *JurisData* no 2005-031020 ; *JCP* N 2006, no I, act. 106.
(175) Cass. 1re civ., 20 sept. 2017, no 15-14.176 : *Defrénois* 2018, no 12, p. 39, obs. Latina.
(176) Ph. Brun, *Le devoir de conseil du notaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : *Dr. et patrimoine* 2019, no 287, p. 28.

menter lorsque l'opération qu'on lui demande de réaliser est impossible ou illicite (177). Il en est de même lorsque l'on demande au notaire de prêter son concours à une opération qui, bien que légale, est « inefficace ou inutile » (178), ou lorsqu'il lui est demandé de conférer le caractère authentique à une convention dont il sait qu'elle méconnaît les droits d'un tiers (179).

B/ Le conseil économique

4057 **– Pas de devoir de conseil quant à l'opportunité économique de l'opération. –** Par principe, le notaire n'a pas à conseiller ses clients quant à l'opportunité économique de l'opération qui est envisagée. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans un arrêt de principe rendu le 28 juin 2007, en précisant notamment « qu'il n'appartenait pas au notaire (...) de rechercher si le loyer de chacune des acquisitions (...) pouvait permettre aux acheteurs de faire face à leurs engagements » et, surtout, que le notaire « n'avait pas à se substituer aux banques dans la recherche de solvabilité des acquéreurs et des risques de ces opérations spéculatives » (180). Ainsi est clairement exprimé le principe selon lequel le notaire, « professionnel du droit » (181), n'est pas tenu d'une « obligation de conseil et de mise en garde concernant l'opportunité économique d'une opération en l'absence d'appréciation qu'il n'a pas à rechercher ».

4058 **– Le notaire responsable de l'appréciation de l'équilibre de la convention. –** Cela étant, et malgré cet arrêt de principe, il est à noter que le notaire n'est pas totalement déchargé de toute responsabilité, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier l'équilibre de la convention à laquelle il doit prêter son concours. Ainsi le notaire a parfois été tenu responsable pour ne pas avoir informé un de ses clients de l'insolvabilité de son cocontractant (182), voire de ne pas s'être inquiété d'un prix de cession excessif de parts sociales (183). Dès lors que les informations dont disposait le notaire quant à la solvabilité d'un contractant ne sont pas couvertes par le secret professionnel, et que le notaire n'est pas obligé d'effectuer des recherches particulières sur l'opportunité économique de l'acte, cette solution jurisprudentielle paraît acceptable.

4059 **– Conseil juridique et conseil économique : une frontière poreuse. –** Pour autant, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de devoir de conseil témoigne que la frontière existant entre le conseil juridique et l'opportunité économique n'est pas si hermétique que cela. En effet, dans un arrêt du 28 mai 2009 (184), la cour, après avoir rappelé que le notaire « n'est pas tenu d'une obligation de conseil et de mise en garde concernant l'opportunité économique en l'absence d'éléments d'appréciation qu'il n'a pas à rechercher », précise en revanche que le notaire est « tenu d'une telle obligation pour que les droits et obligations réciproques légalement contractés par les parties répondent aux finalités révélées de leur engagement, soient adaptés à leurs capacités ou facultés respectives, et soient assortis des stipulations propres à leur conférer leur efficacité », et ce alors même que « leur engagement procéderait d'un accord antérieur ». Affirmer que le devoir de conseil

(177) Règl. national des notaires, art. 2, al. 3.
(178) Règl. national des notaires, art. 3.2.3.
(179) Cass. 1re civ., 5 mars 2002, nº 99-18.984, *P.* : *Bull. civ.* 2002, I, nº 81 ; *JurisData* nº 2002-013314.
(180) Cass. 1re civ., 28 juin 2007, nº 06-11.076, FS-P+B : *JurisData* nº 2007-039755.
(181) Cass. 1re civ., 12 mai 2011, nº 10-14.183.
(182) Cass. 1re civ., 9 juin 1969 : *Bull. civ.* 1969, I, nº 213. – Cass. 3e civ., 16 nov. 1967 : *Bull. civ.* 1971, III, nº 559. – Cass. 1re civ., 2 oct. 1985 : *Bull. civ.* 1985, I, nº 246.
(183) Cass. 1re civ., 20 juill. 1994 : *Bull. civ.* 1994, I, nº 260.
(184) Cass. 1re civ., 28 mai 2009, nos 07-14.075 et 07-14.644.

implique que l'acte soit adapté « aux capacités ou facultés respectives » des parties interpelle en doctrine (185), puisque par cette décision il est désormais possible de considérer que le notaire, tout comme le banquier, doit veiller à ce que les parties soient informées précisément des risques financiers que leur fait courir l'opération, et ce même s'il n'est pas intervenu dans la négociation de l'acte. Cela témoigne une nouvelle fois de l'exigence de la jurisprudence à l'égard du notaire, son devoir de conseil étant absolu quant à son domaine, et de plus en plus diversifié dans sa nature.

§ II La preuve de la délivrance du devoir de conseil

4060 **– Renversement de la charge de la preuve. –** Par un arrêt de principe du 25 février 1997, la Cour de cassation a décidé que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » (186). Cette jurisprudence, rendue à propos de l'obligation d'information d'un médecin et de responsabilité médicale, opère un total renversement de la charge de la preuve en matière d'obligation d'information et de conseil mise à la charge d'un professionnel. En effet, traditionnellement, il appartenait au client de rapporter la preuve de l'inexécution du devoir de conseil (187). La Cour de cassation a donc posé par cet arrêt un nouveau principe, aux termes duquel il appartient à tout professionnel débiteur d'une obligation d'information, d'apporter la preuve qu'il a bien délivré le conseil qui pèse sur lui. Cette jurisprudence, qui s'inscrit dans un vaste mouvement social de protection des personnes subissant un préjudice, a contraint le notaire à se préconstituer la preuve de la bonne exécution de son devoir de conseil, en faisant signer à ses clients « une reconnaissance de conseils donnés » (188).

4061 **– De la « *décharge de responsabilité* » à la « *reconnaissance de conseils donnés* ». –** Ainsi, pour limiter une éventuelle responsabilité ou, à tout le moins, se ménager la preuve du bon accomplissement des diligences nécessaires, la pratique notariale avait initialement recours aux « décharges de responsabilité ». Il s'agissait alors d'un écrit par lequel le client reconnaissait avoir été informé par son notaire des conséquences dommageables pouvant résulter d'un acte à intervenir, et déclarait prendre en charge les risques correspondants, déchargeant par là même le notaire de sa responsabilité. Mais, comme nous l'avons rappelé au préalable, la responsabilité du notaire étant délictuelle, toute clause élusive ou limitative de responsabilité est interdite, la Cour de cassation ayant très tôt estimé que « les notaires ne sauraient, par l'insertion d'une telle déclaration, même reconnue, de leurs clients (...), s'affranchir du devoir inhérent aux fonctions notariales de les conseiller sur la portée des engagements souscrits » (189). Cela signifie que ces clauses n'ont aucune efficacité en tant que décharge de responsabilité, le client ne renonçant nullement à une éventuelle action contre le notaire, et conservant toujours la possibilité d'agir en responsabilité. Dès lors, la pratique notariale a utilisé l'expression de « reconnaissance de conseils donnés », certainement plus exacte,

(185) M. Latina, *Le notaire et la sécurité juridique*, préc.

(186) Cass. 1re civ., 25 févr. 1977 : *Bull. civ.* 1977, I, no 75 ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain ; *RTD civ.* 1997, p. 924, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1997, p. 1997, p. 751, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* G 1997, I, 4025, obs. G. Viney ; *D.* 1997, somm. comm. p. 319, obs. J. Penneau.

(187) V., par ex., Cass. 1re civ., 28 nov. 1995 : *Bull. civ.* 1995, I, no 436 : « que, d'autre part, celui qui fait grief à un notaire d'avoir manqué à son devoir de conseil étant tenu de faire la preuve, par tous moyens, d'un tel manquement ».

(188) J.-F. Pillebout et J. Yaigre, *Droit professionnel notarial*, Litec, 8e éd. 2009, spéc. no 240, p. 102. – M. Latina, *La reconnaissance de conseil donné* : *Dr. et ville* 2013, no 75, p. 125 et s.

(189) Cass. civ., 11 janv. 1943 : *DC* 1943, 95.

puisqu'elle situe l'écrit à son niveau véritable : celui de la preuve de l'accomplissement par le notaire de sa mission. C'est ici la preuve de l'absence de faute – sans qu'aucune convention ne soit passée à propos de la responsabilité du notaire –, mais également la preuve de l'exécution de devoir de conseil qui sont ici rapportées. Une telle reconnaissance, après avoir été signée par le client, demeurera en la garde du notaire, ce qui peut paraître comme indispensable, notamment lorsque le client signataire de la reconnaissance est décédé et que le notaire est recherché par ses héritiers ou ayants droit. Dans la très grande majorité des cas, l'existence même d'une telle reconnaissance dissuadera le client d'engager une action contre le notaire, car celle-ci lui apparaîtra comme vouée à l'échec, ou au moins n'avoir que des chances minimes de succès. Si, en revanche, le client entend intenter une action judiciaire, et ce malgré la reconnaissance de conseils donnés, celle-ci sera produite au magistrat chargé de l'affaire qui devra alors en apprécier la portée et le contenu, et permettra de renverser l'ordre des présomptions existant et des vraisemblances (190).

4062 – Un contenu calqué sur celui du devoir de conseil. – Pour être pleinement efficace, la preuve de la délivrance du conseil doit contenir toutes les informations, mises en garde et conseils que le notaire est tenu de délivrer aux parties de manière à garantir la validité et l'efficacité de l'acte. Pour cette raison, la reconnaissance de conseils donnés devra reprendre, de manière tout aussi exhaustive qu'accessible, la teneur de l'information et du conseil qui ont été donnés oralement par le notaire à son client. Dès lors, s'il décide de rédiger une reconnaissance de conseils donnés, le notaire devra reprendre l'ensemble de ces informations et mises en garde, ce qui peut s'avérer être un travail long et fastidieux. Par ailleurs, l'opportunité de la rédaction d'une clause de conseils donnés devra être appréciée au cas par cas, en fonction du contexte, de la situation et de la qualité des parties. Pour éviter d'être qualifiée de clause de style, elle devra – tout comme le devoir de conseil que le notaire délivre – être personnalisée et établie sur mesure pour tenir compte de chaque opération. Ainsi les clauses floues, imprécises ou mal rédigées ne pourront être considérées comme valables et suffisantes, de même qu'une clause rédigée en des termes généraux se contentant d'affirmer que le client « déclare avoir reçu tous les conseils utiles » ne peut recevoir aucun effet. Ainsi, faire déclarer un client qu'il est parfaitement informé d'une difficulté, sans autre explication, et qu'il renonce à son recours contre le notaire est aussi insuffisant qu'inutile. De même que l'on peut redouter une surcharge d'informations dans une reconnaissance de conseils donnés délivrée aux parties qui risquent alors de ne pas y prêter attention.

L'art délicat de la rédaction de la reconnaissance de conseils donnés

Trop de conseils risquant de tuer le conseil (191), le notaire devra s'entourer de la plus grande précaution lors de la rédaction d'une clause ou reconnaissance de conseils donnés pour ne pas noyer les parties sous une masse d'informations qu'elles ne seront pas en mesure de déchiffrer. Il faut donc veiller, dans la présentation de ces informations, à les rendre accessibles et surtout compréhensibles pour un non-initié, en évitant de recourir à des termes juridiques trop complexes et abstraits pour un profane. Où l'on comprend que la rédaction d'une reconnaissance de conseils donnés relève d'un art bien difficile (192), puisque **celle-ci ne devra pas apparaître comme un mode de preuve arbitrairement constitué par lui, mais comme la preuve de l'accomplissement de son devoir de conseil**.

(190) Th. Sanséau et J.-F. Sagaut, *Responsabilité notariale, reconnaissance de conseils donnés* : *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, n^{os} 27 et 28.

(191) M. Jaouen, *La clause de conseil donné* : *JCP* N 2015, n^{o} 21-22, p. 55.

(192) J.-L. Landes, *La reconnaissance d'avis donné, un art difficile* : *Defrénois* 2018, n^{o} 29-32, p. 16 et s.

4063 **– Le formalisme de la reconnaissance de conseils donnés. –** La reconnaissance de conseils donnés peut tout aussi bien figurer dans l'acte concerné ou se présenter comme un écrit séparé de celui-ci. L'avantage de la reconnaissance figurant dans l'acte est d'établir immédiatement, par la simple lecture de celui-ci, que le conseil a bien été donné par le notaire. Cela permet au client de garder présent à l'esprit ce qui a pu être dit lors du rendez-vous de signatures, et d'éviter tout risque de perte et souci de conservation. Mais procéder ainsi peut également laisser croire que l'attention du client n'a pas été suffisamment mise en éveil, puisque découvrant la clause lors de la signature de l'acte et, n'ayant pas à la signer spécialement, il risque de ne pas en saisir toute la portée. Le risque réside alors dans la perte de lisibilité et d'accessibilité de la reconnaissance de conseils donnés. Pour cette raison, il est également possible de recourir à un document séparé, ce que la jurisprudence a admis en retenant que la preuve du conseil donné peut résulter « de toute circonstance ou document établissant que le client a été averti clairement des risques inhérents à l'acte que le notaire a instrumenté » (193). Il sera alors préconisé le recours à l'écrit sous seing privé séparé, qui fera l'objet d'une signature distincte par le client. Il est important que cette reconnaissance de conseils donnés se présente comme une déclaration émanant du client, datée et signée de sa main, au plus tard le jour de la signature de l'acte authentique. Une autre bonne méthode peut également consister à avertir le client par courrier, simple ou recommandé, ou par courriel ; cette solution peut cependant représenter un risque quant à la bonne réception de la reconnaissance de conseils donnés et ainsi prêter le flanc à la critique, bien qu'en pratique l'envoi par courrier ou courriel soit très rarement contesté.

4064 Il faut donc retenir que le statut d'officier public qui pèse sur le notaire comporte en lui, de manière consubstantielle, la mission de protéger l'équilibre contractuel. Au moyen des devoirs d'efficacité et d'investigation – permettant notamment d'assurer le contrôle de légalité des actes reçus –, mais également du devoir de conseil absolu qu'il doit à l'égard de toutes les parties à l'acte, le notaire, conseil impartial, est en soi une protection dans les relations contractuelles, à laquelle la jurisprudence veille avec exigence et rigueur eu égard à cette mission d'équilibre et de protection qui embrasse toute la fonction notariale. Assurant ainsi un lien social mais également un lien de droit entre la société et l'État, le notaire, au cœur de la société civile, contribue à l'effectivité du droit et demeure le garant d'un équilibre protecteur dans les relations contractuelles. Dès lors, on comprend que la loi impose le recours à l'acte authentique, acte formaliste garant d'un consentement éclairé, pour les actes de la vie civile les plus importants ainsi que pour ceux susceptibles de porter atteinte aux droits d'autrui.

CHAPITRE II Un acte formaliste garant d'un consentement éclairé

4065 **– Le formalisme comme mode d'accompagnement de la volonté. –** Si, conformément au principe du consensualisme, le simple échange de consentements suffit à la formation du contrat, et ce quel que soit son mode d'expression, la loi peut dans certaines situations

(193) Cass. 1re civ., 3 févr. 1998, no 96-13.201 : *JurisData* no 1998-000428 ; *Bull. civ.* 1998, I, no 44 ; *Defrénois* 1998, art. 36815, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* N 1998, no 19, p. 701, note J.-F. Pillebout.

imposer des formalités à défaut desquelles le contrat serait nul. On est alors en présence d'un formalisme proprement dit ou *direct*. Souvent présenté comme un modèle concurrent du consensualisme (194), le formalisme doit en réalité s'entendre comme l'accomplissement de règles de forme qui ne remplace pas la volonté, mais au contraire s'ajoute à elle afin de répondre et obéir à des préoccupations souvent plurielles : attirer l'attention d'un contractant sur la liberté de son acte, assurer la sécurité et la protection de la transaction, préconstituer la preuve du contrat, prévenir la fraude contre les tiers, favoriser la perception de l'impôt, *etc.* Dès lors, que le formalisme conditionne la validité, la preuve ou l'opposabilité de l'acte, les objectifs poursuivis peuvent être aisément regroupés sous la bannière de la protection : protection de la partie dite « vulnérable », en position de faiblesse ou profane par rapport à une partie contractante pouvant être qualifiée de « sachante », mais également protection des parties contre elles-mêmes, c'est-à-dire contre un engagement irréfléchi. Ainsi, à la souplesse contractuelle érigée comme clé de la fluidité des échanges commerciaux, répond une autre préoccupation tout aussi essentielle : la protection de l'équilibre contractuel.

4066 – L'acte authentique au cœur des solennités. – Pour assurer cet objectif, la loi a développé une pluralité de règles de forme en fonction du degré de protection à atteindre : ainsi, dans certains contrats, des mentions obligatoires, parfois manuscrites, seront imposées à peine de nullité de l'acte afin de renforcer la vocation d'information et d'explication des parties contractantes. Dans d'autres cas, la rédaction d'un acte écrit quelconque sera suffisante comme condition de validité de l'acte. Enfin, dans certaines situations, le législateur pourra imposer la solennité de l'authenticité comme condition de validité de l'acte. En recourant à l'acte authentique, le législateur entend ainsi que l'auteur de l'acte, ou les contractants, prennent la pleine mesure de leur engagement, qu'ils en mesurent la portée, la gravité ou encore l'étendue. C'est donc ce souhait de protection de l'intégrité du consentement et de promotion de la volonté éclairée des parties qui conduit à placer l'acte authentique – et à travers lui l'intervention de l'officier public – au cœur des solennités. Aussi le notaire – tenu au rigoureux devoir de conseil que nous venons d'étudier – sera tenu d'appeler l'attention des parties sur la portée et le sens des clauses des actes dont il s'agit, afin que chacune d'elles puisse contracter à l'aune d'un consentement éclairé. Ainsi, et comme l'a très justement développé la doctrine (195), dans l'intérêt général, le recours à l'acte authentique assure une constatation officielle de l'acte et permet à l'autorité publique d'en contrôler la régularité ; dans l'intérêt des parties cette fois-ci, le recours à l'acte authentique est la meilleure garantie de la liberté du consentement. Dès lors, on comprend aisément que la loi soumette à l'exigence de l'authenticité, à titre de condition de validité de la convention, la plupart des actes les plus importants de la vie civile. On parle ainsi pour ces actes de contrats solennels : tel est notamment le cas de tous les actes du droit des personnes et de la famille (**Section II**), mais également des actes assurant la protection de l'acquéreur d'immeubles à construire lorsqu'ils relèvent du secteur protégé du logement et du constituant d'hypothèque conventionnelle (**Section I**).

(194) Y. Jeanclos, *Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *Hommages à G. Boulvert*, Nice, éd. de l'Université de Nice, 1987, p. 333 et s.

(195) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, Sirey, 17e éd., no 304.

Section I La protection de l'acquéreur d'immeubles à construire et du constituant d'hypothèque conventionnelle

4067 On le sait, tout contrat de vente d'immeubles soumis aux formalités de publicité foncière doit, conformément aux dispositions de l'article 4 du décret du 4 janvier 1955, être préalablement passé en la forme authentique. Toutefois, l'inobservation de cette forme ne se traduit alors que par l'impossibilité de publier et, en conséquence, par l'inopposabilité du contrat aux tiers. Dès lors, le contrat de vente d'immeuble ne prend pas, à proprement parler, le caractère de contrat solennel, à la différence du contrat de vente d'immeubles à construire portant sur un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation lequel, à peine de nullité, doit être établi en la forme authentique. Il conviendra dès lors d'étudier les raisons qui ont motivé le législateur à ériger en contrat solennel le contrat de vente d'immeubles à construire (**Sous-section I**), tout comme la constitution d'hypothèque conventionnelle (**Sous-section II**).

Sous-section I L'acte authentique et la vente d'immeubles à construire

4068 **– La loi du 3 janvier 1967, un modèle d'équilibre contractuel. –** Faisant écho à une proposition formulée par le 63e Congrès des notaires de France en 1965 (196), la loi du 3 janvier 1967 instaurant la vente d'immeubles à construire – dont on a fêté il y a très peu de temps le cinquantième anniversaire (197) – apparaît aujourd'hui comme un modèle de qualité législative, tant dans sa conception – articles peu nombreux, clairs et courts – que dans son application, puisqu'elle a su séduire son public par les qualités et les opportunités qu'elle offre, au point d'être qualifiée par la doctrine « d'immense succès » (198). Mais la loi du 3 janvier 1967 est également vantée pour le modèle d'équilibre contractuel qu'elle constitue : elle a notamment su répondre aux besoins et attentes des opérateurs du secteur en permettant un financement de la construction en cours d'opération par les fonds de l'acquéreur tout en sécurisant leur situation financière. Ce modèle d'équilibre a ainsi inspiré les différents contrats de la promotion immobilière créés : du contrat de construction de maison individuelle (CCMI) à la vente d'immeuble à rénover (VIR), les outils mis au service des acteurs de la construction se sont alors développés en se fondant sur le modèle initial posé par le législateur de 1967. Aussi, depuis la loi du 3 janvier 1967, la recherche de l'équilibre contractuel est constante dans les contrats de construction du secteur protégé, au point que certains n'ont pas hésité à parler « d'ADN du secteur protégé du logement » (199) avec des régimes communs à tous ces contrats, qu'il s'agisse notamment d'un formalisme contractuel d'ordre public, d'un strict encadrement des paiements ou de l'obligation de produire des garanties financières de bonne fin de l'opération.

(196) 63e Congrès des notaires de France, Clermont-Ferrand, 1965, *L'accession à la propriété dans la construction moderne*. Le vœu avait été alors le suivant : « Qu'une loi sur la construction, réglementant les rapports de droit privé entre les parties, est entièrement souhaitable ».

(197) V. not. les travaux du colloque sur le 50e anniversaire de la vente d'immeubles à construire, tenu à Paris le 15 mars 2017 au Conseil supérieur du notariat, *Célébrer ensemble le cinquantième anniversaire de la vente d'immeubles à construire et donc en l'état futur d'achèvement* : *JCP* N 2017, nos 30-34.

(198) H. Périnet-Marquet, *Propos conclusifs : la loi du 3 janv. 1967, modèle ou top modèle ?* : *JCP* N 2017, nos 30-34, p. 81.

(199) J.-Ph. Tricoire et P.-J. Meyssan, *La Vefa et la protection du consommateur immobilier* : *JCP* N 2017, nos 30-34, p. 45.

4069 – Protection par un encadrement impératif de l'acte authentique de Vefa. – Pour assurer la réussite de ce modèle contractuel, le législateur a imposé un encadrement strict du contrat au profit des accédants à la propriété d'un logement, notamment avec la distinction du secteur libre et du secteur protégé. À une époque où le droit de la consommation moderne n'existait pas encore, on comprend que cela ait pu faire dire à M. Bergel que la loi du 3 janvier 1967 était peut-être la première grande loi de la consommation (200). On rappellera que les différents outils et leviers de protection mis en place par cette loi visent à assurer l'équilibre en une protection efficace de l'acquéreur, en l'informant avec précision sur l'objet et le contenu du contrat, tout en lui accordant une certaine maîtrise de son consentement – en lui permettant notamment de se rétracter après l'avoir exprimé – tout en sécurisant sa situation financière. Le logement étant une aspiration fondamentale et légitime de chaque individu, certains pourraient, pour la satisfaire, s'engager trop rapidement dans des liens d'un contrat beaucoup trop lourd pour eux. Dès lors, et comme le souligne la doctrine (201), « une information aussi complète que possible des obligations de chacun apparaît donc nécessaire ».

Le notaire garant du modèle contractuel de la vente en l'état futur d'achèvement

Au cœur de ce dispositif, le notaire apparaît, à raison de son statut d'officier public, comme le garant de ce modèle contractuel et de l'équilibre entre vendeur et acquéreur, au point qu'en secteur protégé le législateur a fait de la vente en l'état futur d'achèvement, tout comme de la vente en l'état futur de rénovation, un contrat solennel obligatoirement authentique. Aussi le notaire instrumentaire aura à vérifier, sous sa responsabilité, que le contrat contient bien l'ensemble des informations et mentions obligatoires prévues par la loi nécessaires à sa validité, afin d'assurer la protection de l'acquéreur qui contracte bien souvent dans un environnement qui lui est peu familier. Il assurera alors un contrôle strict du respect de la bonne application des dispositions d'ordre public aux termes de l'acte de vente en l'état futur d'achèvement, ainsi que la justification et l'efficacité des garanties correspondantes relatées et annexées à celui-ci.

4070 – Protection par l'intervention du notaire tout au long de l'opération de construction. – Il serait toutefois réducteur de circonscrire la protection apportée par le notaire au seul acquéreur d'un immeuble à construire, alors même que la vente en l'état futur d'achèvement apparaît comme l'aboutissement d'un processus bien plus large, l'opération de construction, au cours de laquelle la protection et la sécurité juridiques détermineront l'intervention du notaire à l'égard cette fois-ci des acteurs économiques de l'opération de construction : collectivités locales, aménageur, promoteur immobilier. Tout au long de cette opération de construction *lato sensu*, le notaire veillera à concilier et protéger les intérêts de chacun au regard des risques encourus, par une approche attentive et mesurée des contraintes légales et économiques, mais également par une pédagogie adaptée à l'ensemble des intervenants imposant par-là la rédaction d'un acte authentique équilibrée (202). Ainsi, lors de l'acquisition de l'assiette foncière – support de l'opération de promotion immobilière –, le notaire prendra notamment soin d'appréhender les risques attachés aux propriétés voisines (en cas d'imbrications d'ouvrages à démolir avec le voisinage), il s'assurera que le terrain n'est pas compris dans le périmètre d'un lotissement soumis à un cahier des charges,

(200) J.-L. Bergel, *Bilan et perspectives des livres I et II du Code de la construction et de l'habitation* : *RD imm.* 2004, p. 501.
(201) J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ-Lextenso, 10e éd. 2015, p. 931.
(202) V., en ce sens, l'étude de H. Bizot, *Le notaire face au risque en droit de la construction* : *JCP* N 2018, no 35, p. 323.

et que si le terrain appartient à une collectivité publique les formalités de déclassement et de désaffection ont bien été respectées. De même, il prendra soin de contrôler que le terrain ne consiste pas en un ancien site d'activités potentiellement polluantes, ou occupé par une faune et/ou une flore protégées, et qu'il n'est pas concerné par la carte d'archéologie préventive nationale ou par des risques issus d'un état des risques et pollutions avec prescriptions de travaux. Enfin, lors du montage de l'opération de construction, il conseillera au mieux le constructeur sur l'analyse et le choix de l'autorisation administrative de construire à retenir, de même que sur le mode de division de l'immeuble à édifier. Dès lors, on comprend que le notaire s'impose comme un acteur majeur du droit de la construction, dont la mission est entièrement tournée vers la protection de l'ensemble des parties prenantes à l'opération de promotion. Toutefois, nous cantonnerons les développements qui vont suivre aux divers mécanismes de protection du consentement dont bénéficie l'acquéreur d'un immeuble « sur plan », tant par les informations qui lui sont délivrées (**§ I**), que par les contrôles et vérifications opérés par le notaire quant au contenu du contrat (**§ II**), en s'attachant exclusivement aux cas du secteur protégé et de la vente en l'état futur d'achèvement.

§ I La protection du consentement de l'acquéreur par l'information

4071 **– Maîtriser le consentement. –** Pour permettre à l'acquéreur d'avoir une parfaite maîtrise de son consentement, le législateur a fait de l'acte authentique une condition de validité de la vente en l'état futur d'achèvement. En effet, conformément aux dispositions de l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation, le contrat de vente d'immeuble à construire en secteur protégé doit être conclu en la forme authentique, érigeant ainsi ce dernier en contrat solennel. Comme le souligne la doctrine (203), « l'intervention du notaire (...) assure à l'acquéreur une sécurité évidente, liée au devoir de conseil dû par ce professionnel ». Par ailleurs, l'acquéreur bénéficiera du délai de réflexion de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, lequel devra être purgé avec toutes les exigences y attachées : tel sera notamment le cas si le contrat définitif n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou si le délai doit être de nouveau purgé par suite de différences substantielles entre le contenu du contrat de réservation et celui du contrat définitif, offrant ainsi à l'acquéreur la possibilité de revenir sur son consentement après l'avoir exprimé. Enfin, dernier gage offert par la loi pour assurer à l'acquéreur la maîtrise de son consentement, ce dernier bénéficiera de la protection de l'acquéreur-emprunteur posée par les articles L. 313-40 et suivants du Code de la consommation s'il n'en a pas déjà bénéficié au stade du contrat préliminaire.

4072 **– Éclairer le consentement. –** Par-delà cette première salve de mesures protectrices, le législateur a tenu à s'assurer que l'acquéreur soit parfaitement informé et éclairé sur l'immeuble qu'il se propose d'acquérir « sur plan » lequel, à la date de la régularisation de l'acte définitif, n'est par définition pas encore achevé et parfois même n'existe qu'à un stade embryonnaire, les travaux n'ayant pas débuté. Aussi les contrats de vente d'immeubles à construire doivent comporter un certain nombre de mentions obligatoires, expressément visées à l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation. Il en va notamment ainsi de la description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu, de son prix et des modalités de paiement de celui-ci, tout comme du délai de livraison et de la garantie d'achèvement ou de remboursement. De même, le contrat définitif devra mentionner si le

(203) J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ-Lextenso, 10e éd. 2015, p. 931.

prix est ou non révisable et, dans l'affirmative, les modalités de sa révision. Le règlement de copropriété devra quant à lui être remis à chaque acquéreur lors de la signature de l'acte définitif, et être même communiqué préalablement à la régularisation de l'acte authentique. Enfin, le contrat devra encore comporter en annexes, ou par référence à ces documents déposés chez un notaire, les indications utiles relatives à la consistance et aux caractéristiques techniques de l'immeuble. Le notaire assurera ainsi un véritable contrôle de légalité, en veillant à l'existence de ces mentions et annexes obligatoires, à peine de nullité de l'acte (204).

4073 **– Informer sur la représentation de l'immeuble. –** Par ailleurs, la loi impose que l'acquéreur puisse recevoir une parfaite information sur l'immeuble à édifier. Aussi, en vertu de l'article R. 261-13 du Code de la construction et de l'habitation : « Pour l'application de l'article L. 261-11, la consistance de l'immeuble vendu résulte des plans, coupes et élévations avec les cotes utiles et l'indication des surfaces de chacune des pièces et des dégagements. (...) Les caractéristiques techniques résultent du devis descriptif servant de base aux marchés ou d'une notice descriptive conforme à un modèle type agréé par arrêté ministériel ». Enfin, « Un plan coté du local vendu et une notice indiquant les éléments d'équipement propres à ce local doivent [également] être annexés au contrat de vente ».

§ II La protection de fond de l'acquéreur et le contrôle du contenu du contrat

4074 **– Contrôle et appréciation du périmètre du secteur protégé. –** Comme nous l'avons rappelé au préalable, les règles du secteur protégé du logement encadrent non seulement la formation, mais également le contenu du contrat. Dès lors, la première vérification à opérer par le notaire consistera à s'assurer que la vente en l'état futur d'achèvement à recevoir relève ou non du domaine impératif du secteur protégé. De prime abord, cela peut paraître relativement évident, puisqu'à la lecture de l'article L. 261-10 du Code de la construction et de l'habitation, pour relever du secteur protégé, l'immeuble doit être à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel, et l'accédant doit avoir l'obligation d'effectuer des versements de fonds avant son achèvement. À cet égard, la Cour de cassation a rappelé dernièrement que le non-respect du champ d'application du contrat de vente d'immeuble à construire relevant du secteur protégé encourt la nullité, laquelle est relative, l'objet du contrat étant d'assurer la seule protection de l'acquéreur (205).

Qualifier, c'est protéger : le cas singulier des Vefa d'appartements compris dans des résidences de services et de tourisme

Il est des situations où la ligne de démarcation entre le secteur protégé et le secteur hors protégé est loin d'être évidente à apprécier. Tel est notamment le cas des résidences de services et de tourisme où les rapports entre le propriétaire de l'immeuble et l'exploitant de la résidence sont régis par un bail commercial. En effet, on le sait, l'exploitation de telles résidences avec fournitures de prestations hôtelières constitue une activité commerciale, et ce même si le bien immobilier concerné présente les caractéristiques d'un local d'habitation. Dès lors, il est permis de s'interroger sur le fait de savoir si la vente de lots dépendant de ces résidences de services ou de tourisme doit relever des règles protectrices du secteur protégé.

(204) On précisera que s'agissant des mentions et annexes obligatoires prévues à l'art. L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation, la nullité en question est une nullité relative ne pouvant être invoquée que par l'acquéreur, lequel ne peut s'en prévaloir qu'avant l'achèvement des travaux (cette appréciation se fait au jour de l'introduction de la procédure d'instance : Cass. 3e civ., 30 sept. 2015, no 14-12.845, FS-B+B : *Constr.-Urb.* 2015, comm. 160).

(205) Cass. 3e civ., 4 oct. 2018, no 16-22.095, FS-P+B : *JurisData* no 2018-016969.

La Cour de cassation s'est prononcée à ce sujet en 2016 dans deux arrêts importants : dans un arrêt du 7 avril 2016 (206), la cour avait tout d'abord retenu qu'un appartement situé dans une résidence hôtelière était à usage commercial dès lors que l'acquéreur le louait *via* un bail commercial, alors même que le 7 janvier 2016 elle ne s'était attachée qu'à la consistance des locaux, faisant abstraction de la gestion de ceux-ci, pour retenir l'usage d'habitation de locaux situés dans une résidence « seniors » (207). Dans un dernier arrêt rendu le 23 mai 2019, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel a « retenu exactement que peu importaient les modalités de gestion en résidence hôtelière de ce bien dont il dépendait, dès lors que le contrat préliminaire de réservation mentionnait la vente d'un deux-pièces en duplex avec mise en place d'une copropriété, tandis que l'acte authentique stipulait que les locaux achetés étaient à usage d'habitation » (208).

On relèvera que, dans ce dernier arrêt, il n'est pas fait de distinction suivant que les appartements sont ou non destinés à un usage de résidence principale. Dès lors, cet arrêt doit conduire, selon la doctrine (209), à faire abstraction du mode de gestion de la résidence pour déterminer l'usage des appartements se trouvant dans celle-ci, et ce quel que soit le régime de cette résidence. Aussi, si les locaux présentent les caractéristiques objectives d'un local à usage d'habitation et sont vendus comme tels, alors les dispositions du secteur protégé doivent être respectées. Faisant écho à cette dernière jurisprudence, certains auteurs (210) préconisent dès lors, pour sécuriser les actes de vente, de soumettre au régime du secteur protégé toutes les opérations aboutissant à la production d'un local présentant les caractéristiques d'un bien permettant l'habitation, au sens de l'article R. 111-1-1, alinéa 4 du Code de la construction et de l'habitation (211).

4075 **– Contrôle des clauses de mandat. –** Toujours dans un souci de protection de l'acquéreur, le notaire devra veiller à la rédaction des clauses par lesquelles les acquéreurs donnent mandat au vendeur pour accomplir des actes de disposition nécessaires à la réalisation de l'opération conformément aux dispositions de l'article R. 261-5 du Code de la construction et de l'habitation. Le texte précise par ailleurs que le mandat doit être donné avec suffisamment de précision et indiquer notamment la nature, l'objet et les conditions des actes en vertu desquels il est donné. Un mandat plus large peut également être consenti au vendeur s'agissant des actes qui porteraient sur des parties communes et qui se révéleraient nécessaires notamment pour satisfaire aux prescriptions d'urbanisme ou aux obligations imposées par le permis de construire, ou pour assurer la desserte ou le raccordement aux réseaux publics d'un immeuble ayant des parties en commun avec celui formant l'objet de la vente. La Cour de cassation veille sur ce dernier point à ce que la rédaction de ces clauses permette à l'acquéreur d'être parfaitement informé sur la nature et l'étendue des actes pour lesquels il donne pouvoir au vendeur (212). Or, et comme l'ont très justement relevé certains auteurs (213), en pratique l'étendue des pouvoirs conférés au vendeur sur le fondement de l'article R. 261-5 précité est apparue insuffisante au regard des besoins invoqués par les promoteurs immobiliers, au point que se sont développés et multipliés dans les actes de vente des mandats spéciaux bien souvent rédigés en des termes généraux. Or, on rappellera que l'article 1988 du Code civil – qui fonde le droit commun des mandats – précise que le

(206) Cass. 3e civ., 7 avr. 2016, no 15-11.342.
(207) Cass. 3e civ., 7 janv. 2016, no 14-29.665 : *JurisData* no 2016-00060 ; *JCP* N 2016, no 3, act. 172.
(208) Cass. 3e civ., 23 mai 2019, no 17-17.908, P+B+I : *JurisData* no 2019-008442.
(209) V. Zalewski-Sicard, *Résidence « hôtelière » et secteur protégé des ventes d'immeubles à construire* : *JCP* N 2019, nos 22-23, no 518.
(210) C. Davèze et J.-P. Prohaszka, *Bilan général de santé de la Vefa* : *JCP* N 2017, nos 30-34, p. 74.
(211) CCH, art. R. 111-1-1, al. 4 : « 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 ».
(212) Cass. 3e civ., 13 avr. 2010, nos 09-10.459 et 09-10.799 : *JurisData* no 2010-004171.
(213) C. Davèze et J.-P. Prohaszka, *Bilan général de santé de la Vefa*, préc.

mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, et que s'il y a lieu d'aliéner ou d'hypothéquer, alors le mandat doit être rédigé en des termes exprès. Dès lors, et pour éviter de tomber sous le coup de la nullité d'un acte qui aurait été régularisé à l'appui d'une clause de mandat rédigée en des termes trop généraux, voire imprécis, le notaire devra veiller à rédiger dans son acte des clauses de mandat équilibrées, conformes tant aux dispositions de l'article R. 261-5 du Code de la construction et de l'habitation qu'aux dispositions du Code civil.

4076 – Contrôle du respect de l'échelonnement du prix. – La protection la plus efficace de l'acquéreur en matière de vente en l'état futur d'achèvement passe par le strict encadrement du montant des paiements que peut exiger le vendeur en cours d'exécution des travaux. La grille réglementaire d'échelonnement des paiements est ainsi posée à l'article R. 261-14 du Code de la construction et de l'habitation, laquelle détermine les seuils des paiements et dépôts qui ne peuvent excéder certains pourcentages cumulatifs : 35 % du prix à l'achèvement des fondations, 70 % du prix à la mise hors d'eau et 95 % à l'achèvement de l'immeuble. Ce texte prévoit des paliers fixant des maximums de versement que le vendeur ne pourra outrepasser, de manière à s'assurer que la valeur des paiements effectués ne dépasse jamais celle des constructions réalisées. Sous la réserve de ces plafonds, des stades intermédiaires peuvent être prévus. Ainsi la situation de l'acquéreur paraît préservée puisqu'il ne paie qu'en fonction de ce qu'il reçoit dans son patrimoine et le notaire devra veiller au strict respect de cette grille d'échelonnement des paiements. Le seul écueil peut, le cas échéant, consister dans la production de fausses attestations relatives à l'avancement des travaux que pourrait être tenté de produire le vendeur pour solliciter le paiement d'une somme supérieure à celle correspondant au véritable stade d'avancement de la construction. Dans ce cas, le vendeur et les différents acteurs de l'opération courent le risque de s'exposer à des sanctions sévères (214), et notamment pénales prévues par les dispositions de l'article L. 263-1 du Code de la construction et de l'habitation. Enfin, nous ne reviendrons pas sur la question consistant à savoir si un promoteur peut appeler et percevoir une fraction du prix dès la conclusion du contrat de vente, alors même que les travaux n'ont pas commencé, ce point ayant été remarquablement traité dans le rapport du 111e Congrès des notaires (215) et n'ayant pas fait l'objet d'évolution depuis.

4077 – Contrôle des modifications opérées par le promoteur entre le contrat préliminaire et l'acte de vente. – Bien souvent, lorsque le promoteur régularise ces premiers contrats préliminaires, au titre de la commercialisation de son programme, les conditions de l'opération de construction – qu'elles soient financières ou techniques – ne sont pas arrêtées de manière définitive. Aussi, en imposant le recours au contrat préliminaire comme le seul contrat possible en secteur protégé du logement, le législateur a permis au promoteur de disposer d'un contrat « essentiellement prospectif » (216). En effet, dans le contrat préliminaire, contrat traditionnellement qualifié de *sui generis* (217), le promoteur ne s'engage pas à vendre mais seulement à réserver, conformément aux dispositions de l'article L. 261-15 du

(214) Cass. 3e civ., 19 mai 2016, nos 14-28.278 et 14-28.708 en matière d'attestations de complaisance et responsabilité diverses (vendeur, architecte et notaire pour défaut de vérification élémentaire). – Cass. 3e civ., 26 févr. 2013, no 11-22.183, en matière d'attestation de complaisance sur l'état d'avancement des travaux, perception indue du prix et responsabilité de l'architecte.

(215) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 4e commission, *Sécurité juridique et vente d'immeubles*, spéc. nos 4169 et 4170. – V. égal. sur ce point : J.-Ph. Tricoire et P.-J. Meyssan, *La Vefa et la protection du consommateur immobilier* : *JCP* N 2017, nos 30-34, spéc. nos 31 et s. – C. Davèze et J.-P. Prohaszka, *Bilan général de santé de la Vefa* : *JCP* N 2017, nos 30-34, spéc. nos 18 et s.

(216) V. concl. av. gén. ss Cass. 3e civ., 21 juin 1977, no 75-15.281 : *JurisData* no 1977-797270.

(217) Cass. 3e civ., 27 oct. 1975, no 74-11.080 : *D.* 1976, jurispr. p. 97, note E. Franck.

Code de la construction et de l'habitation, un bien à un acquéreur, de sorte qu'il n'y ait pas d'exécution forcée possible (218). Par suite, il est de la nature même d'un tel contrat que le promoteur ait la faculté de modifier les conditions de la vente entre la signature du contrat préliminaire et l'acte de vente définitif. L'article R. 261-30 du Code de la construction et de l'habitation pose toutefois un garde-fou, dans un souci de protection à l'acquéreur, en prévoyant que le projet d'acte de vente doit être adressé par le réservant au réservataire au moins un moins à l'avance avant la date de signature du contrat définitif. Ce délai offert au réservataire va notamment lui permettre de comparer le contenu de l'acte qui lui est soumis à celui du contrat préliminaire qu'il a conclu. Ainsi, en cas de modification constatée par le réservataire, ce dernier ne pourra pas contraindre le promoteur à régulariser un acte de vente définitif conforme au contrat préliminaire déjà signé (219), et ne pourra alors solliciter du vendeur que la restitution de son dépôt de garantie et le cas échéant des dommages et intérêts (220). En revanche, en cas de signature de l'acte de vente en l'état futur d'achèvement, l'acquéreur sera censé avoir accepté les modifications apportées et ne pourra dès lors plus former de contestation. Une dernière question se pose cependant : en cas de différence importante ou substantielle entre le contenu du contrat préliminaire et celui de l'acte définitif, le délai de dix jours de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation doit-il être rouvert à l'acquéreur ? Lorsque l'on sait que la jurisprudence de la Cour de cassation rappelle qu'en cas de modification déterminante du consentement l'acquéreur doit pouvoir disposer d'une nouvelle faculté de rétractation (221), la prudence s'impose. La pratique notariale se trouve alors dans une situation bien inconfortable, et ce d'autant plus qu'il n'existe pas de critère précis permettant d'indiquer à partir de quel seuil le délai doit être « repurgé » et la sécurité juridique de tous les acteurs du secteur s'en trouve nécessairement affectée (222).

– Contrôle de la souscription des assurances construction. – L'article L. 243-2 du Code des assurances impose au notaire d'exercer un contrôle quant à la souscription des assurances construction. Si, aussi curieux que cela puisse paraître, cette vérification ne résulte pas des dispositions du Code de la construction et de l'habitation, il convient ici de rappeler que la lettre de l'article L. 243-2 du Code des assurances impose simplement au notaire de mentionner « l'existence ou l'absence d'assurance » dans l'acte de vente définitif. Il faut donc en conclure que le seul fait d'indiquer dans l'acte l'absence de souscription d'une telle assurance ne l'affecte pas d'une quelconque nullité. Toutefois, un tel contrôle étant intrinsèquement lié au devoir de conseil qui pèse sur le notaire, ce dernier – en cas de souscription d'une police d'assurance dommages ouvrage – ne pourra se contenter d'en relater l'existence, mais devra « vérifier personnellement l'efficacité » (223) d'une telle police d'assurance responsabilité. De même, il ne devra pas se satisfaire d'une attestation délivrée par un courtier – ce dernier n'étant pas le mandataire de l'assureur, mais de son client pour placer le risque sur le marché de l'assurance – sauf dans l'hypothèse où il a été dûment habilité pour le faire et qu'il utilise un papier à en-tête de l'assureur (224). L'étude de la jurisprudence révèle que le notaire devra, au titre du contrôle qu'il aura à opérer sur le **4078**

(218) Cass. 3e civ., 18 déc. 1984, no 83-14.793.
(219) Cass. 3e civ., 27 avr. 2011, no 09-12.976.
(220) Cass. 3e civ., 20 oct. 2004, no 03-10.406 : *JurisData* no 2004-025359 ; *JCP* N 2005, no 5, 1076, note P. Cornille.
(221) Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, no 06-17.187 : *JurisData* no 2007-040556 ; *Constr.-Urb.* 2017, comm. 206, note P. Cornille.
(222) Pour une proposition de solution à envisager, V. not. C. Davèze et J.-P. Prohaszka, *Bilan général de santé de la Vefa* : *JCP* N 2017, nos 30-34, spéc. nos 37 et s.
(223) Cass. 1re civ., 18 févr. 1997, no 95-11.942.
(224) Cass. com., 12 oct. 2004, no 00-13.348.

document d'assurance qui lui sera transmis, vérifier que ce dernier vise l'article L. 242-1 du Code des assurances, comporte la mention d'un numéro de police, indique sans restriction la date de prise d'effet, mentionne le nom du souscripteur et l'adresse exacte du programme, précise que la prime prévisionnelle a été intégralement payée et enfin mentionne en secteur protégé l'absence de plafond.

4079 **– Contrôle de la souscription de la garantie financière d'achèvement. –** Enfin, dans le secteur protégé du logement, la protection de l'acquéreur est également complétée par l'exigence de la fourniture d'une garantie financière, obligation posée par l'article L. 261-10 du Code de la construction et de l'habitation. Si la garantie intrinsèque d'achèvement a été supprimée pour toutes les opérations dont le dossier de demande de permis de construire a été déposé postérieurement au 1er janvier 2015, le vendeur demeure tenu de produire une garantie financière d'achèvement de l'immeuble ou une garantie financière de remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement. Dès lors, les dispositions de l'article L. 261-11, *d)* du Code de la construction et de l'habitation prévoient que le contrat de vente de vente conclu en la forme authentique doit impérativement mentionner « la justification de la garantie financière prescrite à l'article L. 261-10-1, l'attestation de la garantie étant établie par le garant et annexée au contrat ». La mention de l'existence de cette garantie doit donc impérativement figurer dans l'acte authentique, la jurisprudence faisant peser sur le notaire l'obligation de s'assurer de l'efficacité de la garantie extrinsèque d'achèvement au moment de la conclusion de la vente (225). De même, une circulaire nº 2012-2 du Conseil supérieur du notariat du 25 janvier 2012 renforce les vérifications devant être faites par les notaires lors d'une vente en l'état futur d'achèvement. Cette circulaire prévoit notamment que le notaire doit, pour toute opération de promotion immobilière, à l'occasion du dépôt des pièces au rang de ses minutes, adresser à la chambre des notaires dont il dépend une déclaration conforme au modèle joint à cette circulaire attestant qu'il a bien effectué les vérifications prévues dans la liste annexée. Dès lors, on comprend l'importance de la tâche qui pèse sur le notaire de vérifier la souscription d'une garantie extrinsèque d'achèvement et de s'assurer de son efficacité pour le jour de la conclusion du contrat.

Sous-section II L'acte authentique et la constitution d'hypothèque conventionnelle

4080 **– Un formalisme historique. –** De tout temps, la constitution d'une sûreté, qu'elle soit réelle ou personnelle, a représenté un acte grave pour le constituant ou le garant nécessitant des mesures de protection importantes et justifiant la solennité en droit des sûretés. Ainsi, si à Rome l'hypothèque n'obéissait à aucune forme particulière, il n'en sera plus de même après une loi de 469 de l'empereur Léon. À partir de cette date, seules les hypothèques constatées par un tabellion ou par acte contresigné par trois témoins primaient toutes les autres, et ce malgré leur date de constitution (226). De même, Domat constatait dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel* que « par notre usage, les conventions donnent point d'hypothèque quand même elle serait exprimée, si elles ne passent pas devant notaire » (227). Cette solution avait été reprise par les rédacteurs du Code civil en 1804, l'ancien article 2127 disposant que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par écrit, et qui plus est par acte notarié. Cette exigence a finalement survécu à la réforme de

(225) Cass. ass. plén., 5 déc. 2014, nº 13-19.674 : *JCP* N 2014, nº 1268.
(226) J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2e éd. 2010, nº 763.
(227) J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre III, Titre I, Section I, art. 33, Paris, 1771, t. 1, p. 167.

2006, laquelle, dans un souci de simplification, décida cependant de supprimer le formalisme rituel exigeant la présence de deux notaires.

4081 **– Acte authentique et privilèges spéciaux immobiliers. –** Aujourd'hui, notre droit positif connaît, en matière de sûretés réelles, les hypothèques et les privilèges spéciaux immobiliers (228). Ces derniers permettent à un créancier de bénéficier d'un droit de suite et d'un droit de préférence, et doivent être inscrits dans un certain délai. Le rang du privilège n'est ici pas déterminé par la date d'inscription, mais par la date de naissance de la créance puisque, rappelons-le, il s'agit de sûretés légales : par conséquent, si le créancier a respecté le délai légal d'inscription, cette formalité rétroagit au jour de la créance. Le privilège naît donc automatiquement avec la créance et résulte de la volonté expresse du législateur. En ce sens, les privilèges spéciaux immobiliers présentent une identité de régime avec les hypothèques légales en ce qui concerne leur constitution, leur transmission, leur extinction et les droits qu'ils font naître au profit du créancier. Prenons le cas du privilège de vendeur d'immeuble pour le paiement du prix prévu à l'article 2374, 1°) *bis* du Code civil : ce dernier apparaît comme étant de la nature même de la vente d'immeuble, en ce sens qu'il naît de plein droit sans qu'il soit besoin, comme dans l'Ancien droit, de le stipuler dans une clause particulière. Théoriquement, la vente pourra résulter d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, mais l'acte authentique sera indispensable puisque le privilège, pour être efficace, devra être inscrit, ce qui suppose la publication de la vente elle-même, laquelle implique que l'acte de vente soit dressé en la forme authentique. Dès lors, l'acte authentique apparaît comme un *instrumentum* constatant une sûreté légale : il permet, pour en assurer la pleine efficacité, la publication d'une telle sûreté légale auprès des services de la publicité foncière, tout en lui conférant la force exécutoire, attribut essentiel de l'acte authentique.

4082 **– Acte solennel et constitution de sûretés réelles. –** En revanche, la loi imposera, pour la constitution de certaines sûretés réelles, un formalisme qualifié de direct, à savoir l'établissement d'un acte authentique à titre de condition de validité de l'acte constitutif. Tel sera notamment le cas pour la constitution d'hypothèque conventionnelle. En effet, à la différence des privilèges spéciaux immobiliers, constatant une créance légale, la loi a ici imposé l'acte authentique public comme mesure de protection à l'égard du constituant, la créance trouvant cette fois-ci son origine non pas dans la volonté du législateur, mais dans la volonté des parties. Dès lors, l'intervention du notaire éclairera le constituant sur l'étendue de son engagement et veillera à ce que ce dernier ait parfaitement conscience de la teneur et des conséquences de l'accord conclu avec son créancier. L'article 1346-2 du Code civil impose également l'acte authentique, comme condition de validité de la convention, pour la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur : toutefois, ce recours étant davantage justifié par un souci de protection des tiers que du débiteur (229), nos développements se cantonneront à l'étude de la protection du consentement du constituant d'hypothèque. Aussi, après avoir rappelé les principes et sanctions du recours à l'acte

(228) L'art. 2374 du Code civil dénombre neuf privilèges spéciaux immobiliers.

(229) En effet, dans un tel cas de figure, le débiteur ne voit pas sa situation aggravée puisqu'il se borne à transporter à un nouveau créancier les sûretés qui existaient déjà contre lui au profit d'un nouveau créancier. En revanche, l'acte authentique servira à déjouer des montages empreints de fraude. Tel sera notamment le cas d'un débiteur ayant acquitté une dette garantie par une hypothèque sur un immeuble, et qui souhaite quelques années plus tard souscrire un nouveau prêt. Il fait alors revivre la créance originaire éteinte au moyen d'une quittance subrogative antidatée, de manière à pouvoir offrir au nouveau créancier une subrogation dans les droits du créancier initial qui venait à un rang prioritaire. L'acte authentique faisant foi de sa date, à raison de l'intervention de l'officier public, fera dès lors obstacle à ce type de montage.

authentique pour toute constitution d'hypothèque (**§ I**), nous nous attacherons à en comprendre et en saisir les raisons (**§ II**).

§ I Les principes et sanctions du recours à l'acte authentique

4083 **– Une exigence textuelle : l'article 2416 du Code civil. –** Rappelé par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, l'article 2416 du Code civil pose comme principe que : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié ». La forme notariée s'applique également à l'hypothèque rechargeable ainsi qu'au prêt viager hypothécaire, tous deux issus de l'ordonnance précitée. Elle concerne également ce que la pratique nomme le « cautionnement hypothécaire », c'est-à-dire l'hypothèque consentie en garantie de la dette d'un tiers (230). L'hypothèque demeure ainsi l'une des rares conventions solennelles du droit français. L'acte authentique assurera ici la preuve de l'existence de la garantie, en permettra la publication au service de la publicité foncière afin d'en assurer son opposabilité aux tiers, et constituera surtout une condition de validité de la convention, dont l'inobservation sera sanctionnée par une nullité absolue (231). Rappelons par ailleurs que la convention d'hypothèque qui ne satisferait pas à cette exigence n'est pas susceptible de confirmation ; un nouvel acte sera alors nécessaire qui devra être passé en la forme authentique. Enfin, l'hypothèque portant sur un immeuble situé en France doit, conformément aux dispositions de l'article 2417 du Code civil, être établie par un notaire français puisque : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ». Il faut donc retenir que l'État d'accueil peut instaurer un domaine de compétence réservé, pour certains actes, à des juristes locaux, sauf convention internationale contraire. Cette solution, bien que critiquée par certains auteurs (232) en doctrine, a persisté en droit positif et paraît compatible avec la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La Cour de cassation a même précisé, à cet égard, que l'hypothèque devant grever un immeuble situé en France mais qui a été constituée à l'étranger (Côte d'Ivoire) est pleinement efficace dans la mesure où celle-ci a été valablement réitérée devant un notaire établi en France qui a procédé à son inscription (233).

4084

La promesse d'hypothèque ou les limites de l'exigence d'un acte authentique

La promesse d'affectation a depuis longtemps été reconnue comme valable par la jurisprudence (234). Jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, il s'agissait d'un simple engagement de faire qui pouvait être consenti soit sous seing privé, soit par acte authentique. La constitution de l'hypothèque était renvoyée à un acte ultérieur qui devait, quant à lui, être obligatoirement authentique. La sanction de l'inexécution de cette obligation consistait alors uniquement en la condamnation du promettant au paiement de dommages et intérêts. Désormais, la rédaction du nouvel article 1124, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, dispose dans son alinéa 2 que : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Est-ce à dire pour autant que la promesse d'hypothèque se trouve renforcée, puisque dorénavant la rétractation du consen-

(230) Cass. 3e civ., 15 févr. 2006, n° 04-19.847 : *Bull. civ.* 2006, III, n° 35.
(231) Cass. req., 3 nov. 1903 : *S.* 1906, 1, p. 529.
(232) G. Khairallah : *Rép. dr. int.* Dalloz, V° *Hypothèque*, n° 12. – M.-E. Ancel, *Lamy Droit des sûretés*, V° *Sûretés réelles en droit international privé*, n° 290-47. – C. Albiges, *L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne : Dr. et patrimoine* juill.-août 2006, p. 74.
(233) Cass. 1re civ., 12 juin 2013, n° 12-15.467. – *Adde*, N. Randoux, *La forme de l'hypothèque à l'heure des rapports juridiques transfrontaliers* : *JCP* N 2013, 1253.
(234) Cass. req., 5 nov. 1860 : *DP* 1861, jurispr. p. 300.

tement du promettant avant la levée de l'option n'est plus à craindre et ne fait plus obstacle à la formation du contrat ? Rien n'est moins certain. En effet, si – depuis l'ordonnance du 10 février 2016 – la promesse d'affectation hypothécaire procure davantage de sécurité juridique au stade de la formation du contrat, il n'en reste pas moins que lors de la formalisation de l'hypothèque auprès des services de la publicité foncière, le prêteur encourt toujours le risque d'être primé par tout autre tiers qui viendrait à faire inscrire une sûreté sur l'immeuble offert en garantie. De même, il ne faut pas perdre de vue que si, à l'occasion de la levée de l'option par le bénéficiaire, l'emprunteur venait à être en cessation des paiements, les dispositions de l'article 632-1, I du Code de commerce, frappant de nullité la constitution d'une hypothèque destinée à garantir une dette antérieurement contractée, trouveraient alors à s'appliquer.

§ II Les fondements du recours à l'acte authentique

4085 **– Protection du constituant de l'hypothèque. –** Si l'exigence de l'authenticité n'est pas ici indirecte, en ce sens qu'elle n'est pas imposée pour de simples raisons de publicité foncière, c'est incontestablement dans le souci de protéger le seul débiteur constituant. En effet, l'hypothèque agissant comme une sûreté sans dépossession, « inodore et indolore » (235) lors de sa constitution, il était essentiel de veiller à mettre en place un dispositif permettant de s'assurer de la parfaite prise de conscience du constituant quant aux conséquences de son acte. Fort de son statut d'officier public, garant de l'équilibre contractuel, le législateur a estimé que l'intervention du notaire répondait à ce besoin. Ainsi ce dernier saura attirer l'attention du constituant sur la portée et les risques inhérents à son engagement pour s'assurer de son consentement éclairé, justifiant ainsi le recours à l'acte authentique comme condition de validité de l'acte. Par ailleurs, cette volonté de protection du constituant se trouve renforcée par l'exigence du principe de spécialité, lequel implique l'identification de la créance garantie. En effet, selon l'article 2418 du Code civil, l'hypothèque ne sera valable que si le titre authentique constitutif de la créance déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie. De même, la cause de l'hypothèque, c'est-à-dire la créance, doit être déterminée dans l'acte constitutif d'hypothèque. Cette exigence, jadis imposée par la jurisprudence (236), est aujourd'hui prévue à l'article 2421 du Code civil. Enfin, il sera rappelé qu'aux termes de l'article 2423 du Code civil, l'hypothèque doit être également consentie, « pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité ». Le principe de spécialité fait donc obstacle à la conclusion d'hypothèque volante ou flottante, garantissant n'importe quelle créance dont peut être titulaire un créancier envers son débiteur et évite ainsi qu'une même sûreté ne puisse ruiner définitivement le crédit du constituant de l'hypothèque. Issue de la volonté des parties, la constitution d'hypothèque a donc été étroitement encadrée par le législateur au moyen d'exigences de forme auxquelles le notaire, dans son rôle d'agent de la légalité, devra scrupuleusement veiller.

4086 **– Protection du mandant d'hypothéquer. –** En application du principe de parallélisme des formes, le mandat d'hypothéquer devra également satisfaire aux mêmes exigences formelles que l'acte d'hypothèque, dont il permet l'accomplissement. Ainsi la procuration donnée en vue d'hypothéquer doit également être établie par acte notarié. Le constituant

(235) J.-F. Riffard, *Regards croisés sur le formalisme en droits des sûretés : quand le mieux est - parfois - l'ennemi du bien...*, in *Le formalisme*, LGDJ, 2017, p. 120.
(236) Cass. civ., 6 févr. 1939 : *D.* 1939, I, p. 53, note J.-S. Plassard ; *S.* 1941, I, p. 145, note R. Rodière.

recevra alors les conseils du notaire chargé d'authentifier le pouvoir et sera dès lors protégé au moment de l'établissement du mandat (237), comme il l'aurait été s'il avait signé l'acte constitutif d'hypothèque. De ce fait, il faut retenir que le contrat hypothécaire établi en vertu d'un mandat sous seing privé donné par le débiteur ne constate pas en la forme authentique le consentement de ce dernier et conduira à la nullité absolue de l'hypothèque. Une telle exigence formelle pour le mandat d'hypothéquer témoigne, s'il en était encore besoin, de la volonté du législateur de protéger exclusivement le constituant de l'hypothèque, puisque l'acceptation de celle-ci par le créancier peut, quant à elle, parfaitement résulter d'une procuration sous seing privé (238).

4087 **– Protection du créancier. –** Au demeurant, si les règles de forme relatives à la constitution d'hypothèque recherchent principalement à assurer la protection du débiteur, le créancier verra également son intérêt à l'intervention du notaire à l'occasion de la régularisation de l'acte constitutif de la sûreté. Le devoir de conseil auquel est astreint le notaire s'appliquant naturellement à l'hypothèque, ce dernier sera tenu de vérifier que l'immeuble grevé appartient effectivement au constituant, que les droits de celui-ci ne sont pas entachés de précarité, et il devra s'assurer de la capacité et des pouvoirs du constituant. L'intérêt du créancier est donc tout autant à l'origine de l'article 2416 du Code civil, puisque seul le notaire aura la possibilité de contrôler l'origine de propriété du constituant. De même, le notaire sera tenu de veiller à l'efficacité de l'acte et conférera à celui-ci la force exécutoire, laquelle pourra ouvrir la voie à l'exercice direct d'une mesure de contrainte contre le débiteur (239). En arrière-plan, il en va bien sûr du désir d'assurer le bon fonctionnement du crédit. Ainsi le notaire chargé de l'établissement d'un acte constitutif d'hypothèque, fût-elle de second rang, devra s'assurer de l'efficacité de la sûreté qu'il constitue au regard de la situation juridique de l'immeuble et appeler l'attention du créancier sur les risques d'insuffisance du gage inhérent à cette situation (240). De même, le notaire devra, une fois l'acte constitutif d'hypothèque régularisé, veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à l'inscription de la sûreté auprès des services de la publicité foncière, qui en garantit l'exécution. Enfin, et selon les circonstances, le notaire devra, au titre de son devoir de conseil, informer le créancier de la nécessité de procéder au renouvellement de l'inscription (241).

Section II La protection de la famille et du couple

4088 **– Le droit de la famille : berceau du formalisme. –** Comme cela a été très justement souligné, « le droit de la famille constitue le berceau du formalisme, sinon le lieu où celui-ci

(237) Cass. civ., 7 févr. 1854 : *DP* 1854, jurispr. p. 49. – Cass. req., 24 mai 1886 : *DP* 1887, jurispr. p. 222 ; *S.* 1886, 1, p. 247.

(238) On rappellera que par application de l'article 1844-2 du Code civil, il n'est pas nécessaire que la délibération spéciale de la société autorisant l'hypothèque soit notariée. Conçue comme une exception au principe du parallélisme des formes, la règle n'évite pas pour autant l'acte notarié pour la constitution de l'hypothèque. De même, l'application de cet art. ne devrait pas être étendue aux associations, dans la mesure où il constitue un texte dérogatoire au droit commun, expressément prévu pour les sociétés (V., en ce sens, Rép. min. n° 56969 : *JOAN* Q 10 déc. 1984, p. 5445).

(239) V. not. les développements qui vont suivre en 2e partie sur la force exécutoire.

(240) Cass. 1re civ., 3 oct. 1973 : *Bull. civ.* 1973, I, n° 263. – Cass. 1re civ., 5 oct. 1999, n° 97-14.545 : *Bull. civ.* 1999, I, n° 258.

(241) Cass. 1re civ., 23 nov. 1999, n° 97-12.598 : *Bull. civ.* 1999, I, n° 319.

agit avec le plus d'intensité » (242). Les exemples confortant cette thèse sont nombreux, tant en droit extrapatrimonial qu'en droit patrimonial : que l'on songe par exemple aux formes solennelles imposées pour le mariage, la reconnaissance d'enfant ou l'adoption ; que l'on pense également à la solennité de la renonciation anticipée à l'action en réduction introduite par la loi du 23 juin 2006 ou à celle de la donation entre vifs pour laquelle l'article 931 du Code civil impose la forme notariée. Là encore, ces formes solennelles poursuivent un but de protection empêchant notamment les engagements irréfléchis et ceux qui seraient le fruit d'une captation mal intentionnée.

4089 **– Une protection *supra partes* : la protection de la cellule familiale. –** Toutefois, l'une des particularités du droit de la famille par rapport au droit commun des obligations et des contrats réside notamment dans le fait que les actes qui en sont les instruments – la donation, la donation-partage, le contrat de mariage et le changement de régime matrimonial en particulier – ne peuvent être appréhendés comme des actes isolés qui épuisent leurs effets dans leur seule exécution. Comme l'a développé M. Brenner (243), « ils s'inscrivent au contraire dans un ensemble de relations très fortement marquées par le caractère institutionnel de la famille ». Leurs effets et retentissements sont loin d'être simplement immédiats et limités aux seules parties à l'acte en cause ; ils ont – au contraire – tendance à développer leurs conséquences dans la durée et à affecter de manière beaucoup plus substantielle que les actes à titre onéreux ordinaires la condition des parents, des créanciers ou des ayants cause. Dès lors, il nous faut retenir que si les formes solennelles tendent à assurer, en droit des contrats, la protection des parties à l'acte, en droit de la famille le formalisme n'est pas imposé que dans l'intérêt des parties à l'acte, mais aussi et surtout dans l'intérêt de la famille et des tiers intéressés et, par-delà, de la société qui a intérêt à ce que l'opportunité et l'efficacité de tels actes soient garanties dans toute la mesure du possible par l'intervention d'une autorité spécialement qualifiée. En effet, comme le souligne la doctrine (244), « l'organisation du droit de la famille repose sur la considération que des intérêts supérieurs interdisent de laisser libre cours à la recherche par chacun de son seul intérêt avec en ligne de mire la maximisation de son profit individuel ». Pour cette raison, le droit des régimes matrimoniaux et celui des successions et libéralités consistent en un corps de règles distinct du droit commun des obligations et des contrats. C'est pourquoi également la révolution consumériste n'y a jamais percé. Ici c'est la cellule familiale qui doit être protégée dans ses moyens d'existence et de perpétuation contre l'autonomie de la volonté individuelle, parce qu'elle constitue la base et le pôle de stabilité de l'organisation sociale.

4090 **– Une protection imposant un contrôle de l'État sur l'organisation de la famille. –** Une telle recherche de protection explique la très forte dimension politique de la matière et justifie l'existence d'un contrôle de l'État sur l'organisation, non seulement personnelle mais aussi patrimoniale de la famille dans l'intérêt de ses différents membres et des tiers. Ce contrôle se traduit classiquement par un ordre public de direction que manifestent en particulier la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future, l'irrévocabilité spéciale des donations, l'immutabilité des régimes matrimoniaux, *etc.* Mais, sous la poussée de l'individualisme, les limites à l'autonomie de la volonté ont fortement reculé ces dernières années au point que l'on parle aujourd'hui de contractualisation du droit de la famille pour rendre compte de cette évolution. Est-ce à dire pour autant que l'État aurait reculé et renoncé à exercer tout contrôle sur les volontés privées dans le domaine de la

(242) N. Laurent-Bonne, *La dictée du testament authentique, un succédané de formalisme rituel*, in *Le formalisme*, LGDJ, 2017, p. 11.
(243) C. Brenner, *Authenticité, droit de la famille : libres propos sur la déréglementation* : *JCP* N 2014, nº 41, 1297.
(244) C. Brenner, *Authenticité, droit de la famille : libres propos sur la déréglementation*, préc.

famille ? Assurément non, puisqu'à travers l'authenticité, le formalisme est devenu l'instrument privilégié d'un contrôle atténué mais persistant de la puissance publique sur l'activité juridique des individus dans l'intérêt général. Il n'est donc pas étonnant que l'authenticité soit exigée pour tous les actes fondateurs de la vie des familles. Elle permet ainsi à l'autorité publique de graver dans le marbre authentique les grands tournants de la vie des hommes pour qu'il en demeure, selon la belle expression de Cornu, « une charte donnant sur l'avenir, à chaque événement, sa constitution écrite » (245). Aussi la forme authentique fait de l'écrit le moment historique et solennel produisant, pour une durée que l'on veut la plus longue possible, des conséquences juridiques importantes sur la situation des intéressés. Tel sera notamment le cas en matière de donations (**Sous-section I**), mais également en matière de couples et de conjugalités (**Sous-section II**).

Sous-section I L'acte authentique et les donations

4091 Si l'acte authentique est imposé à titre de condition de validité de la donation par le Code civil, faisant ainsi de l'authenticité une zone de compétence exclusive (**§ I**), il est à noter le développement de donations en dehors de tout formalisme légal, conforté en cela par la jurisprudence qui en a validé le recours et le principe (**§ II**), selon un formalisme qualifié de « substitution ».

§ I Le recours au formalisme de l'authenticité : une zone de compétence exclusive

4092 **– Une exigence textuelle pour les donations : l'article 931 du Code civil. –** Les dispositions de l'article 931 du Code civil ne laissent aucun doute à l'interprétation : un acte portant donation entre vifs doit obligatoirement être reçu en la forme authentique. Ce formalisme direct et légal classe la donation entre vifs au rang des actes solennels, puisqu'il constitue une condition de validité de l'acte : tout manquement à ces dispositions est sanctionné par la nullité absolue.

4093 **– Les raisons du recours à l'acte authentique pour les donations. –** La première des raisons justifiant le recours à l'authenticité pour les actes de donation réside assurément dans le souci de protéger le consentement du donateur. Acte grave s'il en est, la donation – par nature irrévocable – appauvrit le donateur. Dès lors, l'intervention du notaire permettra de s'assurer de la portée de l'engagement du donateur et d'éviter que son acte soit consenti à la légère ou sous la pression de manœuvres frauduleuses. En régime consensuel, le donateur serait laissé sans défense contre lui-même et contre autrui, de même que contre un entraînement irréfléchi et contre les tentatives de captation de la part du donataire ; la solennité de l'authenticité lui assure ici cette double protection. Par ailleurs, l'établissement de l'acte en minute en assure la conservation, facilitant ainsi dans tous les cas le « rendez-vous » de l'acte libéral avec le jour de l'ouverture de la succession du donateur (246). L'acte de donation produisant des conséquences juridiques sur plusieurs générations, il faut pouvoir en apporter la preuve après de longues années : aussi, en dressant son acte, le notaire le fait entrer dans l'histoire ; par l'obligation qui lui en est faite de le conserver, il en préserve la mémoire. Par là, la sécurité juridique est assurée tant pour le donataire qui peut

(245) Cornu, *L'écrit dans la perspective du droit*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 247 et s.

(246) Pour une synthèse de ces arguments que la doctrine relève unanimement : M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1278, 2°. – V. égal. M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, thèse, éd. La Mouette, 2000-2001, n° 88.

ainsi faire valoir son titre que pour les héritiers qui pourront alors en tirer toutes les conséquences liquidatives au regard du rapport ou du dépassement de la réserve. En effet, la protection des réservataires et l'égalité des héritiers sont autant d'objectifs que la loi fixe et protège. Mais comment les assurer si les dons consentis par le défunt ne sont pas conservés, ou si, comme cela se rencontre bien souvent, les écritures bancaires retraçant les dons effectués par virements ne sont pas conservées plus de dix ans ? Dès lors, une juste et correcte application du droit successoral passe par la démonstration et la conservation de la volonté libérale, que le recours à l'acte authentique remplit par nature. De plus, l'acte de donation, dans sa confection, peut s'avérer complexe et recéler de nombreux pièges, notamment sur un plan fiscal, justifiant à nouveau le recours à l'authenticité : la liquidation des droits de mutation par le jeu du rappel des mutations antérieures, la détermination de la nature propre ou commune des valeurs transmises ainsi que la date de valorisation à prendre en considération sont autant de difficultés que le notaire saura appréhender et traiter sous sa responsabilité, assurant ainsi aux parties une protection dans leurs rapports avec l'administration fiscale. Enfin, et comme pour l'ensemble des actes qu'il aura à recevoir, le notaire instrumentaire veillera à la conformité de l'acte avec le droit positif, notamment à l'aune du principe d'irrévocabilité des donations interdisant de manière absolue l'insertion de clause ayant pour effet de permettre au donateur de reprendre, directement ou non, ce qu'il entend transmettre.

– Recours à l'authenticité pour la représentation d'une partie à un acte de donation. – Nous avons pu constater, dans les développements qui précèdent, que la représentation à un acte solennel que constitue une vente en l'état futur d'achèvement ou une constitution d'hypothèque conventionnelle exige l'établissement d'un mandat notarié. La représentation à un acte de donation – acte solennel – au moyen d'un mandat s'inscrit dans la même veine. Ainsi un donataire qui ne pourrait être présent le jour de la signature de l'acte pourra être représenté au moyen d'une procuration reçue impérativement en la forme authentique et exclusivement par le notaire. C'est toujours la même idée qui prévaut – laquelle s'inscrit dans une logique de parallélisme des formes – selon laquelle le consentement donné doit être protégé tant dans l'acte lui-même que dans le pouvoir qui l'autorise (247). Les conditions de la représentation du donataire sont clairement réglées par les dispositions de l'article 933 du Code civil, lesquelles précisent que le mandat, qui peut être général et donc ne pas intéresser une donation précise, doit être dressé en minute dont une copie authentique sera annexée à l'acte de donation. Rappelons que ces conditions valent également pour une procuration donnée en cas d'acceptation par acte séparé (248). Tout manquement à ce formalisme est sanctionné par la nullité tant de la procuration elle-même que de la donation qui en est la suite (249). Le seul assouplissement possible concerne l'obligation d'annexer le pouvoir, qui est éteinte dès lors qu'il y aura identité de notaire tant pour la procuration que pour la donation (250). Quant à la possibilité pour le donateur d'être représenté à l'acte de donation, le Code civil demeure – aussi curieux que cela puisse paraître – muet sur cette éventualité. Pour autant, tant la jurisprudence que la doctrine imposent également le recours à l'authenticité pour l'établissement d'un mandat permettant au donateur d'être représenté à l'acte de donation. Une telle position s'explique tout d'abord par l'application d'un certain parallélisme des formes, mais également par le souci

4094

(247) M. Nicod, note ss Cass. 1re civ., 11 sept. 2013 : *Defrénois* 15 nov. 2013, no 21, p. 1090.
(248) C. civ., art. 933.
(249) Cass. 1re civ., 11 sept. 2013, note préc., il s'agit d'une nullité absolue pour défaut de respect du formalisme requis *ad validitatem*.
(250) M. Nicod, note préc. ; *adde* : CA Caen, 9 juill. 1962 : *JCP* 1962, II, 12840 ; *RTD civ.* 1963, p. 127, obs. R. Savatier.

d'imposer au mandat conféré par le donateur une solennité similaire à celle dont relève la représentation du donataire (251). Par ailleurs, et à la différence des mandats permettant au donataire d'être représenté – lesquels nous l'avons vu peuvent être généraux –, ici tout pouvoir général est exclu (252). Dès lors, l'appauvrissement sans contrepartie du donateur suppose que cela soit très précisément circonscrit et détaillé dans le mandat, de même que les conditions qui l'accompagnent afin que la protection apportée dans l'acte au donateur le soit également dans la procuration lui permettant d'être représenté.

4095 – Recours à l'authenticité pour les partages d'ascendants. – La singularité de la donation-partage ne fait pas obstacle au recours à l'authenticité, laquelle est également soumise par principe au formalisme prévu par l'article 931 du Code civil. En réalité, et comme l'a très justement éclairé la doctrine (253), le formalisme du recours à l'authenticité ne couvre que la donation elle-même, puisque le partage qui peut intervenir dans un second temps est parfaitement réalisable par acte sous seing privé. La seule et unique condition imposée pour que l'ensemble de ces opérations soient placées sous la bannière du partage d'ascendant consiste en ce que ce partage subséquent intervienne avec la participation du parent donateur (254). En revanche, la Cour de cassation n'a pas manqué de rappeler le caractère exclusivement notarié du partage d'ascendant, lequel ne peut résulter que d'un seul et même *instrumentum* et non du regroupement de plusieurs donations successives (255), bien que certains admettent qu'une collection de dons manuels puisse constituer une donation-partage pour peu qu'un pacte adjoint vienne à en établir l'indivisibilité (256). Le formalisme exigé en matière de donation-partage n'a pas ici exclusivement pour vocation de protéger le consentement du donateur, mais également celui du donataire, lequel doit pouvoir appréhender de la manière la plus claire qu'il soit les conséquences pour lui de l'acte libéral qu'il accepte, et qui ne manqueront pas dans un avenir plus ou moins proche de produire à son égard des effets financiers. On pense naturellement au caractère intangible du partage – qui nécessitera auprès des attributaires une information toute particulière délivrée par l'officier public lors de la régularisation de l'acte –, lequel interdira à l'attributaire ayant vu la valeur de son lot réduire à la faveur de circonstances économiques totalement indépendantes de sa volonté de solliciter un rattrapage ou une compensation lors de la succession du donateur. Dès lors, retenons que le recours à l'authenticité en matière de donation-partage permettra d'éclairer le consentement de l'ensemble des parties sur l'accord de volontés permettant la répartition qui devra s'exprimer tant sur la donation que sur la répartition qu'elle réalise. À cet égard, il nous faut citer cette décision de la Cour de cassation du 13 février 2019 (257) – ayant trait à une donation et un partage résultant d'actes distincts –, laquelle précise, d'une part, que « la donation-partage, qui peut être faite en deux temps (...), ne constitue pas un partage ordinaire que les attributaires pourraient contester mais un partage fait par l'ascendant de son vivant et selon sa volonté » et, d'autre part, que « le partage d'ascendant se forme dès que l'un des enfants a accepté son lot ». Ainsi la Cour de cassation justifie la singularité de la donation-partage sur le fait qu'elle repose sur la volonté du donateur,

(251) *JCl. Civil Code*, Art. 931, Fasc. 10, nos 59 et 60, par J.-F. Monterdon. – Cass. req., 1er déc. 1846 : *DP* 1847, I, p. 15 ; *S.* 1847, I, p. 289.
(252) Cass. 1re civ., 29 juin 1983 : *Defrénois* 1984, art. 33267, obs. G. Champenois.
(253) M. Grimaldi, *Droit civil, libéralités, partages d'ascendant*, Litec, 2000, no 1791.
(254) M. Grimaldi, *Droit civil, libéralités, partages d'ascendant*, *op. cit*.
(255) Cass. 1re civ., 1er déc. 1999 : *Bull. civ.* 1999, I, no 327 ; *JCP* N 2000, p. 1844, note M. Dagot ; *RTD civ.* 2000, p. 884, obs. J. Patarin. – Cass. 1re civ., 3 janv. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, no 3 ; *D.* 2006, pan. 2073, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 2007, p. 610, obs. Grimaldi.
(256) M. Iwanescko et C. Brenner, *Le traitement civil du don manuel : les conséquences liquidatives* : *Actes prat. strat. patrimoniale* déc. 2012, no 4, p. 36, no 25.
(257) Cass. 1re civ., 13 févr. 2019, no 18-11.642, F-P+B : *JurisData* no 2018-001941.

laquelle prime sur celles des donataires qui ne sont que des copartagés. Dès lors, le donateur est libre de gratifier, comme il le souhaite, ses héritiers présomptifs en établissant cependant lui-même « une répartition matérielle de ses biens entre ses descendants » (258). Par ailleurs, l'acceptation d'au moins un des donataires rend valable et opposable aux autres donataires la donation-partage, de sorte que le refus d'un donataire à signer l'acte ne remet pas en cause sa validité.

– Recours à l'authenticité pour les conditions et opérations annexes aux donations et donations-partages. – Si l'authenticité demeure l'apanage des donations, tombent également dans le giron de l'authenticité les conditions qui font immanquablement corps avec elles ainsi que les opérations annexes que l'on trouve très usuellement dans les donations-partages. Tel est le cas notamment des réincorporations des donations antérieures. Si, en suivant la doctrine majoritaire, on admet qu'il s'agit en réalité de révocation conventionnelle par *mutuus dissensus* (259) d'une donation, soit d'une donation dans l'autre sens pour permettre ensuite un réallotissement – avec ou sans changement d'attributaire –, le formalisme de l'article 931 du Code civil s'impose naturellement. Il en est de même pour les réversibilités d'usufruit au bénéfice d'un cofondateur ou d'un tiers, lesquelles consistent également en des donations qui se rajoutent à la donation principale. Il s'agit là de donations de biens présents, à terme (260), et ostensibles même si l'on peut y voir une des applications de la stipulation pour autrui. Dès lors, l'intention libérale est clairement contenue dans l'acte, faisant ainsi basculer sans discussion les réversibilités d'usufruit dans le champ d'application de l'acte notarié solennel, imposant la présence effective du notaire (261). **4096**

– Recours à l'authenticité pour les donations-partages transgénérationnelles et libéralités graduelles et résiduelles. – Le domaine de l'authenticité trouve également à s'appliquer dans les donations-partages réalisées entre descendants de degrés différents. La génération intermédiaire venant à renoncer à tout ou partie des biens qui lui sont transmis ne pourra voir cette renonciation recueillie que par acte notarié. Ici l'ensemble de la transmission constitue, de par la fiction de la loi, une double donation-partage : en effet, la renonciation porte ici sur des biens eux-mêmes transmis à titre gratuit, en sorte qu'il existe en réalité une double libéralité, même si sur un plan fiscal il est admis de ne taxer qu'une mutation unique au profit du bénéficiaire final. De même, l'authenticité paraît également réservée pour les libéralités graduelles et résiduelles. Cependant, il y a lieu de relever qu'il a été soutenu que la confection d'une clause contenant la charge de retransmettre peut faire corps avec un pacte adjoint (262). Une telle position paraît éminemment contestable, ce que certain n'a pas manqué de développer avec raison (263), en soulignant notamment que la stipulation d'une clause résiduelle ou graduelle sans contrepartie et en faveur d'un second bénéficiaire constitue assurément une donation ostensible au bénéfice de ce dernier qui ne peut se réclamer d'aucun formalisme de substitution. Dès lors, en suivant un tel raisonnement, il apparaît bien que ce n'est pas la tradition qui est le vecteur de la libéralité seconde, mais bien l'acte qui impose la charge de retransmettre justifiant le recours à l'authenticité. **4097**

(258) Cass. 1re civ., 6 mars 2013, nº 11-21.892. – Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, nº 12-25.681.
(259) J. Flour et H. Souleau, *Les successions*, Paris, Armand Colin, 1982, nº 557. – M. Grimaldi, *Droit civil, libéralités, partages d'ascendant*, Paris, Litec, 2000, nº 1776, p. 556.
(260) Cass. 1re civ., 21 oct. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, nº 291 ; *JCP* 1997, II, note Harel-Dutirou ; *RTD civ.* 1998, p. 721, obs. J. Patarin, et obs. F. Zenati. – Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, nº 05-10.727 : *D.* 2007, p. 1731, obs. C. Delaporte-Carré ; *RTD civ.* 2007, p. 605, obs. M. Grimaldi.
(261) S. Durand, *La constitution de la réversion d'usufruit* : *JCP* N 16 mars 2001, nº 11, p. 592.
(262) P. Murat, *Le choix du support d'une clause graduelle ou résiduelle* : *JCP* N 2012, nº 17, spéc. nº 31.
(263) G. Bonnet, *Pour un formalisme raisonné des donations*, in *Le formalisme*, LGDJ, 2017, p. 61.

§ II Le recours au formalisme de substitution : la donation sans forme

4098 – Mouvement de désolennisation des donations. – Des développements qui précèdent, il ressort que l'article 931 du Code civil réserve à l'authenticité une zone d'activité exclusive pour les donations. Cela étant, nous ne pouvons que constater – et déplorer – le mouvement actuel de désolennisation des donations, appuyé en cela sur des thèses doctrinales et des accommodements jurisprudentiels venant tempérer ce principe d'ordre public de recours à l'authenticité. Ce mouvement libéral tend ainsi à réduire comme une peau de chagrin le domaine de compétence réservé de la donation authentique aux seuls biens rétifs à une tradition, c'est-à-dire, d'une part – pour des fins de publicité foncière –, les biens immobiliers et, d'autre part – pour des raisons de publicité de transfert –, les parts sociales. En effet, l'obligation de publier l'acte constatant le transfert pour le rendre effectif à l'égard des tiers ne permet pas d'imaginer que celui-ci ne révélerait pas l'intention libérale et ainsi contreviendrait directement à l'article 931 du Code civil, sans compter les formalités relatives à l'agrément des associés et la signification à la société (264). Cependant, pour les autres donations, principalement celles qui reposent sur la tradition, il apparaîtrait que le recours à cette même tradition peut satisfaire certains caractères justifiant des entorses au principe de l'authenticité. Pour autant, et comme le souligne une partie de la doctrine (265), le notaire est sans aucun doute l'une des personnes qui, dans l'exercice de son ministère, rencontre le plus souvent des donations « désolennisées » : au moment d'un divorce, lorsqu'un des époux se souvient que la résidence principale a été financée par un don manuel des parents ; lors d'un décès, quand certains héritiers entendent soumettre aux règles du rapport une donation de sommes d'argent non révélée ; ou lors d'une transmission à titre gratuit, lorsqu'il faut rappeler fiscalement les donations antérieures. Mais ce courant de désolennisation des donations s'inscrit dans un tout autre registre, justifiant l'impasse sur l'acte authentique par le recours à un formalisme autre, dit « formalisme de substitution » aux vertus – prétendues – égalées à celles de l'authenticité.

4099 – La thèse du « formalisme de substitution ». – Le courant de désolennisation des donations prend corps à l'appui de la thèse du formalisme de substitution développée par le doyen Ripert (266). Celle-ci suppose que si le formalisme authentique a pour vocation de protéger le consentement des parties et plus particulièrement celui du donateur en attirant son attention sur l'acte, par nature irrévocable, alors tout formalisme qui viendrait en remplacement de celui prévu par la loi pourrait remplir cette fonction : tel serait ainsi le cas de l'acte d'emprunt pour la donation indirecte, la simulation sur la cause catégorique pour la donation déguisée (267) et la tradition pour le don manuel, lequel ressort d'une variété de donations indirectes. Forte de cette position doctrinale, et loin d'abandonner l'exigence de formalisme, la jurisprudence accepte de sauver la libéralité, sur l'autel de l'authenticité, dans la mesure où, bien que contrevenant aux dispositions de l'article 931 du Code civil, un formalisme est porté par un autre acte susceptible de l'accueillir qui n'altère pas la fonction protectrice du consentement.

4100 – Critiques du formalisme de substitution. – Les raisons apportées à cette construction jurisprudentielle ne sont pas exemptes de critiques – à l'aune de la protection du consente-

(264) *Contra* cependant pour les parts sociales : N. Peterka, *La diversité objet du don manuel : Actes prat. strat. patrimoniale* déc. 2012, n° 4, art. 32, n^{os} 7 et s.
(265) G. Bonnet, *Pour un formalisme raisonné des donations*, préc., p. 55.
(266) G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, n° 3351.
(267) Sur la notion de cause catégorique, V. H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français - Contribution à la théorie générale des donations*, LGDJ, 1985.

ment –, lesquelles n'ont pas manqué d'être développées par une partie de la doctrine éminente en la matière (268).

4101 Sur un plan historique tout d'abord, l'étude de l'Ancien droit démontre qu'il n'a jamais été dans l'intention des législateurs successifs de rassembler sous la bannière de l'authenticité l'ensemble des donations. Ainsi le professeur Nicod (269) a rappelé que l'article 931 du Code civil est directement issu de l'ordonnance de 1731 émanant du chancelier d'Aguesseau. Or, si aux termes de cette ordonnance tout acte « portant » donation devait être reçu devant notaire, c'est parce que l'Ancien droit admettait déjà le fait que certains biens puissent être remis de la main à la main et à titre gratuit, sans *instrumentum* autre que cette remise, laquelle suffisait alors à assurer la protection du donataire contre un éventuel changement d'attitude de son bienfaiteur. Le détenteur d'un bien remis par voie de tradition peut alors toujours déjouer toute revendication sur le fondement de la possession conformément aux dispositions de l'article 2276 du Code civil. Cette fonction protectrice de la tradition a donc toujours joué un rôle formel équivalent à celui de la solennité, ce qui en fait un redoutable concurrent de l'acte authentique puisqu'il coexiste toujours avec lui. Cela étant, il est à noter que la volonté de protection s'est probablement déplacée au fil du temps pour se recentrer davantage aujourd'hui vers celui qui subit irrévocablement l'appauvrissement. Mais, en tout état de cause, l'évasion du don manuel du champ d'application du formalisme légal des donations s'enracine plus vraisemblablement dans l'Histoire que dans une improbable quête d'un formalisme de substitution.

4102 Par ailleurs, les tempéraments de la jurisprudence à l'égard de ces donations sans forme peuvent également s'expliquer – toujours sur un plan historique – par la faiblesse des enjeux économiques que véhiculaient alors les dons manuels. Pourquoi en effet légiférer sur des transferts représentatifs de peu de valeur mobilière faisant ainsi écho à l'adage *res mobilis, res vilis* ? Or cette analyse est aujourd'hui largement prise à défaut, et nous ne pouvons que constater que le mouvement de désolennisation des libéralités s'est irrémédiablement amplifié à une période où le transfert de richesses mobilières prenait de l'essor. Aussi, avec le développement des techniques cambiaires, sont aujourd'hui validés de multiples transferts de richesses, sur le fondement d'une conception extensible et plastique – voire dématérialisée – de la tradition : ainsi, en matière de somme d'argent, a-t-il été décidé, dans le cas d'un virement, que la tradition résultait de l'inscription de cette somme au crédit du compte du bénéficiaire, le silence de celui-ci valant alors acceptation implicite de cette réception (270). De même, en matière de chèque bancaire, il a été jugé que c'est la remise de cet effet qui constitue la tradition, dès lors que la provision existe au moment de cette remise (271).

4103 **– Propos conclusifs sur le formalisme de substitution. –** En définitive, l'analyse suivant laquelle ce formalisme de remplacement remplirait une fonction protectrice du consentement est pour le moins discutable ; il faut davantage voir, dans ce phénomène d'amplification des dons réalisés hors de la forme solennelle, une volonté des juges de vouloir sauver un acte libéral frappé d'un vice de forme et une notion de tradition juridique à géométrie variable qui admet depuis l'Ancien droit une équivalence des formes. Toutefois, si dans un premier temps le sauvetage prétorien et *in extremis* de ces libéralités sans forme permettra de conforter la sécurité de ceux qui les ont initiés, il lui succédera dans un second temps une

(268) G. Bonnet, *Pour un formalisme raisonné des donations*, préc., p. 56 et 57.
(269) M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, thèse préc., n° 398.
(270) N. Peterka, *La diversité objet du don manuel* : *Actes prat. strat. patrimoniale* déc. 2012, n° 4, art. 32, n° 10.
(271) N. Peterka, *La diversité objet du don manuel*, préc., n° 10.

phase d'insécurité juridique pour les récipiendaires de ces dons au moment du règlement de la succession du donateur, afin qu'il en soit tenu compte dans les opérations liquidatives.

4104 **– Développement croissant du recours au don manuel. –** S'il paraît illusoire de vouloir prôner une authenticité obligatoire pour toute forme de don (272), la réalité nous rappelle le succès d'un développement croissant du recours au don manuel. Dénué de tout formalisme, il porte en lui les germes – somme toute relatifs – de la simplicité et de la rapidité, vertus ô combien appréciées par nos sociétés modernes. Non défini par le Code civil, qui n'en utilise même pas les termes, le don manuel s'apparente selon la doctrine à la « donation faite de la main à la main, par simple tradition, d'une chose mobilière » (273). Dès lors, si le don manuel ne satisfait pas par définition au formalisme légal des donations entre vifs, il se réalise en réalité par la simple tradition de l'objet donné. « La tradition n'intervient pas ici, comme dans la plupart des contrats, pour exécuter la convention ; elle forme, en outre et surtout, un élément constitutif, une cause efficiente de la libéralité même » (274). La validité du don manuel suppose donc que la propriété d'une chose puisse être valablement transférée par sa seule tradition. Cela ne pose pas de difficulté particulière concernant la remise de la main à la main de biens corporels. En revanche, la dématérialisation des valeurs mobilières a ouvert le champ des possibles au don manuel, sans pour autant que la technique de réalisation en soit modifiée. Ainsi un ordre de virement, soit bancaire, soit sur les registres de la société servira de support à la dépossession des droits sociaux. Une réserve est toutefois à relever concernant les parts sociales pour lesquelles certaines formalités préalables vont s'opposer à la simplicité inhérente à un ordre de mouvement : la nécessité d'obtenir l'agrément du nouvel associé, l'intervention de la société aux fins de signification et surtout l'obligation de publier la mutation au greffe imposeront la rédaction d'un acte écrit à titre de preuve qui ne pourra que révéler et contenir sa dimension gratuite ne permettant pas alors d'échapper au formalisme édicté par l'article 931 du Code civil. En revanche, le transfert par don manuel d'actions ne souffre pas des mêmes contraintes, puisque sa négociabilité le soustrait aux objections que nous venons d'énoncer.

4105 **– Faiblesses et insécurité juridique des dons manuels. –** Si les dons manuels n'obéissent pas aux règles de forme des donations, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis à leurs règles de fond. Où la simplicité séduisante et apparente du recours au don manuel – principalement inspirée par des motivations fiscales – peut très vite faire déchanter le profane...

4106 Ainsi, **sur un plan civil**, rappelons avec insistance que ce don supposera une dépossession irrévocable, sous peine de frapper de nullité le transfert d'argent qui ne respecterait pas cet impératif (275). Par ailleurs, l'existence de la provision au moment de la remise du chèque demeure une exigence absolue. De même, devant obéir aux dispositions du droit des régimes matrimoniaux, un époux commun en bien ne pourra disposer des fonds communs sans l'accord de son conjoint, sous peine de nullité de l'opération pour violation des règles

(272) X. Lagarde, *Réflexions sur le fondement de l'art. 931 du Code civil* : *RTD civ.* 1997, p. 36, n° 8, « Il y aurait beaucoup d'histoires à défaire pour remettre en cause le don manuel ».

(273) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant.

(274) P. Bressolles, *Théorie et pratique des dons manuels*, thèse, Paris, 1885, p. 105.

(275) Soit pour le cas où le transfert a lieu sur un compte où le donateur avait procuration : Cass. 1re civ., 3 mars 1987 : *Bull. civ.* 1987, I, 1987, n° 82. – CA Paris, 19 mars 1991 : *D.* 1991, inf. rap. p. 126. – Cass. 1re civ., 3 mai 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, 210. – Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 294 ; soit pour le cas où le transfert a lieu sur un compte joint avec le donataire : Cass. 1re civ., 17 avr. 1985 : *JCP* G 1985, IV, p. 227 ; *D.* 1986, I, p. 21, note M. Muller.

de cogestion (276). Enfin, le don manuel consenti à un héritier réservataire sera présumé rapportable, la jurisprudence de la Cour de cassation n'ayant jamais admis qu'une présomption de préciput fut attachée au seul fait que le formalisme légal ait été écarté ; dès lors, pour pouvoir y déroger (277), l'écrit sera nécessaire.

Sur un plan fiscal à présent, le régime singulier du don manuel peut également réserver quelques surprises pour son initiateur. En effet, il faut également ici rappeler que le fait générateur des droits de donation sera constitué au choix par la date de déclaration, de la révélation, de la reconnaissance judiciaire ou du rappel fiscal du don manuel. Toutefois, le donataire qui choisira le cas de la révélation spontanée d'un don d'un montant supérieur à 15 000 € se verra offrir une option lui permettant de souscrire une déclaration de don manuel et d'acquitter les droits ultérieurement, soit dans le délai d'un mois suivant la révélation, soit dans le délai d'un mois suivant le décès du donateur, conformément aux dispositions de l'article 635 A du Code général des impôts. Les droits seront alors dus sur la valeur des biens au jour de la déclaration, ou la valeur au jour du don manuel si elle est supérieure ; en revanche, les tarifs applicables seront ceux en vigueur au jour de la déclaration, c'est-à-dire du paiement. **4107**

Mais c'est certainement **sur le plan probatoire** que se concentre l'essentiel du contentieux. Tant que le don manuel porte sur des biens meubles corporels, l'article 2276 du Code civil trouvera à s'appliquer, établissant notamment une présomption de don manuel de par la possession réelle du bien. En revanche, sortie des dons manuels portant sur des biens meubles corporels, les règles du droit commun de la preuve trouveront alors à s'appliquer, de sorte que la preuve du don incombera à celui qui l'invoque : une tâche qui s'avérera bien compliquée pour le bénéficiaire du don, et ce d'autant plus qu'il faudra par ailleurs qu'il établisse l'existence d'une intention libérale. Enfin, et si tant est qu'une telle preuve soit rapportée, sa date, elle, ne le sera pas pour autant, engendrant un certain nombre de conséquences civiles et fiscales dans la liquidation successorale. **4108**

– Le paradoxe du don manuel. – Étrange paradoxe en définitive que ce don manuel qui, par nature, repose et n'existe que par l'absence d'écrit, mais dont l'exigence devient nécessaire pour en assurer l'efficacité. On touche ici aux limites de ces donations sans forme, lesquelles, aussi séduisantes et simples soient-elles, apparaissent bien faibles au regard de la protection apportée par la solennité de la donation authentique en matière civile, fiscale et probatoire. **4109**

– Le pacte adjoint. – Pour pallier l'absence d'écrit permettant de justifier l'existence d'un don manuel, une convention accompagnant la remise matérielle et désignant les clauses accessoires par lesquelles les conditions de la libéralité sont fixées peut être dressée : on parle alors de pacte adjoint. Reconnu en jurisprudence dès la fin du XIXe siècle (278), il est permis de s'interroger sur la forme que doit revêtir un tel acte et s'il doit notamment répondre aux solennités de l'article 931 du Code civil. La doctrine et la jurisprudence paraissent ne pas le comprendre dans le champ d'application de la solennité authentique puisque la forme notariée n'est imposée que pour l'acte qui réalise la donation, et non pour celui qui consisterait à constater une donation antérieure réalisée. Dès lors, il est analysé **4110**

(276) M. Iwanesko et C. Brenner, *Le traitement civil du don manuel, les conséquences liquidatives* : *Actes prat. strat. patrimoniale* déc. 2012, no 4, 34, no 18.
(277) M. Grimaldi, *Les successions*, Litec, 5e éd. 1998, 670.
(278) Cass. req., 23 mai 1822, 1, p. 518. – Cass. req., 6 févr. 1844 : *DP* 1844, 1, p. 152.

comme un acte récognitif au sens instrumentaire du terme (279) : établi à des fins probatoires, il ne fait que constater la réalité d'un don manuel déjà consenti et relater les conditions qui ont entouré la transmission déjà effective. Sur un plan chronologique, il intervient donc dans un second temps, une fois le don consommé, raison pour laquelle il sera rédigé au passé composé (280). Il confère une force probatoire qui fait ici défaut au don manuel, laquelle portera non seulement sur l'existence même de l'intention libérale, mais également sur la date du don. Par ailleurs, le pacte adjoint ne doit être que l'expression d'une volonté existant concomitamment à la tradition, par laquelle seule est réalisée la libéralité. Il ne peut donc pas porter sur le don manuel, ni y rajouter puisqu'il en est seulement un accessoire. Il est toutefois admis que le pacte puisse préciser les contours du don, en limitant notamment celui-ci à l'usufruit du bien transmis puisque la tradition permet à l'usufruitier de jouir du bien. Inversement, il est également envisageable de ne faire porter le don que sur la nue-propriété du bien (281). Une réserve cependant sur cette dernière éventualité : dans le cas de valeurs mobilières ou sommes d'argent, et pour respecter la tradition, il est impératif que le donataire rentre en possession des biens donnés par démembrement du compte dit « d'accueil » et accepte d'en verser les revenus au donateur.

4111 Pour conclure, il faut ici retenir que l'état actuel du droit positif ne brille pas par sa cohérence. Le développement constant des dons consentis en dehors de toutes formes solennelles tend, comme nous l'avons déjà rappelé, à réduire le domaine de la donation authentique aux seuls biens rétifs à une tradition. En somme, tel le Dieu Janus aux deux visages, cohabitent donc aujourd'hui en droit positif deux régimes : d'un côté une infinie liberté laissée pour l'élaboration d'un don manuel par voie bancaire ou dématérialisée, sans considération de montant et quelles qu'en soient les conséquences pour les héritiers ; de l'autre de rares décisions venant sanctionner ceux qui, par maladresse, ont qualifié l'opération concernée de donation sans respecter le formalisme légal. Face à cette situation, le 108e Congrès des notaires de France avait déjà suggéré que soient soumis à l'authenticité tous les pactes adjoints rédigés en suite de dons manuels (282). D'autres ont proposé de retenir un critère quantitatif ou qualitatif, permettant ainsi de fixer une limite assurant la protection des héritiers du donateur et du consentement de ce dernier (283). Aussi, et comme le souligne très clairement M. Dagot, « le droit français des donations non solennelles est, en quelque sorte, à la croisée des chemins. Ou bien il admet libéralement, s'il ne le développe pas, les donations non solennelles. Force est alors de reconnaître que, dans les relations familiales, vis-à-vis des héritiers, sinon du conjoint, à l'égard des créanciers, il existera une somme d'incertitude accrue (...). La solution sera souvent le recours à la justice. Ou bien le droit français se ressaisit, et renoue avec sa tradition juridique la plus sûre, celle

(279) Pour une analyse complète : J.-F. Desbuquois et C. Brenner, *L'adaptation du don manuel aux objectifs poursuivis : le pacte adjoint* : *Actes prat. strat. patrimoniale* déc. 2012, no 4, 35, nos 6 et s. – V. égal. 108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, nos 3184 et s.

(280) J.-F. Desbuquois et C. Brenner, *L'adaptation du don manuel aux objectifs poursuivis : le pacte adjoint* : *Actes prat. strat. patrimoniale* déc. 2012, no 4, art. 32, no 7.

(281) M. Grimaldi, *Droit civil, libéralités, partages d'ascendant*, Litec, 2000, no 1293. – J.-F. Desbuquois et C. Brenner, art. préc., nos 23 et s.

(282) « Que le don manuel ne soit possible que lorsque le transfert de propriété, réalisé par tradition dématérialisé ou non, ne suppose l'établissement d'un acte, Que si un acte est établi pour réaliser ce transfert de propriété, celui-ci, s'il est neutre, c'est-à-dire ne qualifie pas la libéralité qu'il porte, en cas d'intention libérale, soit qualifié de donation indirecte, Que si un acte est nécessaire pour qualifier la libéralité ou l'assortir de charges ou de conditions, formant un tout indissociable dans l'esprit des parties, l'ensemble doit être soumis au formalisme de l'article 931 du Code civil, qui est l'acte authentique » (108e Congrès des notaires de France, Montpellier, 2012, *La transmission*, 3e commission, *Des moyens*, par S. Arnaud, S. Ginon et F. Petit).

(283) G. Bonnet, *Pour un formalisme raisonné des donations*, préc., p. 62.

qu'en son temps le chancelier d'Aguesseau a inscrite dans les textes. (...) Pour ce faire, il convient non pas de développer les donations non solennelles comme on a trop tendance à le faire, mais à l'inverse de limiter leur champ d'application » (284).

Sous-section II L'acte authentique et les couples

4112 **– Équilibre entre libertés individuelles et conventions conjugales. –** Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner au préalable, en raison de l'enjeu que représente la famille pour la société et de l'étroite dépendance entre organisation sociale et organisation familiale, il est compréhensible que l'État enserre les institutions familiales dans le respect de formes exigées tantôt à de simples fins de publicité, tantôt comme véritables conditions de validité. Dès lors, les volontés doivent pouvoir s'exprimer de façon solennelle devant une autorité publique, officier de l'état civil, notaire ou juge, qui en contrôle la réalité et parfois la sincérité et les motifs. Pour autant, les exigences formelles ont toujours eu du mal à s'imposer dans le domaine des relations conjugales où elles peuvent souvent être perçues comme un frein aux libertés individuelles. Délicat et savant équilibre à trouver pour les pouvoirs publics qui entendent encourager les aspirations matrimoniales tout en soumettant les conventions conjugales à un régime dérogatoire au droit commun des contrats et à un formalisme renforcé (285). Toujours est-il qu'aujourd'hui, c'est sur la formation du couple que se fait le plus ressentir l'emprise de l'authenticité (**§ I**), alors même qu'un vent de consensualisme et de liberté souffle sur la séparation des couples (**§ II**).

§ I L'emprise de l'authenticité sur la formation du couple

A/ Le recours traditionnel à l'authenticité pour les couples mariés

4113 **– Un formalisme ancré dans la tradition. –** Le mariage fournit une des plus belles illustrations des contrats solennels en droit français. Le mariage est un acte solennel et le contrat de mariage, si les époux souhaitent en conclure un, l'est tout autant. Aussi le mariage doit-il être célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine par un officier d'état civil. Le contrat de mariage et les conventions matrimoniales doivent quant à eux être rédigés par acte passé devant notaire (286). Le mariage est donc ancré dans la tradition et constitue le fruit d'une évolution historique qui reflète le souci croissant des autorités, religieuses ou laïques, de contrôler la formation du mariage (287). Aujourd'hui le souci de contrôle et de protection se concentre principalement sur la lutte contre les mariages de complaisance et les mariages forcés. À cet égard, ce sont sans doute les multiples aménagements successifs de la procédure d'opposition à mariage ainsi que les conditions posées pour le mariage des Français à l'étranger qui en fournissent les meilleures illustrations (288).

(284) M. Dagot, *Des donations non solennelles* : *JCP* G 26 juill. 2000, n° 30-34, I, 248.
(285) F. Dreiffus-Netter, *Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction des liens familiaux*, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 263. – S. Fulli-Lemaire, *La privatisation du droit de la famille en France - Perspectives comparatives* : *RID comp.* 2016-2, p. 405.
(286) C. civ., art. 1394, al. 1.
(287) Pour une étude historique du formalisme attaché à la formation du mariage, V. J.-J. Lemouland, *Formalisme et conjugalité : de quelques paradoxes*, in *Le formalisme*, LGDJ, 2017, p. 85.
(288) V. not. J.-J. Lemouland, *Formalisme et conjugalité : de quelques paradoxes*, préc., p. 86.

4114 – Authenticité administrative et formation du mariage. – Pour assurer le contrôle de la formation des mariages, l'État a délégué son autorité aux officiers d'état civil, lesquels vérifient et attestent que les conditions de formation du mariage que la loi a posées sont bien respectées. L'officier d'état civil est un tiers à l'événement considéré, aux déclarations et constatations desquelles la loi veut faire produire des effets juridiques supérieurs à celles d'un simple quidam. Pour ce faire, il est ainsi chargé d'obligations et doté de pouvoirs spécifiques. Ainsi les officiers publics que sont les officiers d'état civil, mais également les notaires, sont chargés, au nom de l'État, du pouvoir d'authentifier l'intention matrimoniale des futurs époux. Ce monopole du recueillement du consentement au mariage et au régime matrimonial s'explique par une seule et unique motivation : la sécurité juridique que l'État estime devoir tant à chacun des futurs époux qu'aux tiers qui seront amenés à contracter avec eux. De même, le caractère nécessaire du régime matrimonial implique que la loi se préoccupe de son contenu. Aussi celle-ci propose ainsi un régime matrimonial – dit « légal » – à tous les candidats au mariage qui n'ont pas jugé bon qu'un autre régime matrimonial – dit régime conventionnel – leur convienne davantage, lequel entrera alors en vigueur immédiatement, dès la célébration du mariage.

Authenticité notariale et conventions matrimoniales. Pour les époux ayant choisi de ne pas recourir au régime légal, la loi leur offre la possibilité de passer « comme ils le jugent à propos » (289) des conventions ayant pour objet de régir leurs rapports patrimoniaux. Si le formalisme de l'authenticité des conventions matrimoniales n'est guère plus léger que celui relatif à la formation du mariage, la doctrine relève qu'il a toujours été mieux supporté (290) : sans doute parce que l'on s'éloigne ici des considérations purement personnelles pour se rapprocher de questions patrimoniales. Pour autant, là encore, se cache un formalisme lourd, conditionnant la validité de ces conventions et permettant d'en assurer la publicité. Ainsi « toutes les conventions matrimoniales doivent être rédigées par acte devant notaire » (291) et la sanction de l'inobservation de cette exigence est la nullité absolue (292). Il en est de même des changements qui seraient apportés ultérieurement à ces conventions, conformément aux dispositions de l'article 1396, alinéa 1er du Code civil.

Retenons donc que si l'acte authentique n'est pas obligatoirement présent dans la formation du mariage, le recours à l'authenticité administrative, en la personne de l'officier d'état civil qui célèbre l'union des futurs époux, est une condition de validité du mariage. Il existe donc une chaîne entre les authenticités notariales et administratives destinée à assurer la protection des époux, quant au recueillement de leurs consentements (preuve du mariage), mais également quant à la certitude du choix du régime matrimonial adopté par ces derniers au moment de son entrée en vigueur (preuve du régime matrimonial).

B/ L'authenticité renforcée pour les couples non mariés

4115 – Absence de tout formalisme en matière de concubinage. – Réfractaire par nature à tout formalisme, la définition qui a été donnée du concubinage par la loi du 15 novembre 1999 n'y change rien (293). Le concubinage demeure avant tout une union de fait dont la

(289) C. civ., art. 1387.
(290) J.-J. Lemouland, *Formalisme et conjugalité : de quelques paradoxes*, préc., p. 86.
(291) C. civ., art. 1394-1, al. 1.
(292) A.-S. Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Bruxelles, Larcier, 6e éd. 2016, no 606.
(293) C. civ., art. 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

formation n'est soumise à aucune condition. Dès lors, si la liberté à laquelle les concubins sont si attachés constitue « l'alpha et l'oméga » de leur conception du couple, la situation incertaine qui peut en résulter pour chacun d'eux en est le prix à payer. La séparation pourra ainsi intervenir de façon consensuelle ou par décision unilatérale sans avoir quelque forme que ce soit à respecter. De même, les concubins feront leur affaire des conséquences de la rupture qu'ils géreront alors comme ils l'entendent, alimentant ainsi un contentieux important devant le juge qui sera tenu de faire application du droit commun des contrats, des quasi-contrats, de la responsabilité, de l'indivision, *etc.*

– De l'évolution de la formation du Pacs vers une authenticité administrative. – Face à la revendication des couples homosexuels, soucieux d'accéder pour leur couple à une véritable reconnaissance sociale, la loi du 15 novembre 1999 a créé un nouveau statut dans le Code civil : le pacte civil de solidarité. Comme le souligne la doctrine (294), l'occasion était alors trop belle pour l'État de reprendre ainsi le contrôle sur des couples dont la formation, la vie et la dissolution lui échappaient. Dès lors, et en échange de cette reconnaissance tant attendue, l'État a exigé quelques conditions formelles pour bien distinguer ce nouveau statut du mariage. Ainsi l'ancien article 515-3 du Code civil assujettissait les partenaires à l'accomplissement d'une formalité consistant en une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance de leur résidence aux fins d'enregistrement. L'objet de cet enregistrement consistait alors à donner au pacte date certaine et de le rendre opposable aux tiers au moyen d'une publicité restreinte. Les choses évoluèrent avec la loi du 23 juin 2006 et les dispositions complémentaires du décret du 23 décembre 2006 (295). En disposant que « le pacte civil de solidarité ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement », l'article 515-3-1, alinéa 2 du Code civil conféra au Pacs le caractère de contrat solennel. Le rôle du greffier ne fut alors plus limité à un simple rôle d'enregistrement puisqu'il lui appartenait de vérifier au travers des pièces qui lui étaient remises que les conditions de validité du Pacs prévues par la loi étaient bien respectées : absence de lien de parenté prohibé, absence de mariage non dissous, absence de conclusion d'un autre Pacs. De même, la publicité du Pacs se trouvait assurée par une mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire : c'est donc non seulement l'information des tiers qui s'en trouvait facilitée, mais également le formalisme de l'enregistrement qui en était simplifié. Ainsi, en adossant la publicité du Pacs à l'état civil, la loi du 23 juin 2006 fit entrer pleinement le Pacs dans l'état des personnes. L'estocade finale fut portée par la loi du 18 novembre 2016 (296) de modernisation de la justice du xxi^e^ siècle, en conférant aux officiers d'état civil – sans pour autant évincer les notaires – la compétence pour recevoir les déclarations de Pacs. Désormais, la loi soumet à l'authenticité administrative toute constitution de Pacs et les textes qui faisaient référence au greffier sont modifiés en conséquence. Si le formalisme de la déclaration de Pacs devant l'officier de l'état civil n'est pas totalement identique à celui de la célébration du mariage, le changement n'en est pas moins important dans l'ordre du symbole, et traduit la volonté de l'État de soumettre la formation d'un couple à un statut légal – mariage ou Pacs – à la formalité de l'authenticité. **4116**

– Authenticité notariale et formation du Pacs. – Si, dans sa version issue de la loi du 15 novembre 1999, la convention de Pacs ne pouvait être établie que sous la forme sous seing privé, les évolutions législatives de 2006 et 2011 ont ouvert à l'authenticité notariale une place importante, en autorisant le notaire à rédiger des conventions de Pacs. L'article 515-3, alinéa 5 du Code civil dispose en effet que : « Lorsque la convention de pacte **4117**

(294) J.-J. Lemouland, *Formalisme et conjugalité : de quelques paradoxes*, préc., p. 88.
(295) H. Fulchiron, *Le nouveau Pacs est arrivé* : *Defrénois* 2006, p. 1621.
(296) Art. 48. L'entrée en vigueur de cette disposition a été fixée au 1^er^ décembre 2017 (art. 114, IV).

civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité prévues à l'alinéa précédent ». Ainsi l'authenticité notariale en matière de Pacs devient identique à celle connue pour toutes les conventions reçues par acte notarié, notamment le contrat de mariage. Toutefois, si l'authenticité administrative et l'authenticité notariale paraissent de même nature dans le rôle qui leur est assigné, elles n'en demeurent pas moins de degré différent. Ainsi le rôle de l'officier d'état civil se cantonne à recueillir la déclaration conjointe des partenaires et à en assurer un contrôle de légalité, là où le notaire – astreint à la même mission – devra par ailleurs recueillir le consentement des partenaires. De plus, l'officier d'état civil, après avoir enregistré la déclaration conjointe, remettra aux partenaires un récépissé d'enregistrement. Le notaire quant à lui assurera, comme pour tout acte authentique, la conservation de la convention de Pacs pendant une période de soixante-quinze ans et en délivrera une copie authentique aux partenaires. Enfin, rappelons que l'officier d'état civil n'est tenu à aucun devoir à l'égard des partenaires quant au choix de leur régime pacsimonial – indivision ou séparation de biens –, la loi ne précisant nullement qu'il doit user de sa délégation conférée par l'État pour délivrer une information à ce sujet aux partenaires. Son rôle se borne ici à enregistrer une convention établie directement par les parties pour répondre à une exigence formelle conditionnant la validité du Pacs. À l'inverse, le notaire, tenu à sa mission de service public de conseil, devra éclairer les futurs partenaires sur le choix du régime pacsimonial le plus à même à répondre à leurs attentes, au regard de leur situation. Dès lors, la sécurité juridique apportée par l'authenticité notariale, à l'aune de la protection du consentement des partenaires, du choix de leur régime pacsimonial et de la conservation de leur convention apparaît en tout point supérieure à celle de l'authenticité administrative.

§ II L'essor du consensualisme lors de la séparation du couple

A/ L'authenticité insuffisante lors de la dissolution du Pacs

4118 **– Authenticité administrative et liberté de rupture du Pacs. –** S'inspirant de la séparation des couples soumis au statut du concubinage, le même esprit de liberté a inspiré les créateurs du Pacs. Ainsi, si le Code civil prévoit expressément les causes de dissolution du Pacs, en revanche les formes de sa dissolution sont réduites à une portion congrue. Elles ont ici seulement pour objet d'assurer l'enregistrement de la dissolution et d'en assurer la publicité, au travers de l'intervention de l'officier d'état civil qui avait procédé à l'enregistrement lors de la formation. La seule formalité originale est certainement celle prévue dans le cas de rupture unilatérale, puisque dans ce cas précis l'auteur de la rupture doit la faire signifier à son partenaire et adresser la copie de cette signification au greffier ou à l'officier de l'état civil qui avait procédé à l'enregistrement (297). Certains (298) y ont vu une authenticité « nouvelle » dans les relations du couple avec l'apparition de l'acte authentique d'huissier ; pour autant, il faut bien admettre que cette authenticité est loin d'être satisfaisante. Cela est encore plus symptomatique mesuré à l'aune des conséquences de la rupture du Pacs, la loi ne prévoyant aucun cadre à cet effet : ainsi le principe retenu consiste à ce que les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation de leurs droits et de leurs obligations, le juge n'intervenant qu'à défaut d'accord (299) pour apurer les difficultés relatives à

(297) C. civ., art. 515-7, al. 5.

(298) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 2e commission, *Sécurité juridique et conjugalité*, spéc. no 2054, par X. Guédé et F. Letellier.

(299) C. civ., art. 515-7, al. 10.

la liquidation et au partage des biens. La sécurité juridique des ex-partenaires s'en trouve donc considérablement affectée puisque ceux-ci ne disposent – lors de la formalité de dissolution auprès de l'officier d'état civil – d'aucune information sur les conséquences juridiques et fiscales de cette dissolution.

4119 **– Dissolution d'un Pacs authentique. –** On aurait pu légitimement penser que le législateur offre davantage d'égards aux partenaires ayant recouru à un Pacs authentique afin qu'ils puissent bénéficier – tout comme au moment de la conclusion de leur convention – d'un conseil éclairé pour la dissolution de leur Pacs. Mais, ici aussi, le notaire n'a pas à intervenir dans le processus de dissolution. Son rôle se cantonne – tout comme l'officier d'état civil – à demeurer le destinataire de la « déclaration conjointe » des partenaires ou de la signification de la « décision unilatérale » afin simplement d'enregistrer cette dissolution. Dès lors, il appartient au notaire, informé par les ex-partenaires de la dissolution de leur Pacs, de prendre attache auprès d'eux pour leur délivrer un conseil sur les conséquences juridiques et fiscales liées à cette dissolution et les interpeller sur la nécessité de procéder à une liquidation de leurs intérêts pacsimoniaux. Comme cela a déjà été souligné à l'occasion du 111e Congrès des notaires, « cette absence de conseil authentique systématique à l'initiative de la loi lors de la dissolution d'un Pacs – pourtant volontairement conclu par acte authentique – ne permet pas de maintenir le niveau de sécurité juridique que les partenaires sont en droit d'attendre quand ils ont fait le choix d'un Pacs authentique » (300).

B/ La liberté surveillée des époux

4120 **– Une authenticité présente en début comme en fin de vie du couple marié. –** Considérée comme un fait social majeur, la séparation des couples mariés commande une protection singulière qui doit se manifester dans la séparation en elle-même, dans ses modalités techniques, mais également dans ses conséquences. Aussi l'authenticité, qui est apparue comme essentielle dans la formation des couples mariés, rejaillit également en fin de vie du couple. L'authenticité qui était ainsi présente à la naissance du couple pour le porter sur les fonts baptismaux de l'état civil – incarnée alors par l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage et le cas échéant par le notaire instrumentaire de la convention matrimoniale – le sera tout autant à son terme, au travers de l'intervention du juge pour prononcer le jugement de divorce et du notaire si besoin est. Autrement dit, et concernant les couples mariés, ce que l'authenticité a lié seule l'authenticité peut être amenée à le délier.

4121 **– Lien entre l'authenticité judiciaire et l'authenticité notariale. –** Toutefois, à la comparer à la liberté offerte aux partenaires d'un Pacs, celle des époux apparaît assurément plus réduite et la rupture de leur union, bien que désormais érigée au rang de liberté fondamentale (301), est encadrée par un formalisme beaucoup plus strict résultant de la législation sur le divorce. Toutefois, et bien qu'il soit sensiblement atténué au fil des lois en développant des passerelles avec le divorce par consentement mutuel, le formalisme est resté très présent en raison notamment du prononcé judiciaire du divorce. Ainsi, dans les formes de divorce autres que par consentement mutuel, les époux sont tenus à une procédure soigneusement détaillée (302). L'invitation qui leur est adressée par le législateur de régler aussi souvent que possible par voie de convention les conséquences de leur

(300) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 2e commission, *Sécurité juridique et conjugalité*, spéc. no 2055, par X. Guédé et F. Letellier.
(301) Cons. const., 29 juill. 2016, no 2016-577 QPC : *Dr. famille* 2016, comm. 194, note J.-R. Binet ; *RJPF* 2016, no 10, note T. Garé.
(302) CPC, art. 1106 et s.

rupture (303), et spécialement les conséquences patrimoniales (304), ne suffit pas à faire disparaître l'omniprésence du juge pour en assurer le contrôle et leur donner force obligatoire. Ici encore, c'est le jugement de divorce prononcé par le juge aux affaires familiales qui cristallise le divorce. Cela étant, ce jugement peut être précédé d'un acte de liquidation et partage, établi en la forme authentique, lorsque les époux se trouvent dans l'hypothèse de l'article 1091 du Code de procédure civile (305). Il y aura alors homologation judiciaire de l'acte notarié de partage, lequel deviendra exécutoire concomitamment au prononcé du divorce, et fera corps avec le jugement. Quant au partage intervenant postérieurement au jugement, dans le cadre d'un divorce contentieux, nous nous reporterons ici aux précédents travaux développés dans le rapport du 111e Congrès des notaires de Strasbourg en 2015 (306).

4122 – Le nouveau divorce par consentement mutuel : « divorce sans juge ». – La loi du 18 novembre 2016, dite de « modernisation de la justice du XXIe siècle », apporte un changement d'ordre « révolutionnaire » (307) en introduisant un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée (308), communément désigné « divorce sans juge ». Officiellement, ce principe de déjudiciarisation du divorce a pour mission de « recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles » (309), mais cache officieusement un objectif d'optimisation « dans le traitement de la masse des dossiers avec des moyens limités » (310), dans des délais de plus en plus contrôlés, sous couvert d'une politique de disette budgétaire. Le formalisme retenu consiste désormais, dans un premier temps, en une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par les avocats de chaque époux (311), laquelle doit, dans un second temps, être déposée au rang des minutes d'un notaire (312) qui contrôle le respect d'un certain nombre d'exigences formelles et de mentions devant figurer dans la convention à peine de nullité. Nous ne reviendrons pas ici sur l'analyse minutieuse et détaillée de cette nouvelle procédure de divorce (313), pour mieux nous attacher aux atteintes portées à l'authenticité.

4123 – Vers une dépossession du notaire de ses fonctions d'authentification. – « Pris par l'action d'un étau politique » (314), le notaire voit sa mission d'officier public se borner à une fonction de simple enregistrement, conduisant en réalité à une dépossession de ses fonctions d'authentification. En effet, le rôle du notaire dans cette nouvelle procédure se résume à vérifier le respect du délai de réflexion de quinze jours laissé aux époux ainsi que la régularisation formelle de la convention qu'il lui est demandé de déposer au rang de ses minutes. De même, il lui incombe de s'assurer que les époux sont toujours en vie et qu'ils n'ont pas renoncé au divorce conventionnel entre-temps, au même titre qu'il doit s'assurer

(303) C. civ., art. 268.
(304) C. civ., art. 265, 2 et art. 267.
(305) Divorce par consentement mutuel contenant la liquidation des intérêts pécuniaires des époux propriétaires de biens immobiliers soumis à publicité foncière.
(306) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 2e commission, *Sécurité juridique et conjugalité*, spéc. nos 2110 et s., « La sécurité juridique apportée par l'expertise notariale », par X. Guédé et F. Letellier.
(307) H. Fulchiron, *Divorcer sans juge - À propos de la loi no 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle* : *JCP* G 2016, 1267.
(308) V. C. civ., art. 229-1 à 229-4.
(309) Propos tenus par le garde des Sceaux lors d'une conférence de presse du 10 mai 2016.
(310) Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples - Enquête sur des affaires familiales*, Odile Jacob, 2013, p. 17.
(311) C. civ., art. 229-1, al. 1.
(312) C. civ., art. 229-1, al. 2.
(313) V., en ce sens, 113e Congrès des notaires de France, Lille, 2016, *Familles, Solidarités, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, 1re commission, *Familles*, nos 1050 et s., par B. Delesalle, J. Lotz et N. Gessey.
(314) G. Bonnet, *Divorce sans juge, le point de vue du notaire* : *Dr. famille* juill.-août 2016, p. 1.

que la convention ne heurte aucune règle d'ordre public, conformément aux principes qui veulent que l'authenticité repose sur un contrôle systématique de légalité. Toutefois, le législateur n'a pas voulu faire du notaire une autorité d'homologation de la convention de divorce par consentement mutuel par remplacement du juge, de sorte qu'il lui est interdit d'exercer le moindre contrôle sur le fond du divorce. Il en résulte qu'il n'est pas habilité à vérifier l'équilibre de la convention, la liberté et le caractère éclairé du consentement des époux, non plus qu'à procéder à une vérification d'écriture et de signature. En somme, et outre quelques obligations supplémentaires fondées essentiellement sur un contrôle des aspects formels de la convention, le rôle du notaire se résume à enregistrer une convention – librement négociée sous les auspices de deux avocats – comme le fait un greffier des actes de procédure qui lui sont remis dans les cas et conditions matérielles prévus par la loi.

4124 **– Démembrement du processus d'authentification. –** Si le notaire semble cantonné à un maigre rôle de vérificateur de forme, il n'en demeure pas moins que cette intervention est essentielle : cette formalité consiste en un élément constitutif de cette procédure puisque le nouveau divorce par consentement mutuel ne prend effet que par le dépôt de la convention contresignée par avocats au rang des minutes d'un notaire (315) et n'emporte dissolution du mariage qu'à la date de celui-ci (316). L'acte de dépôt devient dès lors la pierre angulaire de cette nouvelle procédure de divorce. Pour autant, il cristallise l'incompréhension puisque la circulaire explicative précise que ce dépôt « ne confère pas à la convention de divorce la qualité d'acte authentique » (317), alors même que l'article 229-1, alinéa 3 du Code civil dispose que : « Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire ». En somme, on refuse au notaire de procéder à la vérification au fond de la convention de divorce et d'éprouver le consentement des époux, mais on entend néanmoins octroyer certains attributs de l'authenticité à l'acte de dépôt. Lorsque l'on sait que seul l'acte de dépôt avec reconnaissance d'écriture et de signature permet de conférer l'authenticité à la convention déposée (318), on ne peut qu'être saisi d'effroi face à cet état de confusion qui porte atteinte à l'authenticité, en déniant reconnaître que la force exécutoire ne peut se concevoir aux seuls actes dont le rédacteur est délégué d'une parcelle de l'autorité publique. La loi procède en réalité à une sorte de « démembrement inédit du processus de l'authentification » (319) en partageant entre les avocats, chargés d'assister les époux dans la négociation et la conclusion de la convention, et le notaire, chargé de l'accueillir au rang de ses minutes, ce qui participe à l'essence même de son ministère ordinaire : à savoir le contrôle de l'équilibre, de l'efficacité et de la légalité de l'opération à laquelle il s'agit de donner la force d'un acte public. Le nouveau rôle assigné au notaire dans le divorce par consentement mutuel consiste donc en un rôle d'enregistrement et de conservation de la convention de divorce ; mais, orpheline de toute authenticité, celle-ci devrait tout naturellement être privée de toute force exécutoire. Dès lors, il en résulte une dangereuse « autonomisation de la force exécutoire » (320) portant en elle les germes d'une inquiétante compréhension du statut d'officier public par le législateur.

4125 **– Propos conclusifs. –** À la lumière de ces premiers développements, on comprend que l'authenticité notariale, où la rencontre d'un homme – l'officier public, agent de la légalité et ayant pour mission d'intérêt général le conseil des parties – et d'un acte – fruit d'un formalisme juridique aux solennités les plus abouties – apparaît comme un viatique protec-

(315) C. civ., art. 229-1, al. 3.
(316) C. civ., art. 260.
(317) Circ. n° JUSC 1638274C, 26 janv. 2017, p. 20, fiche 6, § 3, p. 3.
(318) M. Dagot, *Dépôt au rang des minutes d'un notaire* : *JCP* N 1994, n° 15, 2948.
(319) C. Brenner, *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? JCP* G 2017, n° 9, 195 et s.
(320) S. Torricelli-Chrifi, *Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ?* : *Dr. famille* 2017, étude 12.

teur dans l'accompagnement et le développement des relations sociales privées. L'authenticité traduit également la fonction étatique exercée dans les rapports contractuels, en formant une passerelle entre l'État et la société civile, qui tend à se développer au vu de la politique actuelle de déjudiciarisation. Dès lors, et si pour assurer l'équilibre contractuel le législateur peut avoir recours à des règles de forme diverses pour renforcer l'information de la partie jugée « la plus faible » au contrat ou lutter contre un engagement irréfléchi d'une partie à l'acte, rien ne saurait remplacer l'interposition d'un notaire qui offre un éclairage à nul autre pareil sur la portée et les conséquences des engagements pris par les parties contractantes, tout en permettant à celles-ci, en cas de manquement à son devoir de conseil, de pouvoir engager sa responsabilité. Ainsi, en éprouvant, pour chaque acte qu'il reçoit, le consentement des parties à l'aune de conseils accessibles et adaptés à chaque cas d'espèce, tout en s'assurant de la conformité de la convention à régulariser aux prescriptions de l'ordre juridique dans lequel il est censé s'intégrer, le notaire contribue au quotidien à protéger l'équilibre contractuel en se mettant au service de l'ensemble des parties contractantes. Mais la mission protectrice du service public de l'authenticité ne se borne pas à éclairer la décision de chaque partie contractante et se poursuit en assurant la préconstitution incontestable de la convention qui constate les accords de volonté.

TITRE II

L'exigence d'un acte authentique comme mode de protection de la preuve des actes juridiques

4126 Si l'écrit est le moyen le plus efficace pour veiller à la protection de l'existence d'un acte juridique et, partant, de l'engagement pris par un débiteur envers son créancier (**Chapitre I**), il convient, une fois l'acte juridique avéré, d'en assurer la bonne exécution dans un souci de protection du créancier (**Chapitre II**).

CHAPITRE I La preuve des actes juridiques : la protection de l'existence des droits

4127 **– Règles de forme, règles probatoires et formation du contrat. –** Comme nous avons pu le constater dans les développements qui précèdent, les forces entre parties contractantes étant souvent inégales, la conclusion du contrat est au cœur de toutes les attentions. Dès lors, et afin d'assurer la protection du consentement, le législateur a développé des exigences de formes, instruments de prévention et rationalisation du vouloir, dont l'authenticité apparaît comme la solennité la plus aboutie. Contrairement aux règles *ad validitatem*, les formalités probatoires, quant à elles, n'intéressent pas directement la formation de l'acte juridique consensuel. En effet, la préconstitution de l'écrit ne s'apprécie pas ici au regard de

la formation de l'acte, mais seulement à l'égard de la naissance d'un éventuel contentieux. La règle de preuve concourt donc ici à la protection de l'acte juridique en conditionnant son efficacité dans la mesure où elle constitue le moyen d'établir son existence.

4128 **– Confusion de la forme et de la preuve des contrats. –** Comme le soutient M. de Gobert, « on ne saurait admettre la confusion de la forme et de la preuve » (321), et ce bien que les expressions « formes », « formalisme » et « formalités » entretiennent cette confusion sur la portée exacte des règles de validité d'un contrat, sa preuve et son éventuelle publicité. Aussi, et pour clarifier le statut propre de chacune de ces règles, il est utile de les distinguer à l'aune de leur finalité et de leur sanction (322), sachant que c'est précisément la finalité de la règle qui commande le choix de la sanction adéquate (323). Rappelons que, si la technique juridique permet de pallier l'absence d'écrit comme mode de preuve lorsque celui-ci fait défaut, l'absence d'écrit exigé comme condition de validité de l'engagement conduit à la nullité de l'acte pour défaut de forme, sans qu'il soit possible de remédier à ce manquement. Ainsi, à défaut d'écrit, lorsque ce dernier est exigé comme mode de preuve, le Code civil admet alors certains équipollents, tel le commencement de preuve par écrit, que nous étudierons dans les développements qui vont suivre. En revanche, lorsque l'écrit est exigé comme une condition de validité de l'acte, l'absence d'écrit rend l'acte nul de nullité absolue sans qu'il soit besoin de lui substituer une quelconque autre forme. Il nous faut donc retenir que la règle de forme et la règle de preuve disposent chacune d'un statut autonome en droit français : la règle de forme participe à l'élaboration de l'acte juridique et conditionne sa validité, alors même que le défaut d'accomplissement des formalités requises pour la preuve n'a pas d'influence sur la validité de l'acte. La démonstration est donc faite, comme le rappelait Carbonnier, que « dans la théorie juridique, la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents » (324).

4129 **– Importance et enjeux du droit de la preuve. –** Pour autant, si les règles probatoires ne concourent pas à la validité de l'acte juridique, elles contribuent à part entière à la quête de la protection de l'acte juridique. En effet, l'acte que l'on ne peut pas prouver n'a pas plus de valeur, pratiquement, que s'il n'avait pas été conclu, faisant ainsi écho à la sagesse du vieux brocard : *Idem est non esse et non probari*. Dès lors, on comprend que la preuve des obligations soit, en pratique, aussi importante que leur existence. Pour cette raison, le système de préconstitution de la preuve écrite des obligations est une pièce essentielle de notre tradition juridique et, plus largement, des pays de droit continental. Désignée comme « la pierre angulaire de la procédure judiciaire » (325), la preuve – sous différents aspects – est omniprésente dans notre droit. Le droit de la preuve participe ainsi à conditionner les demandes des individus dans le cadre de leurs contentieux judiciaires, faisant dire à Alain que « le jugement appelle la preuve, et la preuve fortifie le jugement » (326). Mais le droit de la preuve peut également intervenir en dehors de tout contentieux judiciaire et tend alors à

(321) M. Gobert se livre, dans son évocation de Jacques Flour, à une vigoureuse critique du rapprochement de ces deux types de règles, in *Le formalisme*, Journée consacrée à J. Flour, Association H. Capitant, 10 déc. 1999 : *Defrénois* 2000, art. 37208, p. 878.

(322) V. Delaporte, *Recherche sur les formes des actes juridiques en droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 1974, p. 7 et 23 et s. – F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, Sirey, 1924, n° 285, p. 61.

(323) G. Couturier, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, in *Le formalisme*, Journée consacrée à J. Flour, *op. cit.* : *Defrénois* 2000, art. 37209, p. 880.

(324) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22e éd. 2000, n° 89.

(325) J.-D. Lachka, *La force probante de l'acte d'huissier de justice* : *JCP* N 2013, n° 5, p. 42.

(326) Alain, *Les propos sur l'éducation*, 1932.

garantir l'effectivité des droits des citoyens dans leurs rapports extrajudiciaires. Dès lors, ce n'est plus de droit de la preuve dont il est question, mais de la preuve d'un droit dont tout individu entend se prévaloir. Aussi, et après avoir rappelé que le Code civil pose en principe le recours à l'écrit comme mode de preuve des actes juridiques (**Section I**), nous nous attacherons à étudier l'adaptation de cette règle par le Code civil à l'ère du numérique et des nouvelles technologies (**Section II**).

Section I Le principe du recours à l'écrit

4130 Si la preuve par écrit occupe le centre du droit de la preuve des actes juridiques, il est important, pour en apprécier toute la mesure, de revenir sur la notion de preuve telle qu'elle est appréhendée dans notre système juridique français (**Sous-section I**), avant d'étudier les modes d'admissibilité de la preuve actes juridiques dans le Code civil (**Sous-section II**).

Sous-section I Les notions sur la preuve

4131 **– Historique de la preuve par écrit. –** Il semble que les droits grec et romain n'aient pas retenu de hiérarchie entre les différents modes de preuve. De même, si en droit médiéval il avait été établi un *gradus* de preuve extrêmement élaboré, ce droit n'accordait pas nécessairement de primauté à l'écrit (327). On accordait davantage de foi aux témoignages qu'aux écrits : « témoins passent lettres », disait-on, car la véracité des témoignages se trouvait alors garantie par la crainte du parjure, cependant que la preuve écrite eût été difficilement conciliable avec l'analphabétisme (328). Il faut attendre l'ordonnance de Moulins de février 1566 pour que l'écrit supplante définitivement le témoignage ; l'écrit présente dès lors le mérite d'être un mode de preuve qui allie la rapidité de sa production et la simplification du procès (329). Les retards et complications de la preuve testimoniale ont très certainement contribué à la préférence de l'écrit (330). Réaffirmée par l'ordonnance de 1967 sur la procédure civile, la règle de la preuve écrite des actes juridiques a dès lors été reprise dans le Code civil sous l'ancien article 1341.

4132 **– Définition de la preuve. –** La preuve – *lato sensu* – peut être définie comme la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte selon les moyens admis par la loi. Cette définition a été inspirée du *Vocabulaire juridique* de Cornu où il est indiqué que la preuve est « la démonstration de l'existence d'un fait (...) ou d'un acte (...) dans les formes admises par la loi ». Planiol avait quant à lui précisé que « l'on appelle preuve tout procédé employé pour convaincre le juge de la vérité d'un fait » (331). La vérité n'est donc pas absente du procès, mais elle n'a pas pour autant la finalité essentielle des règles de preuve. Comme le souligne M. Théry, « c'est la perception par le juge de la vérité qui est déterminante » (332).

(327) J.-Ph. Lévy, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 27 et s.
(328) V. Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. 1, Jestaz et Gastaud, 3e éd., nos 262 et s.
(329) Ordonnance de Moulins, févr. 1566, art. 54 ; *Œuvres de Pothier* par Bugnet, t. II, Paris, 1848, nos 784 et s.
(330) P. Foriers, *Considérations sur la preuve judiciaire*, in *La preuve en droit*, préc., p. 314 et s.
(331) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 4e éd. 1906, no 350.
(332) Ph. Théry, *Les finalités du droit de la preuve en droit français* : *Droits* 1996, no 23, p. 41 et s.

Ainsi, confronté à des éléments conformes aux prescriptions légales, le juge voit sa marge d'appréciation se réduire. Il doit à un certain moment s'estimer convaincu, sans possibilité de recourir à des données exclues par les textes dans la hiérarchie des preuves. Aussi le principe de légalité de la preuve des actes juridiques dans le Code civil garantit contre l'arbitraire, dans la mesure où la détermination de la vérité ne repose pas sur un système fondé sur la conviction du juge et, d'une certaine manière, sur la force de persuasion des parties à l'instance.

4133 **– De la classification légale des procédés de preuve. –** Les moyens par lesquels les personnes intéressées peuvent établir un acte ou un fait juridique étant exclusivement déterminés par la loi, celle-ci fixe et hiérarchise au surplus la force probante de chaque moyen de preuve et les moyens dont dispose l'adversaire pour le combattre. Autrement dit, la loi désigne les procédés par lesquels les parties doivent démontrer leur engagement et les termes de leur engagement (333). Dès lors, dans certaines situations, tous les moyens de preuve prévus par les textes sont admissibles ; dans d'autres, à l'inverse, seuls des moyens de preuve bien déterminés sont recevables. Dans ses articles 1353 et suivants, au titre IV *bis* intitulé « De la preuve des obligations », le Code civil traite des différents procédés ou modes de preuve. Ces procédés sont l'écrit (dénommé « preuve littérale » avant l'ordonnance du 10 février 2016), l'aveu, et le serment décisoire, le témoignage (ou « preuve testimoniale »), les présomptions et le serment supplétoire. L'écrit, l'aveu et le serment décisoire sont quant à eux des procédés de preuve dits « parfaits » qui, en principe, lient le juge en cas de contestation et qui sont admissibles quel que soit l'objet du litige ; au contraire, les témoignages, les présomptions et le serment supplétoire sont des procédés de preuve dits « imparfaits » qui ne lient pas le juge et qui ne sont admis qu'exceptionnellement (334).

4134 **– De la distinction des actes et faits juridiques. –** De la définition de la preuve qui précède, on peut relever qu'elle est fondée sur la distinction des actes juridiques et des faits juridiques, lesquels bénéficient depuis l'ordonnance du 10 février 2016 – pour chacun d'eux – d'une définition légale. Ainsi les actes juridiques sont désormais définis par l'article 1100-1 du Code civil comme « des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». Quant aux faits juridiques, l'article 1100-2 du Code civil les définit « comme des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit ». Fort de ces nouvelles définitions, il nous faut dès lors retenir que, – concernant les actes juridiques –, il est possible, au moment où la manifestation de volonté a lieu, de la consigner par écrit afin d'en conserver la preuve. Cette faculté de se ménager une preuve écrite des actes juridiques explique la sévérité de la loi qui interdit de prouver ces actes par l'un des procédés de preuve imparfaits jugés comme dangereux. Au contraire, pour les faits juridiques, événements qui ne surviennent le plus souvent que soudainement et dont les incidences ne peuvent apparaître qu'accidentellement, il ne saurait être question d'exiger de celui qui l'invoque la preuve écrite de ce fait qui a pu échapper à toutes les prévisions ; dès lors, la loi accepte-t-elle, outre les procédés de preuve parfaits, admissibles en toutes matières, les procédés de preuve imparfaits (335).

4135 **– Droit de la preuve en droit comparé. –** Le droit continental a institué une hiérarchie précise et organisée du droit de la preuve allant de la simple présomption au serment, en

(333) P.-Y. Gautier, *Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions* : *LPA* 5 mai 2000, n° 90, n° 1.

(334) V. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 9e éd. 1991, par F. Chabas, n° 388.

(335) H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 390.

passant de l'acte sous seing privé à l'acte authentique, avec pour chaque mode de preuve une force probante propre. À l'inverse, en *common law*, il n'existe pas de hiérarchie des preuves ; le témoignage vaut l'écrit et la preuve des contrats est libre. Le droit interne anglais ne connaît ni l'authenticité ni l'acte authentique tels qu'ils existent en droit français. Par conséquent, les questions sur la force probante des actes notariés, d'huissier ou d'avocat ne se posent pas, et encore moins celle de la question de la force exécutoire, notion qui soulève de grandes questions comparatives sur l'exécution des droits privés. Dès lors, le principe est celui de la liberté de la preuve ; la règle reste toujours celle de la procédure orale avec le témoignage oral, mais les documents sont admis comme preuve des droits, et il est normal qu'un écrit donne une certaine force probante aux droits qui en découlent (336). En droit anglais, la conclusion d'un contrat n'est subordonnée à l'accomplissement d'aucune forme : ni à l'établissement d'un acte authentique (qui n'existe d'ailleurs pas en droit anglais), ni à celle d'un écrit. En principe, le contrat est une convention qui naît de l'offre (orale ou écrite) d'une partie et de l'acceptation (orale ou écrite) de l'autre, pourvu que (selon le principe de considération) soit donnée et reçue une valeur économique : il y a un échange de promesses et de contreparties. Face aux difficultés des contrats oraux, le législateur a institué en 1677 le *Statute of Frauds* qui exige un écrit comme preuve de certains droits, dont notamment certains contrats : le cautionnement, la convention conclue en considération du mariage, le contrat relatif à un terrain, un immeuble ou un droit immobilier, et une convention dont l'exécution devrait être suspendue pendant au moins un an. Cette rigueur a été modérée par le législateur en 1954, lequel n'a exigé le recours à l'écrit que pour le cautionnement et le contrat relatif aux droits immobiliers (337). Il est cependant à noter que le recours à l'écrit pour les contrats de vente d'immeubles a été abrogé en 1989 à la faveur d'une règle plus stricte : aujourd'hui l'écrit sous la signature des deux parties est exigé non comme condition de preuve, mais comme condition d'existence du contrat. Il faut donc retenir qu'en *common law*, depuis l'abrogation de la plupart des dispositions du *Satute of Frauds*, la loi n'exige qu'exceptionnellement un écrit comme condition de preuve d'un contrat en droit anglais. De même, l'écrit n'est en général pas exigé comme condition d'existence, l'exception la plus importante étant le contrat relatif à un droit immobilier. À l'inverse, le droit civil français a posé comme règle le recours à l'écrit comme mode de preuve des actes juridiques.

Sous-section II Les modes d'admissibilité de la preuve des actes juridiques

4136 Parmi les procédés de preuve parfaits, l'écrit présente la plus grande importance, au point que l'article 1359 du Code civil érige en principe le recours à l'écrit pour la preuve des actes juridiques (**§ I**). Toutefois, nous constaterons que ce principe souffre d'exceptions qu'il nous conviendra de relever (**§ II**).

§ I Le principe de la preuve par écrit

4137 **– Droit de la preuve et réforme du droit des contrats. –** Il aura fallu attendre près de deux siècles pour que soient modifiées certaines dispositions du Code civil que le temps et

(336) J. Caartwright, *La preuve en droit continental et en* common law *; le point sur la preuve en matière de contrats en droit anglais* : *JCP* N févr. 2013, n° 5, 1013.

(337) La clause qui exigeait un écrit comme preuve d'un contrat relatif à un droit immobilier a été remplacée par la *Law of Property Act 1925*, s. 40, mais celle-ci a été abrogée à son tour en 1989.

la tradition avaient – semble-t-il – rendues inaltérables. Alors que cet ancrage semblait immuable, un mouvement de grande ampleur s'est finalement produit, d'une part avec la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies et à la signature électronique et, d'autre part, avec l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Sur le fond, l'ordonnance innove peu et, pour l'essentiel, se cantonne à une réorganisation et mise en conformité des textes avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation. Certes, une réforme des dispositions du Code civil relatives au droit des obligations se prêtait mal à une refonte globale et en profondeur du droit de la preuve. Intimement liée au contentieux, la matière relève autant du Code civil que de procédure civile. Par ailleurs, les dispositions relatives à la preuve des obligations jouant le rôle de droit commun dans le Code civil, une modification substantielle de ces règles aurait eu des incidences excédant le sujet de la réforme. On relèvera toutefois que la preuve par écrit a fait – aux termes de cette réforme – l'objet de la plus grande attention. Ainsi l'expression « preuve littérale » disparaît au profit de la « preuve par écrit », les auteurs de l'ordonnance ayant fait le choix délibéré de ne pas distinguer l'« acte » et l'« écrit », préférant utiliser l'un ou l'autre indifféremment. Pour le reste, retenons que les solutions antérieures sont en grande partie maintenues, l'accent ayant été mis essentiellement sur la forme afin de rendre le titre IV *bis* du livre III du Code civil intitulé « De la preuve des obligations » plus clair et concis en formant une matière plus pédagogique et accessible.

– Principe de la règle écrite posé par l'article 1359 du Code civil. – La règle de la preuve écrite des actes juridiques est inscrite dans le nouvel article 1359 qui dispose, dans son premier alinéa, que : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique ». Le deuxième alinéa poursuit en précisant « qu'il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique ». **4138**

Ce qu'il faut retenir de l'article 1359 du Code civil

L'article 1359 du Code civil, qui érige comme principe le recours à l'écrit pour la preuve des actes juridiques, pose donc une double règle :

- d'une part, tout acte portant sur une valeur excédant une somme fixée par décret, soit aujourd'hui la somme de 1 500 € (338), doit être prouvé par écrit ;
- d'autre part, lorsqu'un écrit a été produit, son contenu ne peut être complété ou combattu par des témoignages, présomptions ou indices (339).

La règle ainsi posée par l'article 1359 du Code civil s'analyse, en définitive, comme une obligation légale faite aux parties à un acte juridique de rédiger un écrit destiné à servir de preuve, dans la mesure où l'objet dudit acte excède une certaine somme ou une certaine valeur. À défaut d'avoir eu recours à un écrit, la sanction est non pas la nullité de l'acte concerné, mais l'interdiction de recourir à la preuve par témoins ou par présomptions ou indices.

(338) Cette somme a été fixée depuis le 1er janv. 2005 par le décret no 80-533 du 15 juill. 1980, modifié par le décret no 2001-476 du 30 mai 2001 (*JO* 3 juin 2001) et par le décret no 2004-836 du 20 août 2004, art. 56 et 59 (*JO* 22 août 2001).

(339) J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 17e éd., no 315, note 1.

4139 – Préconstitution et perfection de la preuve. – L'importance de l'écrit en droit des contrats s'impose naturellement comme mode de preuve parfait : ses caractéristiques épousent fidèlement l'objet de la preuve d'un acte juridique. Il s'agit ici pour celui qui se prétend créancier d'établir l'engagement de son débiteur et la portée de son engagement. Or l'acte écrit est pérennisé, « il échappe aux altérations du temps » (340). La preuve écrite garde la mémoire de l'acte juridique conclu ; elle en assure pour l'avenir, dans l'éventualité d'un contentieux, la conservation et donc le respect. Rédigé par les parties ou leurs conseils, l'écrit est le moyen le plus efficace pour représenter l'acte juridique. On a coutume de rappeler que l'*instrumentum* est le support du *negotium*. Dès lors, on comprend aisément que les caractères essentiels de l'écrit lui confèrent le statut de preuve parfaite et lui assurent donc valeur de principe. La preuve par écrit est une preuve parfaite, ce qui signifie que sa production devant le juge règle une question de fond en même temps qu'une question de recevabilité. Par là, il faut comprendre que l'article 1359 du Code civil règle ici un problème de recevabilité en ce que l'examen au fond de la question posée au juge dépend de la préconstitution. En son absence, et hors champ d'application des articles 1360, 1361 et 1362 du Code civil, la prétention n'est pas examinée quant à son bien-fondé. Ainsi, à l'occasion d'un litige relatif à l'inexécution d'une obligation, le demandeur devra avant toute chose prouver le contrat et en rapporter la preuve par écrit ; si le contrat n'a pas été rédigé, la question de l'inexécution et, *a fortiori*, son caractère préjudiciable, sera rejetée d'emblée sans examen au fond.

4140 – Situation par rapport aux tiers. – Bien que l'article 1359 du Code civil ne fasse aucune distinction entre les personnes qui ont à administrer la preuve de l'acte juridique, il est bon de rappeler que la règle de la preuve écrite ne s'adresse qu'aux parties à l'acte et non aux tiers qui auraient besoin d'en rapporter la preuve (341). En effet, les tiers conservent toujours la possibilité de recourir à tous moyens de preuve, car on ne saurait exiger d'eux qu'ils fassent par écrit la preuve d'un acte auquel ils n'ont pas été appelés et dont ils n'ont pu se réserver la preuve (342). Ce principe se justifie et se comprend assez logiquement par l'idée selon laquelle les tiers sont dans l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit, mais également en considérant qu'au regard des tiers, l'acte juridique est un simple fait auquel ne s'applique pas la règle de la preuve écrite (343).

4141 – Contrats et actes unilatéraux. – L'ordonnance du 10 février 2016 vient par ailleurs lever le voile sur une ambiguïté relative au champ d'application de l'ancien article 1341 du Code civil. En effet, une interrogation demeurait quant au fait de savoir si les dispositions de cet article s'appliquaient certes, aux conventions, mais également aux actes unilatéraux. Dans la lettre de l'ancien article 1341, la soumission d'actes unilatéraux à la nécessité d'un écrit ne s'imposait pas de façon inéluctable. En exigeant qu'il soit « passé acte devant notaire ou sous signatures privées » de « toutes choses », excédant un certain seuil, cette rédaction paraissait plutôt se référer aux conventions. La Cour de cassation avait décidé que la preuve de la renonciation à un droit, acte qui est ordinairement qualifié d'acte juridique unilatéral, échappait à l'article 1341 et pouvait donc être rapportée librement quel que soit le montant en jeu (344). À l'opposé, plusieurs auteurs estimaient, quant à eux, que les actes unilatéraux

(340) C. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2e éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. IX *bis*, Paris, 1933, no 1178.

(341) Cass. req., 31 juill. 1872 : *DP* 1873, 1, p. 340. – Cass. req., 23 mai 1887 : *DP* 1887, 1, p. 499. – Cass. 2e civ., 16 juill. 1964 : *Bull. civ.* 1964, II, no 565.

(342) H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, no 405. – Cass. com., 6 mars 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, I, p. 307. – Cass. 1re civ., 27 nov. 1970 : *Gaz. Pal.* 1971, 1, 210, note M. de V.

(343) Ph. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite* : *JCP* N 1972, I, 2468.

(344) Cass. 1re civ., 7 mai 1980, no 79-10.573 : *Bull. civ.* 1980, I, no 142 (renonciation à une partie de dette).

devaient être soumis au même régime de preuve que les conventions (345). La rédaction de l'article 1359 du Code civil apporte une clarification sans faille sur ce dernier point en imposant la preuve écrite pour « l'acte juridique », sans distinguer suivant sa nature conventionnelle ou unilatérale, ni même suivant qu'il crée ou non une obligation.

4142 **– Recevabilité de la preuve et actes instrumentaires. –** La préconstitution de la preuve de l'acte juridique, support de l'accord de volontés des parties, se formalise au moyen d'écrits appelés classiquement « actes instrumentaires », conformément aux dispositions de l'article 1359 du Code civil. Ces actes peuvent être soit authentiques, soit sous signatures privées ; ils devront porter la signature de la personne (346) dont on voudra contester la manifestation de volonté et devront au surplus avoir été dressés en vue de constater cette manifestation (347). De même, et sous réserve des conditions et garanties d'identification et de conservation que nous étudierons dans les développements qui vont suivre, les actes dématérialisés et écrits électroniques pourront être admis comme preuve par écrit au même titre que les actes instrumentaires. Les lettres missives échangées entre les parties et constatant leurs conventions pourront également constituer, au sens de l'article 1359 du Code civil, des « actes » contre et outre le contenu desquels la preuve par témoins est interdite (348). Enfin, on soulignera l'entrée dans le Code civil du principe selon lequel « nul ne peut se constituer de titre à soi-même » (349) qui figure dans la section relative à la preuve par écrit, pour bien rappeler qu'il ne s'étend qu'uniquement au domaine de la preuve des actes juridiques. Il signifie que nul ne se peut se constituer son propre écrit, lorsque ce mode de preuve est exigé. Le droit de la preuve se trouve ainsi purgé des dispositions qui pourraient lui être étrangères, concernant notamment la simulation (les contre-lettres) et la confirmation (l'acte confirmatif).

4143

Quelle est la validité des copies et des documents résultant d'un procédé de numérisation ?

Il s'agit certainement ici d'un des points les plus importants de la réforme des modes de preuve, l'ordonnance du 10 février 2016 étant venue préciser et clarifier son régime. L'article 1379 du Code civil prévoit désormais que la copie fiable a la même force probante que l'original. Par principe, cette fiabilité est souverainement appréciée par le juge. Par exception, est présumée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique, ou celle qui a été dressée selon un procédé technique défini par un décret en Conseil d'État. Pris en application de cet article, le décret n° 2016-1673 du 5 décembre 2016 précise dorénavant que « l'intégrité de la copie résultant d'un procédé de reproduction par voie électronique est attestée par une empreinte électronique qui garantit que toute modification ultérieure de la copie à laquelle elle est attachée est détectable. Cette condition est présumée remplie par l'usage d'un horodatage qualifié, d'un cachet électronique qualifié ou d'une signature électronique qualifiée, au sens du règlement (UE) n° 910-/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur » (350).

(345) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, *Les sources*, Sirey, 2e éd., n° 365. – J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 16e éd. 2014, n° 495 ; *adde*, s'agissant de la confirmation d'un acte nul, les auteurs cités par G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, LGDJ, 1972, n° 44.

(346) Rappelons à cet effet que les écrits non signés ne peuvent faire pleine preuve d'un acte juridique car ce ne sont pas des écrits sous signature privée (Cass. com., 23 févr. 1983 : *JCP* G 1983, IV, 149) ; ils ne peuvent alors valoir que comme commencement de preuve par écrit.

(347) H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 395.

(348) Pour une décision rendue sous l'empire de l'ancien article 1341 du Code civil, V. Cass. req., 3 févr. 1928 : *DP* 1928, I, p. 148, note Gabolde.

(349) C. civ., art. 1363.

(350) D. n° 2016-1673, 5 déc. 2016, art. 3.

Désormais, le doute n'est plus permis sur la validité juridique et la force probante d'un document reproduit par voie électronique dès lors qu'une empreinte électronique garantit la détection d'une éventuelle tentative de modification ultérieure de la copie. Les incertitudes résultant des dispositions de l'ancien article 1348 du Code civil – prescrivant que la copie ne vaut pas original mais simplement commencement de preuve – s'effacent devant le statut légal clairement précisé de la copie et de tout document reproduit par voie électronique. Aujourd'hui la copie peut – si l'original n'existe pas – se substituer à l'écrit pour établir la preuve d'un acte juridique, conformément aux dispositions de l'article 1359 du Code civil et sous réserve des conditions techniques imposées par le décret du 5 mai 2016.

Sans faire figure de vieilles lunes, le débat ouvert à l'occasion du 111e Congrès des notaires (351) sur la conservation des annexes papier numérisées préalablement à l'élaboration d'un acte authentique électronique se trouve enrichi d'une nouvelle base textuelle ; dès lors, il serait bon d'en tirer toutes les conséquences en adaptant le décret du 10 août 2005 (352) à l'aune de l'ordonnance du 10 février 2016 et de son décret d'application du 5 décembre 2016.

§ II Les exceptions légales : la preuve autre qu'écrite de l'acte juridique

4144 – Suppléance à l'écrit : aveu judiciaire et serment décisoire. – L'article 1360, alinéa 3 du Code civil prévoit qu'il peut être notamment suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire et le serment décisoire. S'agissant tout d'abord de l'aveu judiciaire lui-même, l'ordonnance du 10 février 2016 n'apporte pas de modification par rapport à la rédaction antérieure, si ce n'est une clarification des textes. L'ancien article 1356 disposait qu'il fait « pleine foi contre celui qui l'a fait ». La jurisprudence en déduisait alors qu'il en était ainsi même dans les cas où la preuve doit être administrée par écrit (353). La nouvelle rédaction de l'article 1383-2 du Code civil maintient cette solution sans qu'il soit besoin pour autant d'en appeler à la foi attribuée à l'aveu (354). Quant à l'aveu extrajudiciaire, il est généralement admis qu'un tel aveu puisse valoir preuve écrite lorsqu'il a pour support un écrit, si du moins le juge lui accorde la foi nécessaire (355). Cette solution est désormais déduite par la doctrine (356), par une lecture *a contrario* de l'actuel article 1355 aux termes duquel l'allégation d'un aveu judiciaire purement verbal – donc dépourvu de support écrit – est inutile lorsque la preuve par témoins n'est pas admissible.

4145 – Suppléance à l'écrit : le commencement de preuve. – S'agissant à présent du commencement de preuve, il connaît une forme de promotion. Défini désormais à l'article 1362 du Code civil, le commencement de preuve évince la nécessité d'un écrit et rend donc recevables ces autres moyens de preuve. Ainsi, et plus spécifiquement, la déclaration, le silence d'une partie ou son absence de comparution peuvent être considérés comme des commencements de preuve par écrit, de même que la mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut également commencement de preuve par écrit.

(351) V. 111e Congrès des notaires, Strasbourg, 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, V. not. la 4e proposition de la 1re commission, *La sécurité authentique* : « Gérer les annexes d'un acte authentique électronique », par Th. Gruel et C. Farenc.

(352) D. no 2005-973, 10 août 2005 modifiant D. no 71-941, 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires.

(353) Cass. 1re civ., 28 janv. 1981, no 79-14.501 : *Bull. civ.* 1981, I, no 33. – J.-L. Mouralis : *Rép. dr. civ.* Dalloz, Vo *Preuve (2o Règles de preuve)*, nos 513 et s.

(354) C. civ., art. 1383-2, al. 2 : « Il fait foi contre celui qui l'a fait ».

(355) Cass. 1re civ., 11 déc. 1961, no 60-10.999 : *Bull. civ.* 1961, I, no 592. – J.-L. Mouralis : *Rép. dr. civ.* Dalloz, Vo *Preuve (1o Règles de preuve)*, no 782. – J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 8e éd. 2013, no 62.

(356) A. Hontebeyrie, *L'admissibilité des modes de preuve : un dispositif clair et concis, dont l'organisation pourrait être améliorée* : *Dr. et patrimoine* 1er sept. 2015, no 250.

4146 **– Dispense d'écrit. –** Enfin, à côté de la suppléance de l'écrit, demeurent des exceptions. Ainsi l'article 1360 du Code civil reprend en substance l'ancien article 1348 du même code en disposant que : « Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure ». On notera cependant une nouveauté puisque désormais le Code civil admet que l'impossibilité de se procurer un écrit à titre de preuve peut découler d'un usage, ce qui est une consécration légale d'une position de la jurisprudence de la Cour de cassation (357). Dès lors, la simple admissibilité de la voie verbale par un usage suffira à caractériser l'impossibilité morale, et finalement à libérer la preuve.

Section II L'adaptabilité de la preuve écrite aux nouvelles technologies

4147 Comme le soulignait avec malice Catala, « il y a longtemps que les nouvelles technologies taquinaient les formes probatoires » (358), mais c'est à l'occasion de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 – tendant à adapter le droit français à l'usage de l'écrit électronique – que les notions d'écrit et de signature ont été définies. Ces définitions, visées aux articles 1365 et 1367 du Code civil, doivent désormais être considérées comme générales, de sorte qu'elles dépassent le cadre de la seule preuve par écrit. Il faut donc déduire de la portée générale de ces deux textes que l'écrit, qu'il soit requis *ad validitatem* ou *ad probationem*, est désormais constitué d'un corps de texte accompagné d'une signature. Cette loi emporte ainsi une mutation sans précédent du droit de la preuve par écrit et plus largement de l'écrit en général, que l'ordonnance du 10 avril 2016 n'a pas remise en question à l'occasion de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Dès lors, nous reviendrons tour à tour sur ces deux notions que sont l'écrit (**Sous-section I**) et la signature (**Sous-section II**) désormais confrontés à l'épreuve des nouvelles technologies et du numérique.

Sous-section I L'écrit

4148 Les dispositions du Code civil livrent une définition très précise de l'écrit (**§ I**) – s'appliquant à tout écrit requis tant *ad validitatem* qu'*ad probationem* – en reconnaissant notamment à l'écrit électronique le statut d'écrit et de preuve écrite, tout en affirmant une parfaite égalité de l'écrit papier et l'écrit électronique (**§ II**).

§ I La définition générale de l'écrit

4149 La définition générale qui est retenue par le Code civil permet dorénavant d'admettre tout signe intelligible comme écrit sur tout support (**A**), ce qui n'est pas sans engendrer certaines conséquences (**B**).

(357) La Cour de cassation avait en effet ouvert la voie à cette nouvelle opportunité, en refusant de censurer une cour d'appel qui avait retenu l'impossibilité morale au vu d'un « usage en matière agricole qui autorise les parties à conclure verbalement les ventes d'aliments pour le bétail ». Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-72.426 : *Bull. civ.* 2011, IV, n° 50.

(358) P. Catala, *Le formalisme et les nouvelles technologies* : *Defrénois* 2000, n^os^ 15-16, art. 37210.

A/ Les nouvelles caractéristiques de l'écrit

4150 – Absence de définition de la preuve par écrit avant la loi du 13 mars 2000. – Avant l'adoption de la loi du 13 mars 2000, la section du Code civil relative à la preuve « littérale » ne définissait pas la preuve dont elle traitait, tant il était clair, en 1804, que l'adjectif « littéral » désignait une écriture lisible apposée sur du papier. Pour autant cette conception, qui avait jusque-là résisté à la mécanisation de l'écriture, allait ne plus pouvoir supporter sa dématérialisation et son transfert sur des supports par des vecteurs électroniques. Comme le relevait Catala (359), c'est l'acception implicite du terme « littéral », assimilé au papier, qui était devenue trop étroite et devait être élargie par une définition explicite ouverte aux nouvelles technologies. Une nouvelle définition de l'écrit – où les messages numériques puissent trouver toute leur place – s'imposait.

4151 – Définition de l'écrit posée par l'article 1365 du Code civil. – Suite à la loi du 13 mars 2000, les dispositions du Code civil livrent une définition très précise de l'écrit. En effet, l'article 1365 du Code civil dispose que : « L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support ». À la lecture de cet article, on sera surpris de relever que cette définition a été établie dans des termes si vastes qu'elle permet en définitive une extension considérable du nombre de documents susceptibles de constituer un écrit. En effet, désormais, toute forme de signe est admissible dès lors qu'au moment de produire *l'instrumentum* (le support écrit) comme preuve, le texte est compréhensible de tous. Aussi, si le texte de l'article 1365 du Code civil permet dorénavant d'accueillir tout écrit comme mode de preuve, au-delà c'est bien la conception même de l'écrit qui est modifiée, car tout signe intelligible peut valoir écrit et tout support peut accueillir cet écrit.

4152 – Tout signe intelligible est un écrit. – Tout d'abord, on notera que l'article 1365 du Code civil relève la structure morphologique de l'écrit : une séquence de lettres (quel que soit l'alphabet), de caractères (autres que des lettres ou idéogrammes...), de signes (ponctuations, empreintes...), de chiffres (quel qu'en soit le mode de représentation) et de symboles (logos, plans...). Jusqu'à cette nouvelle définition légale, on était habitué aux lettres et aux caractères ; désormais, l'extension aux signes ou symboles ouvre le champ de toutes les possibilités techniques. Le signe ou le symbole vont permettre d'envisager des écritures qui ne sont pas encore immédiatement compréhensibles, telle l'écriture électronique qui consiste en un langage compréhensible par les machines et la cryptologie. Définie comme « tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète » (360), la cryptologie pourra désormais servir de preuve écrite, quel que soit le support, dès lors que le message crypté sera redevenu intelligible après déchiffrage. L'article 1365 relève également la fonction sémantique de la preuve écrite en précisant qu'elle doit être dotée d'une signification intelligible, car le message qu'elle porte est destiné à être communiqué et compris. On retiendra donc de cette nouvelle définition que la structure morphologique de l'écrit, ainsi que sa signification intelligible suffisent désormais à constituer un titre probatoire, et ce quels qu'en soient le support et les modes de transmission.

4153 – Tout support et tout mode de transmission peuvent accueillir un écrit. – Cette totale liberté de choix de support et de mode de transmission pour créer une preuve vient

(359) P. Catala, *Le formalisme et les nouvelles technologies*, préc.
(360) L. n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, art. 29.

consacrer la position de la Cour de cassation (361) qui avait admis qu'un acte « peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées » et valoir ainsi « preuve écrite ». Cet arrêt a ainsi ouvert la voie à l'admission de tout support comme preuve écrite, dès lors que l'engagement n'est pas contesté ou que l'*instrumentum* a été vérifié, exigences qui se retrouvent désormais dans la définition de l'article 1365 du Code civil. La preuve écrite ne nécessite désormais plus un support papier, ni un *instrumentum* original. Les CD-Rom, disques durs, clés USB peuvent être admis, de même qu'une copie conformément aux dispositions de l'article 1379 du Code civil (362). Tout nouveau support qui sera créé à l'avenir pourra ainsi également être utilisé.

Les nouveaux supports confrontés à l'épreuve du temps

L'acceptation de tout support pour établir un écrit aux termes de l'article 1365 du Code civil nous invite à nous interroger sur la pérennité des supports dans le temps. En effet, si le papier conservé dans des conditions normales passe encore avec un certain succès l'épreuve du temps, il n'est pas certain que les disquettes, CD-Rom, disques durs ou autres clés USB soient aussi résistants. La pérennité de l'écrit électronique passera donc par la « migration » régulière de tous les documents stockés vers le dernier langage machine. La préservation de l'écrit électronique à travers le temps suppose en conséquence la mise en œuvre régulière de moyens matériels et le maintien pour les siècles à venir d'une société sophistiquée maîtrisant sans discontinuer les techniques nécessaires

B/ Les conséquences tirées de la nouvelle définition de l'écrit

– Rappel de l'exigence du « double » ou d'exemplaires multiples. – L'article 1375 du Code civil dispose que : « L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (...) ». Ce texte oblige à régulariser autant d'originaux qu'il existe de parties à une convention synallagmatique afin d'assurer à chaque contractant une situation égale à celle des autres (363). Une telle obligation, appelée « formalité du double », s'impose pour les seuls actes sous signature privée et non pour les lettres missives (364). Il est à noter qu'en jurisprudence, il avait été retenu que le dépôt de l'original, signé des parties, entre les mains d'un tiers chargé de le conserver suffisait à accomplir l'obligation « du double » (365). Cette solution jurisprudentielle a été dernièrement consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 puisque désormais l'article 1375, dans son alinéa premier – précité – se termine ainsi : « (...) à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé ». À défaut d'avoir respecté ce formalisme, la jurisprudence a précisé que l'existence de la convention n'est pas menacée par l'absence de double, mais l'*instrumentum* se trouve alors privé de sa force probante (366). **4154**

(361) Cass. com., 2 déc. 1997, n° 95-14.251 : *JurisData* n° 1997-004880 ; *JCP* E 1998, p. 151, note Th. Bonneau ; *JCP* G 1998, II, 10097, note L. Grynbraum ; *D.* 1998, p. 192, note D.-R. Martin. – P. Catala et P.-Y. Gauthier, *L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libération de la preuve contractuelle* : *JCP* G 1998, act. p. 905.
(362) V. not. les développements qui précèdent sur la validité des copies suite à la réforme du droit des contrats.
(363) Cass. soc., 2 nov. 1951 : *Bull. civ.* 1951, III, n° 718.
(364) Cass. req., 6 févr. 1928 : *DP* 1928, I, 149.
(365) Cass. 3e civ., 5 mars 1980 : *Bull. civ.* 1980, III, n° 131.
(366) Cass. 3e civ., 26 juin 1973 : *Bull. civ.* 1973, III, n° 444. – Cependant, la force probante de l'écrit est maintenue si en présence de cet écrit les parties ne dénient ni leur engagement ni les mentions de l'écrit et se contentent d'exiger la présentation du double (Cass. 3e civ., 29 janv. 1971 : *Bull. civ.* 1971, III, n° 73).

4155 – Adaptation de l'obligation « du double » à l'écrit électronique. – À l'occasion de la loi du 13 mars 2000, les dispositions de l'article 1365 du Code civil n'avaient pas été adaptées afin de satisfaire à l'exigence du « double ». Il a donc dû être procédé à un ajout à ce texte par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. Depuis l'adoption de cette ordonnance, l'article 1375 du Code civil comporte désormais un alinéa 4 disposant que : « L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1366 et 1367, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire sur support durable ou d'y avoir accès ». Ainsi cette nouvelle disposition permet de tenir compte de la technique informatique dans laquelle la distinction entre l'original et copie perd de sa pertinence. En effet, on sait qu'un document électronique constitue un original dont il est possible de faire autant de tirages papier qu'il est possible. Aussi le texte prévoit-il désormais que l'exigence du « double » est satisfaite lorsque l'écrit électronique répond aux exigences techniques des articles 1366 et 1367 du Code civil, et qu'il est disponible sur un support pour chaque partie ou bien encore que chacune peut y accéder ; c'est-à-dire qu'un lieu de stockage unique est accessible à toutes les parties.

4156 – La mention manuscrite et les caractères spéciaux. – La loi du 13 mars 2000 a également modifié l'article 1376 du Code civil, lequel avait été instauré afin de protéger le débiteur dans les contrats unilatéraux. Il fallait alors éviter que l'*instrumentum* restant aux mains du créancier et qui constate l'obligation unilatérale puisse subir une altération par ce dernier. La formalité du « bon pour » qui avait été institué par la pratique sur le fondement de ce texte n'était guère protectrice ; aussi avait-il été décidé qu'il fallait, outre la signature, la mention manuscrite de la somme ou de la quantité de l'engagement. Le texte a de nouveau été modifié par la loi du 13 mars 2000 afin de tenir compte cette fois-ci de la possibilité d'établir un écrit électronique comme mode de preuve. La mention de la somme ou de la quantité n'a plus à être écrite de la main du débiteur, mais « par lui-même ». On relèvera à ce sujet cette décision de la Cour de cassation, rendue sur le fondement de l'article 1376 du Code civil, à la date anniversaire de la promulgation de la loi du 13 mars 2000, qui vient préciser que « si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention » (367). Cet attendu a ensuite permis à la Haute juridiction de censurer la cour d'appel qui avait refusé de reconnaître pleine foi à une reconnaissance de dette qui était dactylographiée et ne comportait que la signature manuscrite du débiteur. Cette décision est particulièrement intéressante puisqu'elle montre qu'au-delà des exigences des articles 1366 et 1367 du Code civil, il semble désormais possible d'utiliser tout type d'écrits sans être enfermé dans les contraintes strictes de l'écrit électronique du Code civil. Enfin, on rappellera que lorsque la mention manuscrite est exigée *ad validitatem*, l'alinéa 2 de l'article 1174 précise que le débiteur « peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

(367) Cass. 1re civ., 13 mars 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 73. – I. Maria, *La fin de l'art. 1326 du Code civil* : *D.* 2008, p. 1956 ; *Defrénois* 2008, 1345, obs. R. Libchaber ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 80, note Ph. Stoffel-Munck ; *JCP* G 2008, II, 10081, note E. Putman ; *ibid.*, I, 152, n° 4, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 2008, p. 302, obs. B. Fages.

Un courriel peut-il être admis comme écrit électronique ?

Le courriel ou encore e-mail constitue aujourd'hui un mode usuel de communication, au point qu'il semble même dans l'esprit de ses nombreux utilisateurs pouvoir se substituer à un courrier. Cependant, la réalité juridique est bien plus complexe, comme en témoignent ces deux décisions rendues par la Cour de cassation.

• Le premier cas d'espèce opposait un bailleur à son preneur à bail d'habitation (368). Ce dernier avait adressé un congé par voie électronique à son bailleur, lequel en avait accusé réception également par courriel, mais contestait la date de fin du bail. Une communication s'ensuivit directement entre les parties au moyen de courriers électroniques. Toutefois le bailleur déniait, dans le cadre de la procédure, l'authenticité de ces courriels. La question était donc de connaître de la force probante d'un courriel, et plus précisément de savoir si un courriel a une valeur électronique dès lors que celui à qui on l'oppose dénie son authenticité.

La Cour de cassation n'a pas voulu ici élargir la portée des dispositions du Code civil et s'est retranchée derrière une lecture littérale des articles 1366 du Code civil (qui définit l'écrit électronique) et 1367 du même code (qui pose les règles de reconnaissance de la signature électronique). Une lecture combinée de ces deux articles permet de comprendre que pour avoir la même valeur juridique que l'écrit papier, le courriel doit émaner de la personne identifiée à laquelle l'acte sera imputable et son contenu doit demeurer intègre. Par ailleurs, lorsqu'elle est électronique, la signature doit résulter d'un procédé fiable d'identification et garantir le lien à l'acte auquel elle s'attache. Si ces deux conditions ne sont pas réunies, la validité de l'acte en sera affectée, lequel sera alors considéré comme n'ayant jamais existé.

Dès lors, la Cour de cassation s'est contentée d'appliquer strictement ces articles au « message électronique », ce qui ne pouvait que conduire à la disqualification d'écrit électronique pour un courriel. En effet, ni les conditions de création ni celles de conservation du courriel en cause ne correspondaient aux exigences légales de fiabilité. De plus, le courriel litigieux n'était pas signé par une signature électronique au sens de l'article 1367, alinéa 2 du Code civil. Par suite, le courriel ne pouvait être admis comme un écrit électronique au sens du Code civil.

Cependant, la cour a insisté dans son arrêt sur le fait qu'il ne suffit pas de prétendre qu'un courriel n'est pas intrinsèquement recevable comme mode de preuve pour écarter l'écrit. Il faut également, pour le défendeur à qui l'on oppose un message électronique qui ne correspond pas aux exigences des articles 1366 et 1367 du Code civil, radicalement soit nier s'être engagé, soit contester le contenu du courriel que l'on veut lui opposer.

• Dans une seconde affaire (369) opposant un agent sportif de joueur de football à un club de football professionnel (370), la Cour de cassation a cette fois reconnu que les courriers électroniques échangés permettaient de remplir les exigences de validité de l'écrit électronique (C. civ., art. 1174), c'est-à-dire de dûment identifier les personnes dont l'acte émane et d'en garantir l'intégrité (C. civ., art. 1366), mais également d'identifier celui qui appose la signature (C. civ., art. 1367, al. 1) et d'utiliser un procédé fiable d'identification (C. civ., art. 1367, al. 2), étant donné que l'article 1174 renvoie à ces deux articles du Code civil. Dès lors, les exigences relatives à l'écrit électronique n'ont pas été discutées et les courriers électroniques échangés ont pu être reconnus comme valant écrit électronique.

On retiendra donc de ces deux arrêts que la jurisprudence de la Cour de cassation afférente à la reconnaissance de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique est principalement tributaire d'exigences de fiabilité technique.

(368) Cass. 1re civ., 30 sept. 2010, no 09-68.555 : *JurisData* no 2010-017147 ; *Bull. civ.* 2010, I, no 178 ; *RLDI* juin 2011, no 2387, note J. Huet.

(369) V. not. à ce sujet : Th. Douville, *Le courrier électronique et le formalisme du contrat de l'agent sportif* : *JCP* E 2018, no 45.

(370) Cass. 1re civ., 11 juill. 2018, no 17-10.458 : *JurisData* no 2018-012335.

§ II L'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier

4158 – Affirmation de l'égalité entre l'écrit électronique et l'écrit papier par la loi du 13 mars 2000. – Si la loi du 13 mars 2000 a admis l'écrit électronique au rang des preuves par écrit, cela ne dispensait pas le législateur d'aborder l'épineuse question de sa force probante. Un choix s'offrait alors à ce sujet : fallait-il reconnaître l'égalité du scribe et de l'internaute, ou bien dans un souci de prudence attendre, au moins de manière temporaire, que les nouvelles technologies aient fait preuve de leur fiabilité ? Le législateur, soucieux d'adapter notre droit à l'usage de l'écrit électronique et conscient des enjeux importants pour l'avenir en la matière, décida sans coup férir de reconnaître l'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier. Désormais, et pour l'avenir, « l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » conformément aux dispositions de l'article 1366 du Code civil. On relèvera que l'égalité de principe affirmée de l'écrit électronique repose, aux termes de ce texte, sur deux exigences cumulatives : d'une part, il faudra pouvoir imputer avec certitude l'acte à un contractant nettement identifié et, d'autre part, les procédures techniques de création et de conservation devront garantir son intégrité.

4159 – Identification certaine de l'auteur de l'acte. – Première condition permettant d'assurer l'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier, il faut impérativement que l'écrit électronique ne puisse être attribué qu'aux parties qui ont voulu et ont participé à l'acte. Une telle exigence se comprend aisément illustrée par l'exemple de la reconnaissance de dette, où un tel acte doit pouvoir être opposé avec certitude au débiteur. Dès lors, il faut que le procédé technique utilisé pour manifester l'engagement par voie électronique garantisse l'identité de ce débiteur. Tel sera alors le cas en recourant à la « signature sécurisée » de l'acte avec intervention d'un tiers certificateur.

4160 – Création et conservation de l'acte garantissant son intégrité. – Seconde condition, pour que l'écrit électronique soit considéré comme fiable il faut que la technique utilisée réponde à un double défi. Il doit tout d'abord être fiable lors de sa création, c'est-à-dire que le procédé technique ne doit pas permettre la création trop facile et évidente d'un faux. Par ailleurs, il faut la garantie que le contenu voulu par les parties n'ait pas été altéré entre le moment de sa rédaction et celui de sa signature. Enfin, pour que l'écrit électronique soit crédible face au papier, le procédé de conservation ou de stockage utilisé doit permettre d'affirmer avec certitude que ce dernier n'a pas pu être altéré et qu'il se trouve ainsi définitivement verrouillé.

Sous-section II La signature

4161 Il n'était pas envisageable de promouvoir l'écrit, et plus encore l'écrit électronique, sans considérer et définir la signature, qui parachève l'écrit, au sens d'acte sous signature privée ou d'acte authentique, défini comme un corps de texte obligatoirement accompagné d'une signature. En somme, la signature devient un acte en soi, accessoire indispensable du « corps » de l'acte juridique afin que ce dernier devienne un *instrumentum* valant preuve écrite. Aussi il conviendra d'appréhender cette nouvelle notion que constitue la signature (**§ I**), avant d'étudier comment la signature électronique se confronte à l'acte authentique (**§ II**).

§ 1 La définition générale de la signature

L'article 1367 du Code civil comporte deux alinéas, fort distincts par leur portée. Le premier donne une définition générale de la signature et de ses fonctions (**A**). Le second définit la signature électronique et précise les exigences de fiabilité pesant sur elle (**B**). **4162**

A/ La définition et les fonctions de la signature

– Approche antérieure à la loi du 13 mars 2000. – Pas plus que l'écrit, avant la loi du 13 mars 2000, le Code civil ne définissait la signature ; elle paraissait aller de soi dans sa forme manuscrite traditionnelle apposée sur un support tangible. Toutefois, elle pouvait faire l'objet de précisions en fonction de la matière dans laquelle elle devait être donnée (371). C'est ainsi qu'à l'article 970 du Code civil, il est indiqué qu'elle doit être manuscrite pour le testament olographe. Cependant, il est à noter que la signature pouvait prendre la forme d'une croix ou d'un dessin (372) et qu'un tiers pouvait aider à la tracer (373), l'essentiel étant la manifestation de volonté d'adhérer à l'acte. C'est pourquoi, dans son acception commune, la signature s'entendait comme « une marque manuscrite usuelle apposée sur un document et par laquelle l'individu affirmait sa présence à l'acte, exprimait son adhésion au contenu intellectuel de l'*instrumentum* écrit avec l'intention de signifier qu'il en était l'auteur » (374). **Ainsi la signature semble être à l'acte instrumentaire (*instrumentum*) ce que le consentement est à l'acte juridique (*negotium*) : l'expression écrite du consentement.** Or, autant l'acte juridique demeure immuable au fil de temps, autant l'acte instrumentaire connaît à l'ère du numérique une révolution sans précédent ; comme nous avons pu le constater dans les développements qui précèdent, l'écrit peut désormais exister non plus seulement sur support papier, mais également sur support électronique, donnant ainsi naissance à un *instrumentum* dématérialisé. Dès lors, et à l'aube des conventions à distance et du commerce en ligne, le législateur a dû imaginer une signature électronique, de laquelle allait dépendre le développement de l'économie numérique. **4163**

– Définition de la signature apportée par la loi du 13 mars 2000. – Pour imaginer une signature électronique, la loi du 13 mars 2000 a jugé bon de commencer par définir la notion de signature prise *lato sensu*. Ainsi l'article 1367 du Code civil dispose dans son premier alinéa que : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte ». Et de préciser que : « Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ». **4164**

– Les fonctions d'identification et d'adhésion de la signature. – De cette définition fonctionnelle donnée par le Code civil, on pourra retenir que la signature revêt une double fonction. La signature permet avant tout d'identifier l'auteur de l'acte juridique que constate l'écrit. Cette fonction est assurée par son graphisme. Toutefois, la signature ne livre pas nécessairement l'identité du signataire qui peut parfaitement utiliser un signe autographe qui ne permet pas de lire son nom. Ce qui importe en réalité, c'est de pouvoir associer ce signe à un signataire déterminé, de sorte que la signature n'appartient ainsi qu'à une personne. En ce sens, la signature constitue bel et bien un moyen d'identification et non **4165**

(371) I. Dauriac, *La signature*, thèse, Paris II, 1997, ss dir. M. Gobert, n° 10.
(372) Cass. req., 8 juill. 1903 : *DP* 1903, I, p. 507. – Cass. 1re civ., 12 juill. 1956 : *Bull. civ.* 1956, I, n° 302.
(373) Cass. 1re civ., 19 juin 1951 : *Bull. civ.* 1951, I, n° 190.
(374) I. Dauriac, *La signature*, thèse préc.

une marque établissant immédiatement l'identité du signataire. Seconde fonction de la signature, elle marque le consentement de son auteur à l'acte juridique que porte l'écrit. Ainsi l'apposition de la signature signifie intrinsèquement que les engagements contenus dans l'acte sont définitivement admis. La signature vient ainsi parachever l'écrit et apporter la perfection à un acte juridique.

B/ La définition et la fiabilité de la signature électronique

4166 **– Reconnaissance légale de la signature électronique. –** Depuis la loi du 13 mars 2000, il existe une définition de la signature électronique, laquelle est reprise à l'article 1367 du Code civil, dans son second alinéa, qui dispose qu'« elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». Une définition européenne lui a été également consacrée ; elle figure à l'article 3.10 du règlement nº 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (eIDAS) qui dispose à son tour qu'elle consiste « en des données électroniques, jointes ou associées logiquement à d'autres données électroniques, et que le signataire utilise pour signer ». Bien que ces deux définitions ne coïncident pas totalement, elles semblent pour autant reprendre toutes les deux la double fonction d'authentification et d'adhésion de la signature.

4167 **– Recevabilité *ad probationem* et *ad validitatem* de la signature électronique. –** Il faut ici rappeler que lors de l'adoption de la loi du 13 mars 2000, l'ancien article 1316-4 du Code civil (à présent art. 1367), qui reconnaissait la signature électronique, ne pouvait s'appliquer qu'à l'écrit *ad probationem*. En effet, ce texte n'avait, à l'époque, pas vocation à s'appliquer aux actes ou titres pour lesquels l'écrit était exigé *ad validitatem* ou bien ceux dans lesquels la signature était exigée comme condition de validité : la signature requise *ad validitatem* était nécessairement autographe. Toutefois, l'article 25 de la loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a inséré un article 1108-1 (désormais art. 1174) relatif à l'écrit exigé comme condition de validité. Aux termes de cet article, l'écrit *ad validitatem* peut être réalisé par voie électronique dès lors qu'il est consenti et conservé conformément aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil. L'écrit exigé *ad validitatem* peut donc désormais être signé au moyen d'une signature électronique. Il est seulement fait exception à ces dispositions pour les actes relatifs au droit de la famille et des successions, ainsi qu'aux actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

4168 **– Les modalités techniques de la signature électronique. –** La lecture des deux définitions – interne et européenne – de la signature électronique peut surprendre le juriste en ce qu'elles n'apportent aucune précision sur les modalités d'une telle signature. En effet, ni l'une ni l'autre ne précisent ce qui, dans la signature électronique, remplace l'autographe. Quel est donc ce « procédé » dont parle le Code civil et quelles sont « ces données électroniques jointes ou associées logiquement à l'acte » évoquées par le règlement eIDAS ? Sans doute le législateur avait-il des craintes que le juriste ne puisse appréhender la technique du cryptage asymétrique sur laquelle repose la science de la signature électronique. Sans doute avait-il raison, tant il faut reconnaître que les explications techniques sont hermétiques et nécessiteraient un manuel entier à l'adresse des juristes. En effet, une réponse technique permet de comprendre que la signature électronique repose sur un procédé à cryptographie asymétrique, s'appuyant sur un certificat de signature électronique. Ainsi, et pour être mise en œuvre, une signature électronique suppose différents éléments et en particulier une clé

privée et une clé publique correspondante, la première étant utilisée pour signer et la seconde pour vérifier la signature, un dispositif de création de signature électronique et un certificat liant l'identité du signataire avec les données de vérification de la signature (clé publique). Une présomption simple de fiabilité est alors conférée aux signatures électroniques établies grâce à ce dispositif sécurisé de création de signature électronique, dont la vérification repose sur l'utilisation d'un certificat qualifié (« signature sécurisée ») (375). Ce type de signature était considéré comme équivalent aux signatures manuscrites par la directive 1999/93/CE (376).

4169 **– Les conditions de fiabilité de la signature électronique. –** Nous aurons compris que pour permettre à la signature de remplir ses fonctions d'identification et d'adhésion au contenu de l'acte, la signature électronique suppose la réunion de conditions techniques strictes, lesquelles sont le prix de l'égalité entre l'écrit électronique et l'écrit papier. Aussi un décret du 30 mars 2001 a-t-il précisé dans les détails les exigences techniques auxquelles est soumise la signature électronique ainsi que celles applicables aux prestataires délivrant les certificats qualifiés de signature électronique (377). Sans revenir sur le processus de création d'une signature électronique sécurisée ainsi que sur les différentes étapes du procédé de création d'une telle signature (378), on relèvera qu'aux termes de l'article 2 du décret du 30 mars 2001, est présumé fiable le procédé de signature électronique qui « met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un système sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ». On retiendra donc, aux termes de cet article, que le décret pose trois conditions pour que la présomption de fiabilité du procédé de création de la signature électronique sécurisée soit acquise : il faut, d'une part, disposer d'un dispositif de création de signature électronique sécurisée ; d'autre part, que la signature soit vérifiée ; et, enfin, que la vérification soit possible grâce à l'utilisation d'un certificat électronique qualifié, c'est-à-dire lui-même sécurisé.

4170 **– Incidence du règlement européen eIDAS sur la signature électronique. –** L'ensemble de ce cadre juridique doit désormais être relu à la lumière du règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (eIDAS) qui est entré en application le 1er juillet 2016 (379). Abrogeant la directive 1999/93/CE, il détermine les nouvelles conditions de fiabilité de la signature électronique et opère un véritable classement qualificatif en distinguant désormais trois catégories de signatures électroniques.

(375) D. n° 2001-272, 30 mars 2001, pris pour l'application de l'art. 1367 du Code civil et relatif à la signature électronique, art. 2.

(376) PE et Cons. UE, dir. 1999/93/CE, 13 déc. 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, art. 5, § 1.

(377) D. n° 2001-272, 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1367 du Code civil et relatif à la signature électronique. Les signatures qui ne respectent pas les conditions de ce décret mais remplissent les conditions de l'article 1367, alinéa 2 du Code civil ont la même valeur juridique qu'une signature manuscrite.

(378) V., à ce sujet, H. Bitant, *Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique* : *Comm. com. électr.* 2001, comm. 19. – L. Jacques, *Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique* : *JCP* G 2001, act. p. 160.

(379) V. not. à ce sujet : E.-A. Caprioli et P. Agosti, *Principales évolutions du régime de la signature, du cachet et de la copie numériques* : *AJC* oct. 2016, 2. – Th. Douville, *Signature électronique : enjeux et perspectives pour le notariat* : *Defrénois* 2017, n° 20, doctr.

Les catégories de signatures électroniques créées par le règlement européen eIDAS du 23 juillet 2014

- **La signature électronique simple**, qui ne répond à aucune exigence particulière, offrant ainsi quant à sa création très peu de garanties. De manière générale, elle sera utilisée pour des produits ou des marchés avec des conséquences juridiques et financières de faible importance comme des opérations de caisse, l'adhésion à des conditions d'utilisation pour des sites de commerce électronique...
- **La signature électronique avancée**, qui répond à des exigences offrant de sérieuses garanties de son authenticité puisqu'elle est liée au signataire de manière univoque, permet de l'identifier et est sous contrôle. Elle pourra être utilisée dans une optique de déploiement national pour des produits financiers comme le contrat de crédit à la consommation, le contrat d'assurance, le contrat d'ouverture de compte ou le contrat de crédit immobilier.
- **La signature électronique qualifiée** qui, outre un dispositif de création de signature plus sécurisée encore, nécessite l'intervention d'un tiers certificateur – pour la vérification de la signature – qui remet au signataire un certificat numérique lui permettant de s'identifier de manière sûre. Le règlement eIDAS cherche à faciliter le recours aux signatures électroniques qualifiées en assouplissant leur régime par une harmonisation maximale du cadre juridique des signatures électroniques qualifiées (380), qui correspondent en France aux signatures électroniques « sécurisées » du décret de 2001. Il consacre à cet effet de nouveaux services de confiance en matière de signature électronique et introduit un cadre juridique commun à tous les prestataires de services de confiance (381). Ce mouvement s'accompagne ainsi d'une normalisation européenne des aspects techniques de la signature électronique.

§ II La signature électronique et l'acte authentique

4171 Peu après la loi du 13 mars 2000 venant adapter le droit français à l'usage de l'écrit électronique, le notariat s'est très rapidement doté d'une signature électronique permettant de recevoir des actes authentiques sur support dématérialisé, avec les mêmes garanties qu'une signature manuscrite. Si, comme nous le verrons, cette signature électronique sécurisée ne concerne que le notaire instrumentaire (**A**), il conviendra de s'interroger également sur le rôle du notaire lorsque celui-ci se trouve confronté à d'autres signatures électroniques (**B**).

A/ La signature électronique du notaire

4172 **– La signature du notaire dans l'acte authentique. –** Préalablement à tout développement sur la signature électronique du notaire dans les actes authentiques électroniques, il convient de préciser la place de la signature du notaire – *lato sensu* – dans l'acte notarié. En effet, il nous faut rappeler que seule la signature du notaire rend l'acte parfait et lui confère son authenticité. Il s'agit là d'un dénominateur commun à l'ensemble des actes authentiques : ainsi un acte n'acquiert son statut d'acte authentique qu'à compter de la signature de ce même acte par une autorité publique (notaire, mais également huissier de justice, commissaire-priseur judiciaire, officier d'état civil, greffier, *etc.*). C'est donc elle – et elle seule

(380) Elles bénéficient d'un principe de reconnaissance mutuelle en Europe et d'une valeur juridique identique aux signatures manuscrites.

(381) Les services de validation qualifiée des signatures électroniques qualifiées et les services de conservation qualifiée des signatures électroniques qualifiées.

– qui garantit l'intégrité de l'acte authentique. Il faut donc retenir que dans les actes notariés la signature essentielle est celle du notaire qui, en l'apposant, certifie avoir constaté l'identité et le consentement des parties. La signature du notaire constitue ainsi une des solennités requises par le Code civil dans la définition qu'il donne de l'acte authentique aux termes de son article 1369. Dès lors, on comprend aisément que la signature des parties n'est, au fond, que secondaire, ce qui justifie que jusqu'au XVI^e^ siècle elle était jugée comme surabondante et qu'aujourd'hui encore, un acte notarié peut être reçu sans elle si les parties ne savent ou ne peuvent signer (382).

4173 **– La signature du notaire dans l'acte authentique électronique. –** La signature du notaire étant un élément de validité de l'acte authentique, il était primordial qu'à l'heure du numérique et de la dématérialisation l'exigence de fiabilité de la signature électronique du notaire soit assurée. En effet, très tôt les notaires ont souhaité pouvoir recevoir leurs actes sur support électronique, et la possibilité leur en a été donnée par le décret du 10 août 2005 (383) qui aménagea à cette fin les règles régissant la rédaction de leurs actes. Dès lors, les notaires se sont dotés d'une signature électronique, laquelle répond aux critères d'une signature électronique « sécurisée » ou aujourd'hui « qualifiée » au sens du règlement eIDAS, c'est-à-dire d'« une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique » (384). Ainsi, lors de la signature d'un acte authentique électronique, chaque notaire use d'un procédé de signature électronique sécurisée conforme aux exigences du droit européen. Concrètement, une telle signature se matérialise par l'usage de la clé Real du notaire – à laquelle est associé un code – certifiée par le Conseil supérieur du notariat spécialement accrédité à cette fin. Pour des raisons d'esthétisme, l'image de la signature manuscrite du notaire instrumentaire est également intégrée à l'acte. Mais il ne faut pas s'y tromper : seul le « process » comprenant l'utilisation de la clé Real du notaire instrumentaire vaut signature électronique, et non la simple image de la signature manuscrite.

4174 **– Les exigences techniques de fiabilité de la signature électronique du notaire. –** Pour répondre aux exigences du règlement eIDAS et être qualifiée de signature électronique avancée, la signature électronique du notaire – signature électronique « qualifiée » – doit également avoir été créée avec un dispositif de création de signature électronique qui aura été délivré par un prestataire de services de confiance qualifié. Elle bénéficie alors d'une reconnaissance mutuelle et est dotée d'un effet juridique équivalent à celui d'une signature manuscrite. En la matière, c'est le Conseil supérieur du notariat qui est chargé de mettre en œuvre la signature électronique des notaires et a la charge de la conservation des actes. Il bénéficie ainsi du statut de prestataire de services de certification électronique qualifié. Il agit donc en qualité de prestataire de services de confiance qualifié au sens du règlement eIDAS. Dès lors, le Conseil supérieur du notariat se trouve soumis aux différentes règles communes à tous les prestataires portant sur le niveau de sécurité de leurs services, sur la transparence des incidents de sécurité, sur leur responsabilité, mais aussi leur soumission au contrôle de l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI). L'une des conséquences pratiques de ce nouveau cadre juridique sera l'obligation pour le Conseil supérieur du notariat d'informer l'ANSSI de toute atteinte à la sécurité ou de toute perte d'intégrité ayant une incidence importante sur le service de confiance fourni ou sur les données à caractère personnel qui y sont conservées. De plus, l'atteinte ou la perte d'intégrité doit être notifiée

(382) L. 25 ventôse an XI, art. 9, 3°, contenant organisation du notariat.
(383) D. n° 2005-973, 10 août 2005 modifiant D. n° 71-941, 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires.
(384) Règl. (UE) n° 910/2014, 23 juill. 2014, art. 3.12.

à la personne à qui le service de confiance est fourni, si elle est susceptible de lui porter préjudice, le bénéficiaire du service de confiance de signature électronique étant ici le notaire. Le Conseil supérieur du notariat joue donc un rôle essentiel dans la sécurité et la fiabilité de la signature électronique des notaires ; à travers notamment son rôle de prestataire de services de confiance qualifié, il permet ainsi aux notaires de recevoir tous leurs actes sur support dématérialisé, au moyen d'une signature électronique aux effets identiques à ceux d'une signature manuscrite.

Tous les actes notariés peuvent-ils être établis en la forme électronique ?

La question peut paraître incongrue tant les développements qui précèdent ont vanté les garanties de fiabilité et de sécurité que porte et revêt la signature électronique du notaire. Pour autant, le doute a d'ores et déjà été jeté concernant la possibilité de recevoir en format électronique un testament authentique (385).

La question mérite toutefois d'être posée pour certains actes, tels les **actes de dépôt simple** – dont l'objet même est la conservation d'un acte sous seing privé –, lesquels s'accommodent mal de la forme électronique lorsque l'original sous seing privé est dressé en format papier. Il nous faut rappeler, en effet, que le dépôt d'un acte sous seing privé peut avoir des objectifs distincts, et notamment :

- celui de l'authentifier dans sa globalité pour permettre au notaire instrumentaire et dépositaire d'émettre une copie exécutoire de l'acte de dépôt et de l'acte qui s'y trouve annexé. Le dépôt est alors accompagné d'une reconnaissance d'écriture et de signature ;
- celui de conserver l'acte et de lui donner date certaine.

Lorsque c'est le second objectif qui est poursuivi, il apparaît singulier, voire contradictoire d'effectuer une copie – serait-elle réputée fiable – de l'acte original sous format papier afin d'en assurer la conservation.

Un tel constat est particulièrement vrai concernant le **dépôt d'un testament olographe** qui doit être, *ad validitatem*, « écrit, signé et daté de la main du testateur » (386), ce qui exclut par nature la possibilité de dresser un tel acte sous une autre forme que papier. Par ailleurs, et bien que la lettre de l'article 1070 du Code civil ne le précise pas expressément, il paraît évident que ce soit l'original du testament qui doive être déposé entre les mains d'un notaire, afin d'en faciliter – le cas échéant – une vérification d'écriture en cas de contestation ultérieure.

Le même raisonnement peut être tenu à propos d'un **acte de dépôt d'une convention de divorce dans le cadre de la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel**. En effet, ici aussi, l'acte de dépôt de la convention prévu à l'article 229-1 du Code civil poursuit un double objectif : celui de constater le divorce entre époux en lui donnant date certaine et celui de s'assurer de la conservation de la convention.

Cependant, si les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ne pouvaient être établis en format électronique, la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 est venue lever cette interdiction. L'article 1175 du Code civil a en effet été complété de la manière suivante : « Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour : 1° Les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions, sauf les conventions sous signature privée contresignées par avocats en présence des parties et déposées au rang des minutes d'un notaire, selon les modalités prévues aux articles 229-1 à 229-4 ou à l'article 298 (...) ».

Dès lors, est ainsi rendue possible la conclusion d'une convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats sur support électronique. Par suite, rien ne s'oppose, selon la doctrine (387), à ce que la convention de divorce sous format électronique soit déposée au rang des minutes d'un notaire au moyen d'un acte de dépôt établi

(385) V., à ce sujet, les développements de la 2e commission : *Le testament hermétique au numérique ?*, ainsi que la contribution de M. Grimaldi, *Le testament et le cyber-notaire*, in *Mél. J. Huet*, Lextenso, 2017, p. 211.

(386) C. civ., art. 970.

(387) Th. Douville, *Le divorce électronique - À propos de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice* : *Defrénois* 3 mai 2019, nos 18-20, p. 15.

également en la forme électronique. En dépit de la forme électronique de la convention, les diligences attendues du notaire seront identiques à celles auxquelles il est tenu de procéder en présence d'un acte sur support papier, sous deux réserves : tout d'abord, l'existence et la validité des signatures électroniques devront être vérifiées au moyen d'un logiciel adapté (388) ; ensuite, l'acte ne pourra être enregistré si l'une des signatures est répudiée, par exemple en raison de la révocation ou d'une expiration du certificat électronique. L'attention des notaires devra donc porter sur ces deux derniers points dès lors qu'il entend établir son acte de dépôt de convention de divorce sous format électronique.

B/ Le notaire confronté à la signature électronique

– La signature électronique des parties et témoins à l'acte. – Comme nous avons pu le constater, en matière de signature d'acte authentique la signature du notaire est essentielle, conditionnant la validité de l'acte même. Certes, l'exigence de signature des parties pour la validité d'un acte authentique n'est pas absolue (389), mais l'absence de leur signature peut être une cause de nullité de l'acte (390). Aussi, lorsque l'acte authentique est établi sur un support électronique, il est prévu que « pour leur signature, les parties et témoins doivent utiliser un procédé permettant l'apposition sur l'acte notarié, visible à l'écran, de l'image de leur signature manuscrite » (391). L'image de la signature manuscrite des parties et témoins à l'acte est ainsi intégrée dans l'écrit électronique, puis scellée par l'apposition par le notaire de sa signature. Toutefois, si les parties et témoins signent de manière manuscrite sur la tablette qui leur est présentée lors de la cérémonie de signatures, techniquement il ne s'agit pas là d'une signature électronique (392), les conditions de l'article 1367 du Code civil n'étant pas remplies par le procédé technique utilisé. Une telle signature – on en conviendra – est bien peu fiable, au point qu'elle ne constitue ni une signature avancée au sens du règlement européen, ni même une signature au regard de l'article 1367 du Code civil. Mais cela importe peu, puisque le notaire, présent lorsque les parties auront à porter leur signature sur la tablette, aura certifié leur identité et leur consentement. Dès lors, on retiendra que l'intervention du notaire, qui aura authentifié l'identité des parties et témoins ainsi que leur volonté de conclure l'acte, va compenser l'absence de véritable signature par eux de l'acte authentique. **4175**

– Signature électronique des actes sous signature privée sur support électronique. – Le développement des nouvelles technologies va amener de plus en plus le notaire à instrumenter des actes sous signature privée établis sur support électronique. Tel peut être le cas en matière de promesse synallagmatique de vente d'un immeuble, d'un contrat de réservation dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement, voire même d'un mandat conclu en vue de l'établissement d'un acte authentique. Dès lors, quelle devra être l'attitude du notaire face à de tels actes qu'il doit réitérer sur support numérique ? On sait que lorsqu'un notaire reçoit une procuration sous signature privée sur support papier, la **4176**

(388) Th. Douville, *Signature électronique : enjeux et perspectives pour le notariat* : *Defrénois* 28 sept. 2017, n° 128h5, p. 25.

(389) D. n° 71-941, 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, art. 10, al. 3 : « Quand les parties ne savent ou ne peuvent signer, leur déclaration à cet égard doit être mentionnée à la fin de l'acte ».

(390) D. n° 71-941, 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, art. 41.

(391) D. n° 71-941, 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, art. 17, al. 3.

(392) En ce sens : J. Huet, *L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi* : *D.* 2005, p. 2903, qui précise qu'« une telle image n'a rien d'une signature et ne se prêtera pas au contrôle de son authenticité », et ajoute « qu'il est difficile de penser que cette solution respecte l'exigence de l'article 10 du décret selon lequel « les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire » ; ce qui ne veut pas dire que la solution soit mauvaise, elle déroge simplement à l'article 10 ».

jurisprudence de la Cour de cassation exige de lui qu'il vérifie la « sincérité au moins apparente de la signature » (393). Dès lors, pour la doctrine (394) il en sera de même face à un écrit électronique : le notaire devra ainsi être amené à procéder à la vérification de la signature électronique par l'utilisation d'un logiciel ou en recourant à un service de validation de signature électronique proposé par un prestataire de services de confiance. Le notaire, à cette occasion, sera en mesure de s'assurer que l'écrit est bien signé et saura s'il est en présence d'une signature électronique qualifiée ou non. De même, l'étude des certificats de signature électronique devra préciser s'ils ont été délivrés à titre de certificat qualifié ou non. Le notaire sera alors également en mesure de vérifier le statut du certificat pour savoir notamment si ce dernier est toujours valide ou s'il a fait l'objet d'une révocation ou d'une suspension. En présence d'une signature électronique qualifiée, la fiabilité de celle-ci étant présumée, le notaire pourra s'y fier. En effet, en présence d'une signature électronique qualifiée, le degré de fiabilité de la vérification de l'identité du signataire est élevé ; si la signature est valide après vérification et que le certificat n'avait pas été révoqué, ni suspendu, aucune autre vérification ne s'imposera à lui. En revanche, en présence d'une signature électronique non qualifiée, la présomption de fiabilité ne jouera pas, ce qui devrait conduire le notaire à se rapprocher de l'auteur de cette signature électronique afin que ce dernier puisse reconnaître ou non sa signature.

4177 Retenons donc que les règles de preuve contribuent également à la protection de l'acte juridique, non plus ici dans la recherche de sa validité et de sa formation, mais de son existence. Elles ont su évoluer, notamment aux débuts des années 2000, pour s'adapter aux défis des nouvelles technologies, sans pour autant être remises en cause par la dernière réforme du droit des contrats. De son côté, l'acte authentique a également opéré sa mue en permettant l'établissement d'actes sur support dématérialisé, avec les mêmes garanties et exigences de fiabilité, notamment quant à la signature électronique du notaire. Institution séculaire, l'acte authentique traverse donc les âges et les temps, en continuant – avec la même efficacité et incontestabilité – à assurer la préconstitution de la preuve des accords de volonté, facilitant ainsi, à raison de la force exécutoire qui lui est attachée, la protection du créancier d'une obligation.

CHAPITRE II L'exécution des actes juridiques : la protection du créancier

4178 **– Force obligatoire du contrat. –** Une fois l'acte juridique prouvé, restera à veiller à sa bonne exécution ; la preuve du contrat fera alors place à la force obligatoire du contrat signifiant que le contrat régularisé entre les parties les lie, de sorte qu'elles sont tenues de s'y conformer et ne peuvent se soustraire de leur engagement. À cet effet, l'article 1194 du Code civil rappelle – par principe – que tous les contrats valablement formés ont force obligatoire. Par suite, les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, procurant une certaine sécurité aux parties contractantes. Toutefois, si dans la grande majorité des cas la force obligatoire suffit à assurer la bonne exécution du contrat, un contractant peut se heurter à l'inexécution de son débiteur. La tentation sera

(393) Cass. 1re civ., 20 janv. 1998, no 96-12.431 : *Bull. civ.* 1998, I, no 21 : « Le notaire est tenu, quand une partie est représentée par un mandataire, de vérifier la sincérité au moins apparente de la signature figurant sur la procuration sous seing privé qui lui est présentée et qu'il doit, à cette fin, se faire communiquer des éléments de comparaison qui lui permettent de prendre parti sur ce point ».

(394) Th. Douville, *Signature électronique : enjeux et perspectives pour le notariat*, préc.

alors grande pour le créancier d'exercer une contrainte sur son débiteur. Aussi il nous faut rappeler ici que le principe de la force obligatoire du contrat ne permet pas aux parties contractantes de se faire justice elles-mêmes pour obtenir ce qui leur a été promis. En d'autres termes, le principe de la force obligatoire du contrat ne permet pas de recourir aux moyens légaux de contrainte, dès lors que les droits du créancier n'auront pas été constatés par une autorité publique dans un titre exécutoire. Comme le résume fort bien Claude Brenner (395), si la formation du contrat relève en principe de la liberté individuelle, l'exécution forcée relève quant à elle du ressort exclusif de l'État ; de là le caractère d'ordre public de la matière.

– Notion de titre exécutoire. – Le titre exécutoire constitue donc le précieux sésame **4179** permettant à tout créancier d'une obligation de lancer des mesures coercitives contre son débiteur. Défini comme « un acte délivré au nom du souverain autorisant le recours à la force » (396), il est un préalable nécessaire à toute mesure d'exécution forcée, conformément aux dispositions de l'article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Ce principe est clairement posé à l'article 502 du Code de procédure civile qui énonce que : « Nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Dès lors, un jugement ou un acte revêtu de la formule exécutoire constitue en lui-même – et sans qu'il soit besoin d'intenter un procès – le fondement des mesures d'exécution forcée. La liste des titres exécutoires est limitativement énumérée à l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution.

Liste des titres exécutoires

CPC ex., art. L. 111-3 : « Seuls constituent des titres exécutoires :

1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ;

2° Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution, sans préjudice des dispositions du droit de l'Union européenne applicables ;

3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;

4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;

4° *bis* Les accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposés au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du Code civil ;

5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article L. 125-1 ;

6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ».

– Actes sous signature privée et contestation de la force obligatoire : l'absence de protection du créancier. – De la lecture de l'article L. 111-3 qui précède, il ressort que **4180** l'acte sous signature privée ne figure pas dans cette énumération des titres exécutoires. La loi a ici estimé que l'acte sous signature privé ne présentait pas de garanties suffisantes pour mettre en action, sans vérification judiciaire, la force publique. Dès lors, cela signifie qu'en cas d'inexécution d'une partie contractante à un acte reçu en la forme sous seing privé,

(395) C. Brenner, *La présence de l'État dans les rapports contractuels entre les citoyens : l'exécution forcée des contrats* : *JCP* N 2019, n° 6, p. 29.

(396) N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 2e éd. 2016, n° 76.

l'autre partie ne pourra, de sa propre autorité, employer l'exécution forcée contre son cocontractant ; il lui faudra alors au préalable passer devant la juridiction compétente (397) pour faire constater l'inexécution de l'obligation contenue dans son acte, et demander à celle-ci d'ordonner l'exécution forcée. Concrètement, cela se traduira nécessairement par un allongement de la procédure diligentée contre le débiteur, puisque toute exécution forcée sera préalablement conditionnée à la délivrance d'un titre exécutoire. Lorsque l'on connaît l'importance d'agir avec célérité contre un débiteur en matière de voies d'exécution, on comprend que l'acte sous signature privée souffre en la matière d'une carence d'efficacité relative en matière d'exécution, et ce à raison de la nature même de cet acte.

4181 **– Actes notariés et titre exécutoire. –** Tel n'est pas le cas des jugements et surtout, dans le catalogue des actes juridiques instrumentaires, des actes notariés. En effet, si l'on écarte le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'accord entre le créancier et le débiteur dans le cadre du recouvrement des « petites créances », le notaire est, avec le juge, la seule personne physique qui peut délivrer des titres exécutoires. Par suite, dès lors qu'un créancier sera titulaire d'une copie authentique du contrat original, sur laquelle sera reproduite une formule dite « exécutoire », il aura en mains un titre pouvant être mis directement en exécution contre son débiteur, au besoin par la force publique. On comprend ainsi aisément la redoutable efficacité que représente l'acte notarié, à comparer à la faiblesse des contrats passés entre particuliers, et quelle protection il apporte au créancier d'une obligation. En effet, et sans vouloir dresser un inventaire à la Prévert, on comprendra qu'une telle protection pourra bénéficier à tous les créanciers d'une obligation contenue dans un acte notarié : un établissement bancaire à l'encontre d'un emprunteur défaillant, une épouse bénéficiaire de la part de son ex-mari d'une soulte payable à terme aux termes de leur acte liquidatif de partage ou d'une prestation compensatoire stipulée payable à terme ou – par exception – sous forme de versements échelonnés, un propriétaire à l'égard de son locataire à la sûreté du bon de ses loyers, *etc.* Dès lors, tout acte notarié constatant une obligation devient un instrument de protection veillant à la bonne exécution du contrat et, partant, de l'efficacité des situations juridiques individuelles (**Section I**). Cela étant, on relèvera qu'à raison des effets exceptionnels qu'il peut engendrer, le titre exécutoire notarié doit répondre à un formalisme exigeant et rigoureux (**Section II**).

Section I Le titre exécutoire notarié au service des contractants

4182 Expliquer à un profane en quoi consiste la force exécutoire attachée à un acte notarié relève bien souvent de la gageure, au point qu'aux yeux de ce dernier la force exécutoire apparaîtra au mieux comme « quelque chose de magique » (398) tenant « d'un abracadabra » (399), et au pire, la formule exécutoire comme une formule surannée incantatoire. Aussi il conviendra de redéfinir les fondements de la force exécutoire de l'acte notarié (**Sous-section I**) pour mieux en appréhender les fondements actuels (**Sous-section II**).

(397) Laquelle pourra dépendre de la nature de la créance en cause et/ou de la qualité des parties contractantes.
(398) M. Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique* : *JCP* N 2014, n° 29, p. 23, n° 1.
(399) N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, Montchrestien, 2013, n° 80. – Rappr. R. Libchaber : *Defrénois* 2009, p. 2344, obs. ss. Cass. 2e civ., 18 juin 2009 : « Il y a sans doute des restes d'une conception magique du droit dans les pouvoirs exorbitants du notaire ».

Sous-section I L'origine de la force exécutoire de l'acte notarié

Dans un arrêt désormais bien connu du 21 mars 2017 (400), la Cour européenne des droits de l'homme a qualifié les notaires de « magistrats de l'amiable ». Cette formule qui tend à rapprocher l'acte notarié du jugement puise ses racines dans l'histoire du notariat, qui dérive d'un processus juridictionnel. C'est en effet de la proximité originelle entre le notariat et la justice que semble provenir la force exécutoire des actes notariés (**§ I**). Cela étant, si cette proximité historique paraît acquise, il n'en demeure pas moins que la force exécutoire des décisions de justice et des actes notariés doit, aujourd'hui, être dissociée (**§ II**). **4183**

§ I La proximité de la justice et du notariat

– Avant la naissance du notariat. – Bien avant que n'existent les notaires, le juge était amené à recevoir les actes des parties. En les authentifiant, ces actes étaient alors assimilés à des sentences, de sorte qu'ils acquéraient une force obligatoire particulière, dérivée du pouvoir juridictionnel du juge. On parlait alors de juridiction volontaire, dans la mesure où les parties choisissaient elles-mêmes de se soumettre à la juridiction pour l'accomplissement de leur convention. C'est ce qu'exprime l'adage *Confessus pro judicato habetur, qui quodammodo sua sententia damnatur* : celui qui avoue est tenu pour jugé et c'est en quelque sorte par sa sentence qu'il est condamné. La force de l'acte résultait alors de la soumission à l'autorité du titulaire du pouvoir d'authentifier et de sanctionner. **4184**

– Aux origines médiévales du notariat. – Puis, progressivement, ces deux pouvoirs furent distingués. C'est ainsi que la mission de recueillir les actes des parties, initialement confiée à des clercs délégués par le juge à ouïr et rapporter les aveux et conventions, incomba à des professionnels indépendants du juge, les notaires (401). En effet, à partir des XIe et XIIe siècles en Italie du Nord, « des scribes publics, dont l'office tend à se détacher de l'institution judiciaire, commencent à dresser de leur seul chef des instruments publics » (402). Les notaires constituaient alors une émanation de la juridiction dont ils étaient un « démembrement fonctionnel » (403) et leurs actes – en France méridionale – avaient la même valeur que les procès-verbaux établis devant un juge. Ainsi que l'expliquait Massé, « cette faveur [la force exécutoire] n'a été accordée aux actes notariés que par une fiction, dans laquelle on suppose que les contractants se condamnent volontairement à exécuter leurs conventions devant le notaire qui a été revêtu à cet effet des fonctions de juge chartulaire, c'est-à-dire de juge rédacteur et dépositaire public et légal de la charte qui contient cette condamnation volontaire » (404). C'était bien ainsi que les auteurs de l'Ancien droit retraçaient la naissance de l'institution : pour rappel, en droit romain, seules les « sentences », c'est-à-dire les jugements, étaient dotées de « l'exécution parée » ; puis ont été imaginés par la suite, pour faire accélérer le cours de la justice, les contrats « confessionnés », dans lesquels le débiteur « était à l'instant condamné de son consentement par le notaire » (405). Ainsi, pour les notaires de la France méridionale, ces derniers agissaient **4185**

(400) CEDH, 21 mars 2017, n° 30655/09 : *JCP* N 2017, n° 36, 1257, p. 45, obs. J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et V. Dauchez ; *Defrénois* 22 mars 2018, p. 35, obs. M. Latina.
(401) A. de Boüard, *Études diplomatiques sur les actes des notaires du Châtelet de Paris*, Bibliothèque de l'École des chartes, 1911, vol. 72, n° 1, p. 117.
(402) N. Laurent-Bonne, *Pour une histoire prospective du notariat*, *in* M. Mekki (ss dir.), *L'avenir du notariat*, LexisNexis, 2016, spéc. n° 72, p. 77.
(403) N. Laurent-Bonne, préc.
(404) A.-J. Massé, *Le parfait notaire ou la science des notaires*, t. II, Paris, 6e éd. 1828, p. 523.
(405) Ch. Loyseau, *Traité de la garantie des rentes*, Chap. XII, n° 4, p. 26, in *Œuvres*, Lyon, 1701.

non de leur propre autorité, mais sur délégation de la juridiction à laquelle ils étaient rattachés et dont ils apposaient le sceau sur les actes qu'ils recevaient. Ce modèle de notariat constituait alors, selon l'expression de Toullier, « une dépendance ou démembrement de la justice » (406).

En revanche, dans le nord de la France, les notaires n'exercent pas directement la juridiction gracieuse. Les juridictions ecclésiastiques, qui remplissaient les fonctions de « juge du contrat », devant le flux croissant de demandes « font dépêcher des tabellions dans leur ressort pour y faire instrumenter des contrats en leur nom tout en se réservant le scellement de l'acte » (407), ce que reprennent très vite les juridictions laïques. Cela étant, si les notaires du Nord ne détenaient pas, comme ceux du Sud, la *manus publica* – puisque l'authenticité dépendait du Sceau de la juridiction –, ils participaient également d'une juridiction gracieuse (408).

4186 – Le notaire : magistrat de l'amiable. – Des développements qui précèdent, on comprend que la formule utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme en qualifiant les notaires de « magistrats de l'amiable » n'est pas galvaudée. On saisit dès lors mieux pourquoi, en dépit de l'autonomie que le notariat a progressivement acquise, le conseiller Réal, à l'occasion des motifs de la loi du 25 ventôse an XI, a pu énoncer que le notaire a pour mission de donner aux actes qu'il rédige « le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort ». On comprend enfin mieux pourquoi l'article 18 de la loi du 25 ventôse an XI énonçait initialement que les grosses devaient être terminées « dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux ». Ainsi, et bien que désormais détachés de l'*imperium* du juge, les notaires ont conservé aux actes qu'ils reçoivent la force exécutoire reconnue à l'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI. Cela étant, si les origines de la force exécutoire se justifient par les liens historiques étroits et ténus qui ont uni le notariat à la justice, la force exécutoire des actes notariés doit pourtant être aujourd'hui dissociée de celle des jugements.

§ II La dissociation de la force exécutoire judiciaire de la force exécutoire notariée

4187 – L'acte notarié : un contrat à la force d'un jugement en dernier ressort ? – Si la force exécutoire fascine tant, c'est assurément à raison de la puissance exorbitante qu'elle confère à l'acte notarié lorsque celui-ci est revêtu de la formule exécutoire. Pour reprendre les termes du conseiller Réal, elle revient à assortir un contrat de « la force exécutoire d'un jugement en dernier ressort » (409). Or, et comme le relève M. Julienne, l'idée d'un acte notarié tenant lieu de jugement, pour classique qu'elle soit, « pèche par excès autant que par omission » (410). Par excès tout d'abord, car elle cache les différences existant entre l'acte notarié et le jugement pris en tant que titre exécutoire, et tenant pour l'essentiel à la possibilité qu'ont les débiteurs qui se voient opposer un titre exécutoire notarié de le contester. En la matière, « à la différence du juge, le notaire n'ordonne rien : il se borne simplement à constater et à authentifier un acte juridique dont la teneur échappe à sa maîtrise » (411). Aussi s'il est affirmé, souvent à des fins pédagogiques, que les actes

(406) C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français*, t. VI, Rennes, 1814, n° 211, note 1, p. 249. L'auteur ajoute : « C'était en effet l'autorité de cette juridiction qui donnait aux actes l'exécution parée, comme à un jugement ; c'était dans le nom de la même juridiction qu'en était faire la promulgation ».
(407) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, Doc. fr., 2013, n° 17, p. 36 et 37.
(408) N. Laurent-Bonne, préc.
(409) Exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803).
(410) M. Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique*, préc., p. 24.
(411) R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3e éd. 2013, n° 219.

notariés ont la même force qu'un jugement, la réalité est quelque peu distincte. Par omission ensuite, car elle ne met pas suffisamment en lumière l'intérêt concret de l'acte notarié, lequel joue au quotidien le rôle d'une véritable garantie de paiement (412). Or, là est la véritable protection liée à la force exécutoire de l'acte notarié.

4188 **– L'acte notarié n'est pas un jugement. –** S'il est exact de constater que l'acte notarié revêtu de la formule exécutoire est l'un des titres exécutoires visés à l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, force est de constater que l'interdiction de remettre en cause le titre procède de l'autorité de la chose jugée attachée aux seules décisions de justice. La décision judiciaire constitue une véritable norme individuelle, dont le respect s'impose à ses destinataires et qui, une fois les recours épuisés, passant en force de chose jugée, devient immuable. Le notaire, quant à lui, ne dispose d'aucun de ces pouvoirs. L'acte authentique n'est que le contenant de la volonté des parties. L'intervention du notaire, authentifiant l'acte, confère ici l'apparence de régularité permettant de répondre aux exigences de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance requise pour qu'un acte soit exécutoire. Dépourvu d'autorité de la chose jugée, le titre repose sur la seule force obligatoire de l'acte. C'est pourquoi celui contre qui l'on veut exécuter l'acte doit toujours pouvoir vérifier la réalité de cette force obligatoire. C'est exactement ce que la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 12 mai 2011 statuant sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité contestant la conformité à la Constitution des dispositions conférant force exécutoire à l'acte notarié. La cour a ainsi jugé la question dépourvue de caractère sérieux dans la mesure où « le débiteur dispose d'un recours effectif et d'un droit à un procès équitable dès lors qu'il peut remettre en cause devant le juge de l'exécution l'acte notarié exécutoire dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate » (413).

4189 **– Les conséquences juridiques de la non-équivalence de l'acte notarié à un jugement. –** Ainsi un débiteur peut toujours contester l'engagement qu'il constate, et la doctrine ne manque pas de relever que « l'acte notarié est donc un titre exécutoire qui peut paraître plus incomplet qu'une décision de justice et qui, en tout état de cause, n'a pas d'autorité de la chose jugée » (414). Aussi, et quelles que soient ses qualités, il faut admettre qu'un acte authentique n'est pas un jugement. Cette constatation, qui ne souffre d'aucune contestation, permet de comprendre pourquoi le caractère exécutoire de l'acte notarié ne heurte pas les exigences du procès équitable : ici, en effet, le notaire n'évince pas le juge et ne prive pas également le débiteur d'un éventuel recours. Dès lors, le débiteur peut toujours saisir le juge de l'exécution pour s'opposer à une mesure d'exécution dirigée contre lui, ou bien encore solliciter l'octroi de délais de paiement. La possibilité pour le débiteur de mettre en cause le contenu de l'acte constitue une condition de sa force exécutoire. Aucune autorité ayant pouvoir de dire le droit n'ayant apprécié la validité et la licéité de l'obligation avant que lui soit conféré un caractère exécutoire, cette vérification doit pouvoir être opérée *a posteriori*.

4190 Cette dissociation de la force exécutoire attachée à un jugement de celle liée à l'acte notarié a été par ailleurs définitivement entérinée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe le 18 juin 2009 (415). Si, pendant une longue période, la Haute juridiction interdisait au juge de l'exécution de connaître des contestations portant sur le titre exécutoire qui servait de fondement aux poursuites, cette solution a été abandonnée en 2009 de sorte que

(412) J.-P. Sénéchal, *L'acte notarié : une quasi-sûreté* : *Defrénois* 1993, p. 1313.
(413) Cass. 2e civ., 12 mai 2011, no 11-40.006.
(414) A. Leborgne, *Voies d'exécution*, Dalloz, 1re éd. 2009, no 440.
(415) Cass. 2e civ., 18 juin 2009 : *Bull. civ.* 2009, II, no 165.

désormais, le juge de l'exécution peut toujours statuer sur la validité d'un acte notarié. De même, on rappellera que contrairement aux jugements, les actes notariés (tout comme les titres délivrés par un huissier en cas de non-paiement d'un chèque) ne sont pas soumis à la prescription décennale prévue par l'article L. 111-4 du Code des procédures civiles d'exécution. Les actes notariés sont dès lors soumis au régime de prescription applicable au recouvrement de la créance qu'ils renferment, de sorte que la prescription de l'obligation engendrera concomitamment la perte de validité du titre. Cette prescription, théoriquement enfermée dans un délai maximal de vingt ans selon l'article 2232 du Code civil, sauf interruption par un acte d'exécution forcé, sera inférieure à dix ans dans le cas des financements. Il s'agit là d'une particularité qui témoigne de ce que l'acte notarié n'est pas un jugement, mais a sa propre existence qui n'est pas calquée sur celle du jugement (416).

4191 **– L'acte notarié demeure un contrat. –** L'acte notarié n'est donc plus, comme il l'était à l'origine, la manifestation d'une juridiction gracieuse, en ce sens qu'il n'est plus une simulation amiable d'un jugement, mais assume pleinement sa nature de contrat privé. M. Théry n'hésite pas, en ce sens, à rappeler que « le contrat notarié est aussi un contrat » (417) ; dès lors, qu'il soit revêtu de la formule exécutoire n'empêche pas qu'il procède d'abord d'une rencontre de volontés entre les parties, qui peut être contestée. Comme n'importe quel contrat, le contrat notarié peut susciter des litiges entre les contractants. Cela étant, il faut souligner que la possibilité de recourir immédiatement à l'exécution forcée met le créancier en position favorable, par « un phénomène d'inversion des forces en présence » puisque l'initiative du procès pèse alors sur le débiteur. En effet, et bien que des contestations puissent être soulevées à tout moment, elles le sont, le plus souvent, après que le créancier a entrepris une procédure d'exécution. Dès lors, et comme le met très justement en exergue M. Rouzet (418), l'acte notarié est susceptible d'assurer au créancier un mode de recouvrement librement convenu et sécurisant, dans un domaine où la rapidité d'exécution est capitale. L'acte notarié passe ainsi pour être simple et efficace, de faible coût en temps et deniers, sans pour autant perdre en sécurité juridique. Sa contestation en cours d'exécution, devant le juge de l'exécution qui a reçu mission de l'examiner à bref délai sera – comme sa confection par-devant notaire – indiscutablement de plus courte durée et plus efficiente que celle d'un jugement ordinaire, objet d'un recours. Envisagé sous cet angle, l'acte notarié remplit alors non la fonction d'un jugement, mais celle d'une « garantie d'exécution » (419).

4192 S'il est donc excessif d'affirmer, comme cela l'est souvent à des fins pédagogiques, que le notaire qui reçoit l'engagement d'un débiteur lui confère « la force d'un jugement en dernier ressort », cela n'est aucunement à déplorer, bien au contraire. C'est en effet pour cette raison que la force exécutoire a survécu aux mutations profondes qu'a connues notre système juridique, et ne heurte aucunement le droit au recours ou le droit à un procès équitable. Par suite, si la force exécutoire de l'acte notarié est empruntée, pour des raisons historiques, à celle des jugements, nous avons pu constater qu'elle s'en est aujourd'hui

(416) Cass. 2e civ., 18 févr. 2016, no 15-15.778 : *JurisData* no 2016-002522. – Dans cette espèce, la cour a jugé que « l'acte notarié, bien que constituant un titre exécutoire, ne revêt pas les attributs d'un jugement et qu'aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'un créancier dispose de deux titres exécutoires pour la même créance, de sorte que la titularité d'un acte notarié n'était pas en soi de nature à priver la banque de son intérêt à agir à fin de condamnation de son débiteur en paiement de la créance contestée dans cet acte ». Ainsi, grâce à l'obtention d'un second titre exécutoire résultant d'un jugement, le créancier a vu la prescription de son action en paiement allongé.

(417) Ph. Théry, *L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses* : *JCP* N 2012, no 23, 1249.

(418) G. Rouzet, *Force exécutoire de l'acte notarié : un singulier pluriel* : *Defrénois* 2010, no 3, p. 282.

(419) M. Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique*, préc., p. 25.

détachée. Dès lors, il va falloir se tourner vers des fondements plus contemporains pour justifier de la force exécutoire pareillement reconnue aux jugements et aux actes notariés.

Sous-section II Les fondements actuels de la force exécutoire de l'acte notarié

4193 L'origine judiciaire de la force exécutoire de l'acte notarié n'étant plus à même de justifier cette dernière en droit positif, d'autres arguments ont été développés pour comprendre la force exorbitante attachée aux actes notariés constatant l'existence d'une obligation. Aujourd'hui la force exécutoire de l'acte notarié est vue soit comme l'intervention d'une autorité (**§ I**), soit comme une conséquence directe du statut d'officier public du notaire (**§ II**).

§ I Le titre exécutoire notarié implique l'intervention d'une autorité

4194 **– L'exécution forcée : un acte de souveraineté. –** La qualité de l'auteur d'un acte authentique est un élément consubstantiel à la définition d'un tel acte. En effet, rappelons-le avec force, l'acte notarié est un acte de l'autorité publique. Il n'en émane certes pas directement, comme les actes créateurs de normes (lois, décrets, arrêtés, *etc.*), mais toujours par la médiation d'officiers publics qui, comme leur nom l'indique, opèrent au nom de la puissance publique. En témoignent les modalités d'organisation de la profession notariale qui font clairement ressortir ce lien d'étroite dépendance à l'égard de l'État. Mais il ne suffit pas, pour disposer de la force exécutoire, qu'une profession soit chargée d'un service public, comme les fonctionnaires d'État ou les professeurs de droit. En effet, agir à des fins d'intérêt public ne signifie pas agir en tant que représentant de la puissance publique et en étant investi des attributs propres à celle-ci. Aussi l'attribution de la force exécutoire relève-t-elle de l'exercice de la souveraineté (420).

4195 **– Distinction de la *jurisdictio* et de *l'imperium* comme fondements de la force exécutoire des actes notariés. –** La distinction entre les deux prérogatives des juges – lesquels rendent la justice au nom du peuple français, c'est-à-dire de la République –, pour rendre compte de leurs fonctions permet également d'expliquer la force exécutoire des actes notariés. Tout d'abord, il y a la *jurisdictio*, autrement dit le pouvoir et le devoir de dire le droit. Ainsi, en matière contentieuse, le juge dit le droit pour mettre fin à un litige qu'il lui est demandé de trancher. À côté de la *jurisdictio*, et comme complément naturel, se trouve l'*imperium*, soit le pouvoir de déclencher l'exercice de la contrainte juridique par le recours à la force publique. Cette prérogative – qui appartient de droit aux juges étatiques (421) – est le complément nécessaire de la *jurisdictio* afin que ce qui a été jugé ne reste pas dans l'ordre de l'incantation mais puisse passer dans les faits si la partie condamnée ne s'exécute pas spontanément. Dans le cas des notaires, qui sont pratiquement les seuls officiers publics à pouvoir dresser des titres exécutoires, les travaux de la commission sur l'authenticité ont estimé que « la faculté d'apposer la formule exécutoire sur les actes dressés en la forme authentique pouvait être regardée comme une prérogative propre, attribuée à l'officier public à titre de complément naturel et nécessaire de la mission d'intérêt général d'authentification des actes des parties qui lui est confiée » (422). Un tel rapprochement avec la force exécutoire du jugement paraît au demeurant d'autant plus fondé que l'on se place dans la perspective historique d'une substitution de

(420) D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire : l'arbre et le fruit* : *JCP* N 2018, n° 6, p. 24.
(421) Elle se manifeste formellement par l'apposition de la formule exécutoire sur la « grosse » du jugement.
(422) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, Doc. fr., 2013, n° 92, p. 121.

l'acte notarié à la juridiction contentieuse comme mode de sécurisation des relations sociales : si, en effet, on attend de l'acte notarié qu'il permette aux particuliers de donner à leurs engagements la même efficacité qu'un jugement de condamnation, encore faut-il qu'il soit doté du même attribut à titre de renfort de la mission d'authentification dévolue au notaire. La force exécutoire, qui relève de l'efficacité substantielle de l'acte notarié, est donc attachée dans le cas de l'acte notarié par une sorte de délégation publique supplémentaire et spéciale (423) que fondent les obligations inhérentes à la mission d'instrumentation du notaire et, par-delà, la confiance qu'inspire son statut.

4196 – Unicité de la formule exécutoire. – Les développements qui précèdent pour justifier de la force exécutoire pareillement reconnue aux jugements et aux actes notariés trouvent aujourd'hui un puissant écho dans le fait que « les copies exécutoires sont les copies authentiques qui se terminent par la même formule que les jugements des tribunaux » (424). En effet, pour qu'un acte soit effectivement exécutoire, il ne suffit pas qu'il appartienne à une catégorie que la loi déclare comme telle de manière générale. Encore faut-il qu'il soit revêtu de la formule exécutoire, sans laquelle l'expédition n'est pas un titre exécutoire (425). On rappellera que, par expédition, il faut entendre la copie authentique délivrée par l'officier public dépositaire de l'original ou, s'agissant des jugements, par le greffier en chef du tribunal. Le libellé de la formule exécutoire, quelque peu vieilli, est le suivant :

Libellé de la formule exécutoire

Le libellé de cette formule est fixé par un décret n° 47-1047 du 12 juin 1947, dont l'article 1er dispose :

« Les expéditions des arrêts, jugements, mandats de justice, ainsi que les grosses et expéditions des contrats et de tous les actes susceptibles d'exécution forcée, seront intitulées ainsi qu'il suit :

« République française

Au nom du peuple français », et terminées par la formule suivante :

« En conséquence, la République française mandate et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, *etc.*) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi, le présent arrêt (ou jugement, *etc.*) a été signé par ... » ».

Il ressort de ce texte, d'une part, que la formule exécutoire est la même pour l'ensemble des actes, et non propre à chacun d'eux, traduisant ainsi l'unicité de la notion de force exécutoire. Les notaires apposent donc la même formule que les juges, ce qui évoque l'emprunt de la force exécutoire des jugements et a le mérite de maintenir le lien originel de la force exécutoire des actes notariés et des jugements. D'autre part, la formule exécutoire est

(423) Rappr. R. Perrot et Ph. Théry, préc., n° 311 : « Cette force exécutoire, que l'on appelait autrefois le « privilège d'action parée » (c'est-à-dire, en vieux français, « déjà préparée »), repose sur une longue tradition. Elle est la survivance du temps où, dans l'ancienne France, les notaires étaient appelés à remplir certaines fonctions judiciaires : l'acte notarié apparaissait alors comme une sorte de substitut de la décision de justice. À notre époque, cette explication est évidemment dépassée. Mais elle est relayée par une autre justification tirée de ce que le notaire est un officier public et ministériel qui offre toute garantie et dont les dires et constatations s'imposent avec toute la force probante d'un acte authentique. C'est à ce titre que le notaire est délégataire du pouvoir de rendre exécutoire les actes de son ministère. Aussi bien ce principe, qui figurait déjà dans l'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI, a-t-il été repris par le législateur de 1991 ».

(424) D. n° 71-942, 26 nov. 1971, art. 33, al. 2.

(425) Cass. 2e civ., 28 juin 2006, n° 04-17.514 : *JurisData* n° 2006-034256.

conçue comme un ordre, une injonction adressée à la République – agissant par l'intermédiaire du juge ou du notaire – et à destination des huissiers, des procureurs et des officiers de police et de gendarmerie.

– Une manifestation de l'autorité et de la délégation de puissance publique. – La **4197**
formule exécutoire, et donc la force exécutoire, est ainsi indissociable de l'autorité et de la délégation de puissance publique (426). Il n'est donc pas concevable qu'un rédacteur d'acte qui n'est investi d'aucune délégation de cette nature puisse de la sorte enjoindre au procureur de la République ou encore aux forces de police de prêter la main à l'exécution du titre qu'il établit. Admettre cela serait pour l'État placer la force publique entre les mains d'acteurs privés, et ainsi inverser la hiérarchie naturelle voulant qu'il appartienne à l'État de maîtriser l'emploi et la mobilisation de la force publique. Faudrait-il, comme le souligne avec malice M. Brenner (427), rattacher la force exécutoire à une banale récompense pour service rendu que le Parlement puisse attribuer à sa guise ou un simple renfort dont il puisse faire bénéficier tel ou tel acte à sa convenance ? Nul ne peut en effet imaginer que l'État puisse confier à des agences privées le soin de soulager les forces de l'ordre et l'armée dans leur mission de défense et de sécurité publique. Dès lors, il ne faut cesser de le rappeler : la force exécutoire est attachée à l'acte authentique comme à la décision judiciaire parce que l'un et l'autre sont le résultat d'une délégation de pouvoir – celle de trancher les litiges au nom de l'État ou de donner la foi publique à des volontés privées – à laquelle la puissance publique doit prêter force contraignante pour remplir ses missions de souveraineté et préserver son autorité. C'est pour cette raison que l'arbitre, qui est véritablement le juge volontaire des parties, ne peut apposer la formule exécutoire sur les sentences qu'il rend. C'est aussi pour cette raison qu'il y a un contresens complet à réclamer – comme certains n'hésitent pas à le faire – que les actes sous seing privé contresignés par avocat soient dotés de la force exécutoire à l'égal des actes authentiques moyennant le respect des garanties de bonne justice et spécialement du contradictoire (428). C'est enfin pour cette même raison que l'attribution de la force exécutoire à un accord privé, peu importe qu'elle procède du notaire ou du juge, doit être systématiquement précédée d'un contrôle minimal de la légalité de l'acte. Comme le relève M. Gaudemet, l'ensemble de « ces objections partent toutes de cette idée principale que l'authenticité, la force exécutoire et la sécurité juridique qu'elles comportent sont fondamentalement un attribut régalien dont la puissance publique délègue l'exercice à des officiers ministériels » (429). Dès lors, les choses sont claires : les actes publics sont exécutoires ; les actes privés ne le sont pas.

Acte de dépôt de la convention de divorce signée par acte d'avocats et force exécutoire : extension du domaine de la lutte !

On renouvellera une fois encore notre perplexité quant aux effets de l'acte de dépôt de la convention de divorce contresignée par avocats au rang des minutes d'un notaire visés à l'article 229-1, alinéa 3 du Code civil (430). En effet, on rappellera à ce sujet que seuls les actes de dépôts avec reconnaissance d'écriture et de signature confèrent à l'acte objet du dépôt les effets de l'authenticité (date certaine, force probante et force exécutoire) à raison notamment du contrôle opéré par le notaire – à cette occasion – de l'expression du consentement des

(426) Th. Guinot, *Aperçu historique de la formule exécutoire* : *Dr. et proc.* 2010, p. 2 : « L'histoire de la formule exécutoire rejoint en grande partie celle de l'autorité publique ».
(427) C. Brenner, *Le nouveau divorce par consentement mutuel, retour à l'an II* : *JCP* N 2017, n° 9, p. 343.
(428) C. Brenner, *La présence de l'État dans les rapports contractuels entre les citoyens : l'exécution forcée des contrats* : *JCP* N 2019, n° 6-8, p. 29 et s.
(429) Y. Gaudemet, *L'acte d'avocat : une analyse publiciste*, in *Mél. C. Larroumet*, Economica, 2010, p. 181 et s.
(430) V., à ce sujet, nos précédents développements sur le nouveau divorce par consentement mutuel.

parties (431). Or, avec ce nouvel acte de dépôt de la convention de divorce, le législateur a institué un « nouveau dépôt *sui generis*, sans reconnaissance d'écriture et de signature, mais néanmoins doté de la force exécutoire » (432), et ce alors même que la circulaire explicative précise que ce dépôt « ne confère pas à la convention de divorce la qualité d'acte authentique » (433).

Dès lors, il faut le réaffirmer avec force : **s'il peut y avoir authenticité sans force exécutoire – notamment pour les actes authentiques ne constatant pas une obligation –, cela ne permet pas de déduire qu'il peut y avoir force exécutoire sans authenticité**. C'est pourtant en ce sens que la circulaire s'est positionnée, ce qui est à déplorer puisque cela a créé une inquiétante confusion sur certains attributs de l'authenticité et une dangereuse « autonomisation de la force exécutoire qui s'opère au prix d'un démembrement de l'authenticité » (434).

Si le notariat n'est pas insensible à l'idée d'une approche contractuelle du divorce, encore faut-il que le rôle qui lui est assigné lui permette d'exercer l'essence même de son ministère : cela suppose *a minima* une vérification du consentement des époux, mais également une vérification d'écriture et de signature, pour conférer à l'acte de dépôt de la convention de divorce les pleins effets de l'authenticité, et non procéder à un démembrement du processus d'authentification, au moyen d'un acte de dépôt que nous qualifierons volontiers d'ectoplasme juridique.

§ II Le titre exécutoire notarié lié au statut d'officier public

4198 – Une conséquence du statut d'officier public. – Comme le relève M. Coiffard, « l'attribution de la force exécutoire aux actes notariés n'a rien d'un simple « hasard de l'histoire », ni d'une injustice faite aux autres professionnels du droit » (435). Au contraire, elle est un effet parfaitement fondé et légitime de la qualité d'officier public reconnue au notaire, corollaire des obligations qui lui incombent à ce titre et l'objet d'une mission qui lui est confiée par l'État. Comme nous avons pu le développer dans nos propos préalables (436), le notaire participe à une administration non contentieuse de la règle de droit, en ce qu'il est chargé de faire appliquer, au nom de l'État, les dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Aussi l'activité notariale, à la différence de la profession d'avocat, est en outre sujette à de nombreuses règles marquant son rattachement à un véritable service public notarial : privation de sa liberté d'installation et nomination par le garde des Sceaux, localisation des offices par les pouvoirs publics, soumission à un tarif, obligation de conservation des originaux des actes dressés pendant une période de soixante-quinze ans avant de les verser aux archives, obligation d'instrumenter et donc impossibilité pour le notaire de choisir ses clients, à quoi s'ajoutent la neutralité et l'impartialité que tend à garantir son statut avec la mission de service public du conseil et l'interdiction d'instrumenter pour lui-même et ses proches. À cet égard, M. Gaudemet relève que la loi peut réorganiser le service public de l'authenticité et l'ouvrir à d'autres professionnels que les notaires, mais alors « cela ne peut se faire que dans le respect des principes de continuité et d'égalité des usagers devant le service public, lesquels ne semblent pas compatibles avec le libre exercice professionnel de l'avocat (...) lequel ne peut accéder à l'acte authentique qu'en dépouillant sa robe pour le costume et le sceau du notaire » (437). De même, M. Théry souligne que la tentative de créer un acte d'avocat doté des mêmes attributs

(431) M. Dagot, *Dépôt au rang des minutes d'un notaire* : *JCP* N 1994, n° 15, p. 237. On précisera par ailleurs que cet acte de dépôt est requis pour toutes les parties à l'acte (V. Cass. req., 27 mars 1821 : *S.* 1821, 1, p. 405. – Cass. 2e civ., 11 janv. 1968 : *Bull. civ.* 1968, II, n° 15) et qu'il importe que l'acte soit certifié véritable par les parties afin d'endiguer toute contestation.

(432) S. Torricelli-Chrifi, *Divorce contractuel : quel(s) acte(s) pour quelle(s) responsabilité(s) ?* : *JCP* N 2016, n° 45, 1193.

(433) Circ. n° JUSC 1638274C, 26 janv. 2017, p. 20, fiche 6, § 3, p. 3.

(434) G. Bonnet, *À l'heure du divorce sans juge, le régime matrimonial contractuel doit-il être concrétisé par un acte authentique ?* : *Dr. famille* 2018, n° 12.

(435) D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire : l'arbre et le fruit*, préc., p. 22.

(436) V. *infra*, Chapitre 1 « Un statut au service de la protection des contractants ».

(437) Y. Gaudemet, *L'acte d'avocat : une analyse publiciste*, préc., p. 187.

que l'acte notarié « s'est heurtée à un obstacle que les avocats n'étaient pas disposés à franchir : la différence entre le statut d'une profession libérale et celui d'une profession délégataire de l'autorité publique. Autrement dit, on ne peut réclamer la possibilité d'assortir un acte de la force exécutoire sans accepter, tant pour la profession que pour la rédaction des actes, un ensemble de règles rigoureuses » (438).

4199 **– Une conséquence du contrôle *a priori* de légalité de l'acte. –** La présence de l'État dans l'exécution forcée ne résulte en effet pas seulement de l'imposition aux créanciers des voies de droit susceptibles d'être empruntées pour parvenir au règlement contraint des dettes impayées. Elle se manifeste aussi très concrètement et effectivement par un contrôle au cas par cas de l'accès à l'exécution forcé et de sa mise en œuvre. Le contrôle *a priori* ou contrôle de l'exécution forcée consiste à vérifier l'existence et la titularité en la personne du poursuivant d'une créance certaine, liquide et exigible, autrement dit d'un droit concret à l'exécution forcée. À cet égard, on rappellera que le notaire authentificateur n'est pas un simple témoin privilégié de l'acte : délégataire d'une mission de service public, il doit non seulement garantir aux parties un contrat efficace – là où l'avocat assurera la légitime mission de défense des intérêts de son client –, mais également s'assurer que leur accord respecte la légalité ainsi que les droits des tiers. Dès lors, c'est le contrôle systématique et préalable de la légalité de l'acte qui permet d'attribuer la force exécutoire à un accord privé. Certes, les conditions concrètes de l'exécution forcée tenant aux caractères de certitude, d'exigibilité ou de liquidité que doivent présenter les créances mises à exécution n'auront pu être vérifiées lors de la rédaction de l'acte authentique. Mais cela tient principalement au fait que l'acte était destiné à produire ses effets dans le futur et de façon progressive, comme peut l'être par exemple un prêt hypothécaire. Aussi retenons que la force exécutoire apparaît comme une conséquence ou plus exactement comme une récompense du contrôle de légalité que le notaire est tenu d'opérer lorsqu'il instrumente, et donc de la très forte sécurité juridique qui résulte de son intervention. Ajoutons encore que la délivrance d'un titre exécutoire n'ayant rien d'anodin, la moindre des choses est également de s'assurer que la manière dont est reçu le consentement des parties et dont est conservé l'acte présente toutes les garanties de fiabilité.

4200 **– Une conséquence de la force probante. –** Le contrôle exercé par les pouvoirs publics aussi bien avant sa nomination, qu'après celle-ci, et la procédure rigoureuse que le notaire doit suivre pour parvenir à l'authenticité permettent d'attribuer aux constatations qu'il a effectuées une force singulière : en effet, les faits que le notaire a pu constater *propiis sensibus* ne peuvent être remis en cause en eux-mêmes. Pour les contester, le plaignant devra alors s'attaquer à la personne du notaire, en remettant en cause son honneur ou sa compétence, par la procédure d'inscription de faux. De cette force probante spéciale découlerait la force exécutoire de l'acte notarié : c'est « parce que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de son origine, de son contenu et de sa date, qu'il a force exécutoire : c'est parce que l'obligation qu'il constate est tenue pour certaine que l'on peut passer immédiatement à l'exécution » (439). Il est inutile de prouver judiciairement que le débiteur est engagé et que la dette existe, puisque cette preuve est préconstituée par un titre dont la confection est faite au nom de la République française, entourée de garanties maximales, et dont l'original est conservé aux fins d'éventuelles vérifications. On rappellera au surplus que l'article 1371, alinéa 2 du Code civil prévoit que l'exécution de l'acte peut être suspendue en cas d'inscription de faux, ce qui – autrement dit – justifie que lorsque la contestation de la sincérité de l'acte est sérieuse, elle doit entraîner la disparition de la force exécutoire (440).

(438) Ph. Théry, *L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses*, préc., n° 1249.
(439) M. Grimaldi et B. Reynis, *L'acte authentique électronique* : *LPA* 2003, n° 222, p. 3, n° 4.
(440) M. Latina, *La force exécutoire de l'acte notarié, aspects théoriques* : *JCP* N 2019, n° 10, p. 35.

Section II Le formalisme du titre exécutoire de l'acte notarié

4201 – La réglementation des titres exécutoires notariés : un formalisme protecteur strict. – Au vu des effets redoutables qui découlent de la force exécutoire attachée à un acte notarié, il serait inconcevable de pouvoir délivrer des titres exécutoires notariés sans que soient instaurées des règles formelles rigoureuses relatives à la délivrance mais également à la transmission de tels actes. De nouveau vient apparaître la notion d'équilibre dans la protection poursuivie : on le sait, la protection, comme la liberté, est une notion somme toute relative puisque donner de la protection à l'un revient bien souvent à en enlever à l'autre. Une fois encore, l'acte authentique apparaît comme un acte à la recherche d'une protection mesurée et équilibrée pour l'ensemble des parties à l'acte. À l'égard du créancier tout d'abord, puisque le titre exécutoire notarié présente l'avantage considérable de pouvoir être émis sinon en même temps que la naissance de la créance, du moins dans les jours, semaines ou mois suivant la naissance de cette même créance, sans même que le créancier ait à attendre un défaut de paiement du débiteur. Le créancier non payé pourra ainsi immédiatement, en cas de défaut de son débiteur, se prévaloir de son titre exécutoire pour obtenir le paiement de sa créance. À l'égard du débiteur ensuite, puisque le titre exécutoire notarié ne constitue pas un blanc-seing délivré par une autorité publique à un créancier. Ce dernier devra répondre d'un formalisme particulièrement exigeant quant à la détermination de la créance, de l'identification du débiteur, mais également d'information quant à la création d'un titre exécutoire qui va l'amener à se voir, le cas échéant, opposer une procédure d'exécution forcée au moindre défaut de paiement de sa part. En résumé, il s'agira en la matière de concilier rapidité, efficacité, fiabilité et délivrance d'informations, dans l'intérêt du créancier impayé comme du débiteur diligent. Pour ces raisons, la réglementation des copies exécutoires résulte d'une combinaison minutieuse de plusieurs dispositions respectivement issues des textes relatifs aux procédures civiles d'exécution, du décret du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, du Code civil (à titre subsidiaire, pour ce qui est des conditions requises de tout acte authentique) et de la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 régissant spécifiquement les copies exécutoires à ordre mais comportant certaines dispositions ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des copies exécutoires.

4202 – Modifications terminologiques. – Le terme « copie exécutoire » a été institué par la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 relative à certaines formes de transmission des créances, en remplacement de l'ancienne dénomination de « grosse ». L'objectif poursuivi par le législateur a été alors d'écrire le droit en langage contemporain pour assurer une meilleure compréhension par les non-professionnels. Le terme « copie exécutoire » évoque sans doute ici davantage la fonction de ce titre, même pour les non-initiés (441). On rappellera que le terme « grosse », par opposition à la « minute », traduit les vestiges d'une époque révolue. Ce terme serait en effet « emprunté du latin médiéval *grossa*, qui désignait des expéditions d'actes du pape Innocent III, écrites en grosses lettres » (442). La minute, quant à elle, désignait une « écriture fine et menue » (443) qui permettait aux notaires et aux greffiers de limiter le volume des originaux qu'ils devaient stocker. En revanche, pour les copies, l'écriture était « grossoyée » puisque la rémunération des clercs de notaire et des greffiers dépendait en partie du nombre de pages recopiées. Toujours est-il qu'aujourd'hui, pour permettre au créancier de poursuivre le recouvrement de sa créance, le notaire établit une

(441) M. Vion, *La suppression des grosses au porteur et le régime des copies exécutoires à ordre* : *Defrénois* 1976, art. 31203, p. 1081.
(442) Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd. informatisée, consultée le 1er oct. 2018.
(443) Dictionnaire de l'Académie française, préc.

copie exécutoire qui rapporte littéralement les termes de l'acte authentique (444) qu'il a dressé. Il la certifie conforme à l'original et la revêt de la formule exécutoire, conformément aux dispositions de l'article 1er de la loi du 15 juin 1976.

– Catégories de copies exécutoires. – Aujourd'hui, il n'existe plus que deux catégories de copies exécutoires : **4203**

- tout d'abord, les **copies exécutoires nominatives**, non représentatives d'une créance au sens du droit cambiaire (445), lesquelles sont délivrées nominativement au créancier et constatent une créance, transmissible selon les procédés civils du droit commun (446) ;
- ensuite, les **copies exécutoires à ordre**, dont la transmission par endossement est strictement réglementée par la loi nº 76-519 du 15 juin 1976 et qui, aux termes de son article 3, ne peuvent être créées qu'en représentation d'une créance garantie par un privilège spécial immobilier ou par une hypothèque immobilière.

On rappellera que l'article 2 de la loi du 15 juin 1976, dont les dispositions sont d'ordre public, a interdit la délivrance des copies exécutoires au porteur. Cette interdiction est générale et absolue et s'applique quelle que soit la qualité du créancier et même si l'acte porte une date d'entrée antérieure au 16 juillet 1976, date d'entrée en vigueur de ladite loi.

– Délivrance d'une seule copie exécutoire pour un même acte et une même créance. – L'article 31 du décret du 26 novembre 1971 pose comme principe de base essentiel que le notaire ne peut délivrer à « chacun des intéressés » qu'une seule copie exécutoire pour un même acte et une même créance. **4204**

La raison d'être de la délivrance d'une seule copie exécutoire au créancier

Le fondement de la délivrance d'une seule copie exécutoire au créancier réside dans les termes mêmes de l'article 31 du décret du 26 novembre 1971 qui prescrit :

- qu'il ne peut, en principe, être délivré qu'une seule copie exécutoire dont, pour éviter toute contestation ultérieure, le notaire se fait donner reçu ; la délivrance d'une seconde copie exécutoire n'est qu'exceptionnelle et est soumise à des formalités particulières ;
- que la délégation de l'autorité publique en ce qui concerne l'emploi de la formule exécutoire et ses effets n'a été conférée par la loi au notaire que pour la délivrance de la première copie exécutoire, de telle sorte qu'une nouvelle délégation émanant de l'autorité judiciaire est nécessaire pour la délivrance d'une seconde copie exécutoire, laquelle ne saurait être délivrée par un notaire, sans une ordonnance judiciaire ;
- et que le seul consentement de toutes les parties intéressées ne saurait suffire pour cette délivrance.

(444) Les termes « copie authentique » sont substitués au terme « expédition » par le décret du 10 août 2005 ayant modifié le décret nº 71-941 du 26 nov. 1971 (D. nº 71-931, art. 32 à 37).

(445) V., en ce sens, V. Malassigné, *Les titres représentatifs (Essai sur la représentation juridique des biens par des titres de droit privé)* : *D.* 2016, nº 358.

(446) On précisera que, depuis la réforme du droit des contrats, la cession de créance est devenue un contrat solennel, puisque l'écrit est désormais érigé comme condition de validité de la cession. En revanche, l'opposabilité de la cession aux tiers n'est plus subordonnée à l'accomplissement des formalités de signification prévues par l'ancien article 1690 du Code civil. Désormais le transfert de la créance est opposable aux tiers dès la date de l'acte conformément aux dispositions de l'article 1323, alinéa 2 du Code civil, et son opposabilité au débiteur cédé résulte soit d'une notification à l'attention de ce dernier, soit d'une « prise d'acte » par ce dernier, selon les termes de l'article 1324 du Code civil.

Dès lors, la délivrance d'une copie exécutoire doit faire l'objet d'une mention apposée sur la minute de l'acte notarié constatant la créance et aucune autre copie exécutoire ne peut être délivrée par le notaire. Aussi, en cas de perte ou de destruction d'une copie exécutoire, il faudra alors solliciter l'autorisation du président du tribunal de grande instance d'en délivrer une nouvelle ; ce n'est qu'après autorisation obtenue par ordonnance, laquelle doit demeurer jointe à la minute, que le notaire pourra alors délivrer une nouvelle copie exécutoire, le tout avec mention sur le corps de la minute. Cette procédure stricte et fastidieuse permet de mettre en exergue « le caractère précieux que représente la copie exécutoire, puisque sa disparition sera nécessairement une cause de perte de temps le moment venu, en cas de velléité de procéder à une mesure d'exécution forcée à l'encontre du débiteur défaillant » (447).

Ces rappels effectués sur le titre exécutoire notarié, il convient à présent de s'intéresser aux règles générales de forme relatives à la délivrance des copies exécutoires (**Sous-section I**), avant de traiter des règles spécifiques aux copies exécutoires à ordre (**Sous-section II**).

Sous-section I Les règles générales de forme relatives à la délivrance des copies exécutoires

4205 Ces règles de forme relatives à la délivrance des copies exécutoires tiennent à la fois à l'acte authentique (**§ I**), mais également à la copie exécutoire elle-même (**§ II**).

§ I Les conditions requises pour l'acte authentique donnant lieu à la délivrance d'une copie exécutoire

4206 **– Un acte authentique établi en minute. –** On rappellera tout d'abord que seuls les actes établis en minute, c'est-à-dire conservés par le notaire, peuvent donner lieu à la délivrance de copies exécutoires, ce qui exclut l'établissement de copies exécutoires en suite de la signature d'actes reçus en brevet, lesquels ont vocation à circuler. L'impossibilité de pouvoir délivrer une copie exécutoire pour un acte reçu en brevet s'explique par l'obligation faite aux notaires, à l'article 31 du décret du 26 novembre 1971, de porter une mention sur la minute qu'il conserve de la délivrance d'une première copie exécutoire faite à chacune des parties intéressées. Or, le brevet étant un acte qui, par nature, n'est pas conservé par le notaire, il serait impossible pour le notaire ayant reçu un tel acte de respecter la prescription de l'article 31 du décret du 26 novembre 1971. Aussi on comprend que le but de cette formalité est d'éviter que le notaire ne délivre une autre copie exécutoire dans l'ignorance ou l'oubli de la délivrance de la première. Enfin, il est à souligner que la loi évoque le cas de la « délivrance » de la copie exécutoire ; dès lors, il ne suffit donc pas que cette copie ait été établie, il faut encore qu'elle ait été remise au créancier et, pour satisfaire aux vœux du législateur, la mention en marge de la minute devra porter les mots « Fait et délivré copie exécutoire ». Aussi est-il recommandé, à l'occasion de la délivrance et de l'envoi d'une copie exécutoire à un créancier, pour éviter toute contestation ultérieure, que le notaire se fasse donner reçu de cette délivrance.

4207 **– Existence d'une créance constatée dans l'acte authentique. –** L'acte authentique doit constater une créance liquide, c'est-à-dire une obligation de paiement de somme d'argent

(447) M. Mignard, *La force exécutoire de l'acte notarié : aspects pratiques* : *JCP* N 2019, n° 10, p. 38.

clairement identifiée (448), d'un montant déterminé ou déterminable. En revanche, il ne pourra s'agir d'une simple obligation de faire, cette dernière ne pouvant donner lieu qu'à une décision d'astreinte, laquelle sera alors susceptible d'exécution forcée. La date d'exigibilité de la créance doit par ailleurs être précisée dans l'acte. Face à ces exigences formelles, on pourrait penser qu'en présence de créances non encore nées au jour de l'émission du titre exécutoire, le créancier ne puisse se voir délivrer un tel titre. Cependant, il faut relever à ce sujet la position libérale de la jurisprudence de la Cour de cassation (449) : celle-ci admet en effet qu'un acte authentique constatant une ouverture de crédit puisse donner lieu à la délivrance d'une copie exécutoire, alors même que l'acte notarié ne constate pas de dette effective sur la personne de l'emprunteur, mais l'engagement de mise à disposition de l'établissement bancaire envers ce dernier, dont l'exécution fera ensuite naître la créance de la banque.

4208 **– Le débiteur de la créance doit être identifié. –** Par ailleurs, l'acte authentique, et par la suite le titre exécutoire, doivent identifier ou permettre d'identifier nommément le ou les débiteurs de l'obligation de paiement de somme d'argent constatée.

4209 **– La création de la copie exécutoire doit être expressément prévue dans l'acte notarié (ou un acte établi à sa suite). –** Enfin, au titre des conditions de forme qui président à la délivrance des copies exécutoires, on rappellera que toute création de copie exécutoire doit être expressément prévue dans l'acte authentique constatant l'obligation. Une telle exigence tient tout d'abord à la personne du débiteur : en effet, ce dernier doit être informé de la création d'un titre qui va l'amener à se voir éventuellement opposer une procédure d'exécution forcée au moindre défaut de paiement de sa part. Par ailleurs, le débiteur se doit également d'être informé de la nature de la copie exécutoire puisque selon la nature de celle-ci, le mode de transmission et le régime d'opposabilité des exceptions seront distincts.

Liste des actes pouvant donner lieu à délivrance de copies exécutoires

En résumé, pour qu'un acte puisse être délivré en forme de copie exécutoire, il suffit en principe :

- qu'il soit authentique et en minute ;
- qu'il contienne obligation de payer une somme soit périodiquement, soit à des échéances fixes, ou de livrer des denrées susceptibles d'être évaluées ;
- qu'il contienne une obligation pour choses certaines et liquides ;
- et qu'il soit susceptible d'exécution, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours aux tribunaux ni à aucune formalité.

Il faut donc que la créance soit certaine, liquide et exigible. Aussi, et sans prétendre à l'exhaustivité, voici une liste d'actes pouvant donner lieu à la délivrance de copies exécutoires :

- un compte de tutelle s'il constate l'obligation de payer un reliquat, et plus généralement un compte d'administration, de mandat, *etc.*, s'il constate une telle obligation ;
- un acte unilatéral s'il contient une obligation (prêt, rente, *etc.*), à condition que la copie exécutoire soit délivrée au créancier ;
- une donation entre vifs de somme non payée ou de valeur appréciable en argent ;

(448) Il n'est pas nécessaire que le montant exact de la créance soit mentionné dans le titre exécutoire ; il suffit que le titre contienne les éléments permettant l'évaluation de la créance. V., en ce sens, Cass. 2e civ., 8 déc. 2005, no 04-14.785 : *JurisData* no 2005-031159.

(449) Cass. 2e civ., 10 févr. 1977 : *Bull. civ.* 1977, II, no 32.

- un acte de liquidation de régime matrimonial constatant l'engagement de payer une soulte ou une prestation compensatoire à terme ;
- un titre nouveau, mais, en principe, une seule copie exécutoire doit être délivrée quoiqu'il y ait plusieurs héritiers au profit desquels cet acte récognitif est passé ;
- un bail, mais en ce qui concerne seulement le prix du loyer ou du fermage, et non pour les réparations locatives, lesquelles nécessitent une action en justice du bailleur ;
- un acte de délégation, au cas où le créancier a accepté la délégation, et qu'en conséquence l'acte de délégation est susceptible d'exécution ;
- un acte contenant des obligations respectives ; une copie exécutoire peut être délivrée à chacune des parties ;
- un acte déposé pour minute si le dépôt a été fait par toutes les parties avec reconnaissance d'écriture et de signature par le débiteur et si l'acte déposé est de nature à comporter cette délivrance ;
- un échange, une licitation, une liquidation d'un partage contenant des soultes, prix ou indemnités stipulées payables à terme ;
- une constitution de rente ;
- un acte de société s'il renferme une promesse d'apport de sommes d'argent ;
- une adjudication ou une vente d'immeubles dont le prix est stipulé payable à terme ;
- une vente de meubles, mais à la condition que le procès-verbal ait été signé par l'adjudicataire ;
- un contrat d'apprentissage, s'il contient l'engagement de payer une somme déterminée ;
- un contrat d'atermoiement ;
- un cautionnement solidaire ;
- un contrat de mariage contenant l'engagement de payer une somme d'argent ou une valeur appréciable en argent ;
- une ouverture de crédit, si la réalisation du crédit est constatée ;
- une obligation, même si l'obligation est à ordre ;
- une prorogation de délai ;
- un transport-cession de droits ou de créances, acceptés par le débiteur ;
- une transaction portant obligation de payer une somme d'argent.

§ II Les conditions requises pour la délivrance de toute copie exécutoire

4210 **– Apposition du sceau du notaire. –** L'article 18 du décret du 26 novembre 1971 exige que la copie exécutoire soit revêtue du sceau du notaire ayant reçu la minute. Dès lors, se pose de la question de savoir si l'absence de sceau sur la copie exécutoire peut constituer un vice de forme affectant l'acte, et si cette omission peut faire perdre à l'acte notarié son caractère exécutoire. La Cour de cassation, qui a eu à se prononcer à ce sujet, a estimé que « l'irrégularité affectant l'acte dépourvu de sceau du notaire ne relève pas des défauts de forme que l'article 1318 (devenu 1370 du Code civil) sanctionne par la perte du caractère authentique et partant, exécutoire, de cet acte, lesquels s'entendent de l'inobservation des formalités requises pour l'authentification par l'article 41 du décret du 26 novembre 1971 » (450). La Cour de cassation fait ici une application stricte des textes susceptibles d'entraîner la nullité de l'acte authentique établi par un notaire, et l'on peut relever que cette décision s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt rendu en chambre mixte le 21 décembre 2012 par la Haute juridiction s'agissant de la question des annexes de l'acte notarié (451).

(450) Cass. 2e civ., 1er févr. 2018, no 16-25.097, F-P+B : *JurisData* no 2018-001018 ; *JCP* N 2018, no 10, act. 276.
(451) Cass. ch. mixte, 21 déc. 2012, no 11-28.688.

Pour la Cour de cassation, la formalité d'apposition du sceau sur la copie exécutoire n'est pas l'une de celles requises pour l'authentification et visées à l'article 41 du décret du 26 novembre 1971. Dès lors, elle en conclut que l'article 1370 du Code civil – qui sanctionne les irrégularités aux formalités essentielles à l'établissement de tout acte authentique par la perte du caractère authentique de l'acte – n'a pas à s'appliquer.

– Reproduction intégrale des termes de la minute ou reproduction par extrait ? – La **4211**
copie exécutoire doit par ailleurs attester de l'observation de formalités importantes visées à l'article 1er de la loi du 15 juin 1976. Cet article prévoit notamment que pour permettre au créancier de poursuivre le recouvrement de sa créance, la copie exécutoire établie par le notaire doit, savoir :

- d'une part, rapporter littéralement les termes de l'acte authentique qu'il a dressé ;
- d'autre part, être certifiée conforme à l'original ;
- enfin, être revêtue de la formule exécutoire (452).

Si les deux dernières conditions ne posent pas de difficultés particulières, la première, dont la lecture littérale laisse entendre que la copie exécutoire doit contenir la reproduction intégrale de la minute contenant la convention des parties et les annexes, a quant à elle longtemps interpellé la pratique notariale. En effet, au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 1976, s'est posée la question de savoir s'il fallait ou non reproduire, au sein de la copie exécutoire, l'intégralité non seulement de la minute elle-même mais aussi de ses annexes, pourtant bien souvent très volumineuses. En rapportant intégralement les termes de l'acte authentique, la copie exécutoire offre, certes, une totale garantie au créancier, mais elle n'était pas sans présenter des inconvénients, d'une part d'ordre financier non négligeables, notamment en frais de timbre lorsque ce droit existait (453), et d'autre part au regard du secret professionnel, l'établissement bancaire se trouvant informé des conventions particulières liant le vendeur à son acquéreur. D'où le développement d'une pratique consistant à soumettre aux établissements prêteurs une copie exécutoire sous forme d'extraits, ne comprenant que les éléments essentiels et nécessaires à la poursuite éventuelle du débiteur. Si les travaux parlementaires préalables à la loi du 15 juin 1976 inclinaient pour la règle de la reproduction intégrale, ceux-ci admettaient néanmoins que le notaire puisse délivrer seulement les extraits indispensables de l'acte, tout en précisant qu'en cas de préjudice résultant d'une reproduction partielle, la responsabilité du notaire pourrait être engagée. L'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat, au vu de l'augmentation des droits de timbre au cours des années 1980, avait émis une note suggérant de joindre à la copie exécutoire, non pas avant mais après la formule exécutoire, une simple copie des annexes (454). Aussi aujourd'hui, ces deux procédés (délivrance d'un extrait littéral ou d'une copie exécutoire avec adjonction, après la formule exécutoire d'une copie des annexes) peuvent-ils toujours être retenus ? La question s'est de nouveau posée à l'occasion de l'annexion ou non des procurations à la copie exécutoire.

(452) Le texte de la formule exécutoire étant imposé par la loi, il ne saurait être question de le modifier. Cependant, il a été admis que l'omission de certains mots, sans conséquence sur le sens ou sur la portée de la formule exécutoire, n'entraînait pas la nullité de la signification de l'acte ou de la décision. V., en ce sens, Cass. soc., 16 juin 1965 : *Bull. civ.* 1965, IV, no 470.

(453) On rappellera que le droit de timbre a été supprimé à compter du 1er janv. 2006 (L. no 2004-1485, 30 déc. 2004). Auparavant, les minutes, copies et extraits des actes notariés étaient assujettis au droit de timbre d'après la dimension du papier employé (CGI, ancien art. 899).

(454) Note de l'IEJ : *JCP* N 1985, prat. 9382.

Le point sur l'annexion d'une procuration à un acte authentique de prêt

À ce sujet, la Cour de cassation a conclu par le passé à l'impérieuse et double nécessité de reproduire intégralement l'acte et ses annexes, en incluant notamment dans la copie exécutoire la copie des pièces annexées à la minute, procurations comprises (455). Toutefois, après une controverse entre les première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation (456), la chambre mixte a considéré le 21 décembre 2012 que l'inobservation de l'obligation, pour le notaire de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes ne faisait pas perdre à l'acte son caractère authentique, et partant, son caractère exécutoire (457).

Les motivations de cette décision salutaire – venant mettre fin à une divergence entre les deux chambres – méritent d'être soulignées :

- la cour souligne tout d'abord qu'en dépit des termes de l'article 21 du décret du 26 novembre 1971, prévoyant que les procurations doivent être annexées à l'acte authentique (sauf le cas précis où celles-ci ont été déposées au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte avec mention de ce dépôt dans l'acte), seules les irrégularités portant sur les formalités essentielles sont de nature à engendrer le déclassement de l'acte authentique en acte sous seing privé ;
- puis la cour de relever que, concernant l'acte notarié, ces formalités essentielles sont celles édictées de manière limitative par l'article 41 du décret du 26 novembre 1971 ;
- par suite, la cour en conclut que l'annexion d'une procuration à un acte authentique ne figurant pas dans les formalités essentielles visées à l'article 41 du décret du 26 novembre 1971, l'absence d'annexion de procuration à un acte notarié n'altérait pas l'authenticité de celui-ci, ni, par suite, son caractère exécutoire.

Il n'en demeure pas moins que le fait de ne pas annexer une procuration ou l'absence de toute annexe à un acte notarié expose le notaire à voir sa responsabilité engagée en cas d'impossibilité pour lui de la présenter, faute de l'avoir conservée par ailleurs.

Aussi, et selon une doctrine avisée (458), il semblerait qu'il ne soit pas nécessaire qu'une copie exécutoire contienne systématiquement toutes les annexes à l'acte. Toutefois, il est préconisé d'opérer une distinction entre les actes relativement peu volumineux et qui devraient pouvoir contenir sans difficulté l'intégralité du contenu de l'acte et de ses annexes, et ceux, plus volumineux, pour lesquels le notaire pourrait décider d'ôter certaines annexes, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère essentiel pour la bonne compréhension de la créance. Dans ce dernier cas, le notaire devra veiller à conserver ces documents non annexés pour être, le cas échéant, en mesure de les produire si un contentieux venait à naître dans le futur, à peine d'exposer sa responsabilité pour incomplétude de la copie exécutoire.

4212 – Créances fractionnées et copies exécutoires partielles. – Il est à noter que lorsqu'une créance a été stipulée divisible en un certain nombre de fractions, pour en faciliter au créancier la cession éventuelle, il peut être délivré autant de copies exécutoires séparées qu'il y a de fractions dans la créance, chacune de ces copies exécutoires valant titre exécutoire pour la fraction de créance qu'elle représente. Le fractionnement de la créance avec délivrance de plusieurs copies exécutoires est, en pratique, le plus souvent utilisé dans les obligations à ordre. Lorsqu'une créance à ordre est ainsi fractionnée, il existe autant de

(455) Cass. 1re civ., 28 mai 2009, nº 07-20.182.

(456) Cass. 1re civ., 22 mars 2012, nº 11-11.925 : *JurisData* nº 2012-004880 ; *JCP* N 2012, nº 13, act. 388 (en faveur du maintien de l'authenticité malgré l'absence d'annexion de la procuration) *versus* Cass. 2e civ., 7 juin 2012, nº 11-15.439 : *JurisData* nº 2012-012233 (en faveur de la perte de l'authenticité).

(457) Cass. ch. mixte, 21 déc. 2012, nº 11-28.688 : *JurisData* nº 2012-030210 ; *JCP* N 2013, nº 7, 1026, note Y. Le Magueresse.

(458) M. Mignard, *La force exécutoire de l'acte notarié : aspects pratiques*, préc.

créances que de titres créés. Spécialement, si la création de plusieurs copies exécutoires à ordre est prévue, il est indispensable d'individualiser chaque copie afin que l'on sache quelle fraction de la créance elle représente. Pour autant, la formule exécutoire n'en est pas modifiée. Enfin, en cas de pluralité de créanciers bénéficiant d'une seule obligation, il peut être délivré une copie exécutoire à chaque créancier ; dans ce dernier cas, il doit être mentionné sur chaque copie exécutoire la somme jusqu'à concurrence de laquelle cette copie est exécutoire.

– Mention du nom du créancier et transmission d'une copie exécutoire nominative. **4213**
– La copie exécutoire doit par ailleurs permettre d'identifier le créancier au profit duquel elle va être émise. En effet, seul le créancier désigné dans le titre exécutoire a qualité pour diligenter la procédure d'exécution. Cette condition, qui est posée pour toutes les copies exécutoires à ordre, paraît pour certain (459) être de bonne pratique d'appliquer à toute copie exécutoire. Mais, dès lors, se pose la question de savoir si, en cas de changement dans la personne du créancier par suite d'une cession de créance, le nouveau créancier – par définition non mentionné sur la copie exécutoire initialement délivrée – peut initier une procédure d'exécution. La question ne vise ici que la copie exécutoire nominative, puisque la copie exécutoire à ordre est représentative d'une créance dont la cession s'opère par voie d'endos. Il est ici visé le cas de la copie exécutoire nominative, délivrée au profit d'un créancier originaire, nommément désigné mais qui viendrait à céder ultérieurement sa créance par un procédé de droit français (tel que la cession de créance en droit civil). Dans un tel cas, le créancier cessionnaire peut-il pratiquer une saisie sur la base de la copie exécutoire initialement délivrée ? La Cour de cassation, qui a eu à connaître de ce cas d'espèce, a décidé que la cession de créance de droit civil transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, en ce compris notamment le titre exécutoire obtenu par le cédant (460). Dès lors, et à condition que les formalités de la cession au débiteur auquel le titre exécutoire est opposé aient été respectées, le cessionnaire peut se prévaloir de la copie exécutoire initialement délivrée, quand bien même celle-ci ne porterait pas mention de son nom.

– Personnes pouvant requérir la délivrance de copie exécutoire. – L'article 31 du décret du 26 novembre 1971 dispose qu'il peut être délivré une copie exécutoire « à chacune des personnes intéressées ». En principe, les parties intéressées sont celles qui ont le droit de poursuivre l'exécution de l'acte. Par suite, seul le créancier de l'obligation peut obtenir une copie exécutoire puisqu'il a seul le droit d'exercer des poursuites. Le débiteur doit quant à lui se contenter d'une copie authentique qui lui suffit pour constater l'existence et les conditions diverses de son obligation. On précisera, par ailleurs, que les règles de refus de délivrance sont les mêmes en matière de copies exécutoires qu'en matière de copies authentiques. Dès lors, si le refus est injustifié, les parties pourront contraindre le notaire récalcitrant au moyen d'une action en justice (461). **4214**

Sous-section II Les règles particulières aux copies exécutoires à ordre

Les copies exécutoires à ordre sont celles qui permettent la transmission des créances qu'elles constatent et des sûretés dont elles sont assorties au moyen d'une mention d'endos **4215**

(459) M. Mignard, *La force exécutoire de l'acte notarié : aspects pratiques*, préc.
(460) Cass. com., 5 févr. 2008, nº 06-17.029 : *Bull. civ.* 2008, IV, nº 26 ; *JurisData* nº 2008-042666. – Cass. com., 27 mars 2007, nº 05-20.696 : *Bull. civ.* 2007, IV, nº 99 ; *JurisData* nº 2007-038229.
(461) CPC, art. 1436.

par laquelle l'ancien créancier ordonne au débiteur de payer sa dette au nouveau créancier qu'il désigne dans cette mention. Constitutives à certains égards d'un « vestige des grosses au porteur » (462), ces copies exécutoires sont l'un des titres à ordre ayant un régime dérogatoire au regard du régime des effets du commerce résultant du droit commercial. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 1976, l'émission d'une « grosse à ordre » n'était soumise à aucune réglementation spéciale et l'on appliquait les règles générales, la seule particularité concernant l'indication dans la mention finale qu'elle était par endos ou par voie d'endos. La loi du 15 juin 1976 a apporté une restriction au domaine d'utilisation des copies exécutoires à ordre en les soumettant à des conditions rigoureuses quant à leur création (**§ I**), mais également à des dispositions particulières concernant leur transmission (**§ II**).

§ I Les conditions de création des copies exécutoires à ordre

4216 **– Limitation aux créances hypothécaires. –** Les seules créances qui peuvent donner lieu désormais à la délivrance d'une copie exécutoire à ordre sont celles garanties par une sûreté immobilière inscrite, telle un privilège immobilier spécial ou une hypothèque immobilière. Cette exigence explique qu'une telle copie exécutoire ne puisse être délivrée qu'à compter de l'inscription de la sûreté réelle immobilière concernée, dont les références de publication doivent figurer sur la copie exécutoire elle-même (463). Sont donc également exclues les créances assorties d'une simple promesse d'affectation hypothécaire ou d'une hypothèque non inscrite (464). De même, la loi du 15 juin 1976 est inapplicable à la création et à la transmission des copies exécutoires à ordre représentant des créances garanties par une hypothèque sur un bateau de navigation intérieure, un navire ou un autre bâtiment de mer ou un aéronef (465).

4217 **– Stipulation expresse de la création d'une copie exécutoire à ordre. –** Si, comme pour les copies exécutoires nominatives, l'acte doit être établi en minute et non en brevet, la création de la copie exécutoire à ordre doit par ailleurs être expressément prévue dans l'acte authentique constatant la créance, ou bien dans un acte authentique établi postérieurement, et elle doit être signée par les mêmes parties que celles à l'acte initial constatant la créance. Une telle exigence s'explique par le caractère contractuel de la réquisition de délivrance d'une copie exécutoire à ordre : en effet, s'agissant d'une copie exécutoire transmissible par voie d'endossement, celle-ci doit être expressément acceptée par le débiteur. Au surplus, on précisera qu'en cas de fractionnement de la créance destiné à faciliter sa cession par le créancier, ou en cas de pluralité de créanciers, l'acte notarié doit indiquer le nombre de copies exécutoires à ordre qui seront créées et le montant de la somme pour laquelle chacune d'elles sera établie (466).

4218 **– Mentions obligatoires. –** Comme toute copie exécutoire, la copie exécutoire à ordre doit être certifiée conforme à la minute par le notaire et revêtue de la formule exécutoire (467).

(462) M. Mignard, *La force exécutoire de l'acte notarié : aspects pratiques*, préc.
(463) L. 15 juin 1976, art. 5, al. 2, 5°.
(464) Dans ce dernier cas, la création d'une copie exécutoire à ordre ne sera alors envisageable qu'après prise d'une inscription.
(465) L. 15 juin 1976, art. 15.
(466) L. 15 juin 1976, art. 4.
(467) L. 15 juin 1976, art. 1er.

Elle doit par ailleurs être établie au nom du créancier hypothécaire (468) qui sera alors le seul créancier susceptible de pouvoir l'endosser. Enfin, la copie exécutoire devra comporter des mentions obligatoires spécifiques destinées à l'information des tiers, et notamment :

- la dénomination « copie exécutoire à ordre » (transmissible par endossement) ;
- le texte des articles 6, alinéa 1er, et 7 de la loi no 76-519 du 15 juin 1976 (469) ;
- le montant de la somme due ou restant due à concurrence de laquelle elle vaudra titre exécutoire ;
- la mention « copie exécutoire unique » ou l'indication de son numéro en cas de pluralité de copies exécutoires ;
- la référence complète de l'inscription au fichier immobilier de l'inscription hypothécaire garantissant la créance, et la date extrême d'effet de cette inscription.

Il est à noter qu'il faudra veiller scrupuleusement à l'insertion de l'ensemble de ces mentions dans la copie exécutoire, à défaut de quoi cette dernière sera privée de ses effets singuliers (470) : elle ne pourra pas permettre une transmission de la créance par endossement et dégénérera alors en copie exécutoire nominative.

§ II Les conditions de transmission des copies exécutoires à ordre

4219 **– Le procédé de l'endossement. –** La copie exécutoire à ordre, représentative d'une créance exclusivement cessible par voie d'endossement, nécessite de respecter méthodiquement ce procédé qui exclut toute cession de droit civil. Par endossement, il faut entendre le mode de transmission d'une créance, par la remise du titre, avec une mention normalement inscrite au dos de ce titre (471). Régi par l'article 6 de la loi du 15 juin 1976, le procédé d'endossement est particulièrement encadré et suppose, d'une part, qu'il soit obligatoirement réalisé par acte notarié et, d'autre part, qu'il en soit fait mention sur le corps de la copie exécutoire aux fins d'information des tiers, qui doivent pouvoir se fier à elle quant aux transferts éventuellement intervenus. La mention d'endossement doit obligatoirement porter la date de son apposition, la signature de l'endosseur (cédant de la créance), le montant de la somme due ou restant due au moment de l'endossement, la désignation de l'endossataire (cessionnaire de la créance), son acceptation et sa signature, ainsi que la désignation et la signature du notaire. Une nouvelle fois, l'inobservation de ces règles régissant la forme et les mentions de l'endossement est sanctionnée par la nullité de l'endossement (472), considérée comme une nullité absolue.

4220 **– Les notifications de l'endossement. –** Si le formalisme attaché au procédé d'endossement est sévère, les formalités consécutives à l'endossement sont tout aussi rigoristes. Il appartient en effet au notaire – rédacteur de l'acte d'endossement et signataire de la mention d'endos – d'effectuer des notifications diverses en les adressant par lettre recommandée

(468) Cette exigence était liée au souci d'interdire les grosses au porteur ; aussi, faute d'indication du nom du créancier, la copie exécutoire ne peut être à ordre et constitue soit une grosse au porteur prohibée soit une copie exécutoire nominative.

(469) La reproduction de ces articles est spécifiquement requise lorsque le créancier n'est pas un établissement bancaire, financier ou assimilé, et vise à informer les tiers tant du régime spécifique de la transmission de la créance qu'est la procédure d'endossement, que des paiements intervenus.

(470) L. 15 juin 1976, art. 5.

(471) G. Ripert, *Droit commercial*, t. II, 9e éd. par R. Roblot, no 2017.

(472) L. 15 juin 1976, art. 6.

avec demande d'avis de réception aux destinataires expressément mentionnés par l'article 6, alinéa 6 de la loi du 15 juin 1976, savoir :

- au notaire ayant reçu l'acte ayant constaté la créance, afin que ce dernier appose une mention sur l'acte qu'il a reçu ;
- au débiteur ;
- et, le cas échéant, à l'établissement bancaire, financier ou de crédit à statut légal spécial ou au notaire mandaté aux termes de l'acte ayant constaté la créance, à l'effet de payer pour le compte du débiteur.

Mention de ces notifications devra ensuite être portée sur le corps de la copie exécutoire. Il est à noter que l'absence d'une notification, quelle qu'elle soit, sera sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers (débiteur compris) de l'endossement, alors même que la notification à l'attention du débiteur serait intervenue. Comme le relève un auteur (473), ce mécanisme de notifications est animé « d'une volonté protectrice », et fait double emploi avec les mentions apposées sur la copie exécutoire.

4221 – Les effets de l'endossement. – Le principal effet de l'endossement consiste dans la transmission de la créance – à hauteur de ce qui reste dû – et de ses accessoires, le tout sans aucune autre formalité que celles requises pour l'endos. En tant que porteur de la copie exécutoire, le dernier endossataire pourra donc réclamer le paiement total ou partiel de la créance, sur simple présentation de la copie exécutoire à ordre. L'endossement produira ses effets à la date de l'acte d'endossement dans les rapports entre l'endosseur et l'endossataire, et, à l'égard des tiers, à la date de sa notification au débiteur. Enfin, on précisera que la transmission du titre exécutoire par voie d'endossement n'engendre pas de responsabilité solidaire des endosseurs successifs et ne permet pas au débiteur actionné en vertu d'une copie exécutoire à ordre d'opposer au créancier titulaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec les créanciers antérieurs. Par suite, en cas de paiement partiel d'une créance auprès de l'endosseur, suivi d'un endos sans que la copie exécutoire ne mentionne le paiement partiel, le débiteur s'expose alors à devoir payer au créancier endossataire le montant dont il s'est précédemment acquitté, du fait de l'inopposabilité des exceptions. D'où l'intérêt de mentionner sur la copie exécutoire les paiements non seulement totaux mais également partiels. Comme le souligne la doctrine (474), et malgré les formalités d'information imposées par le législateur, « le système pèche donc par le risque d'une information incomplète de l'endossataire » et n'est pas exempt de faiblesses en cas de négligence dans la tenue de la copie exécutoire.

4222 – Propos conclusifs. – En matière de protection du créancier, l'acte authentique présente donc, comparé aux autres actes juridiques instrumentaires, des qualités à nulle autre pareilles en matière d'efficacité, puisque tout créancier titulaire d'une copie authentique sur laquelle sera revêtue la formule exécutoire bénéficiera d'un titre exécutoire pouvant être mis directement en exécution contre son débiteur en recourant à la force publique. Cette prérogative exorbitante – jalousée et faussement incomprise par certains esprits chagrins – est, rappelons-le à nouveau, intrinsèquement liée à l'acte authentique puisqu'elle puise sa raison d'être dans la délégation de puissance publique que l'État a conférée aux notaires pour donner la foi publique aux accords de volonté privés. Aussi, en cas d'inexécution d'un contrat reçu en la forme authentique et constatant une obligation, l'acte notarié s'apparente dès lors à une véritable garantie de paiement, simple et efficace, de faible coût en temps et frais, sans pour autant perdre en sécurité juridique.

(473) M. Mignard, *La force exécutoire de l'acte notarié : aspects pratiques*, préc.
(474) M. Mignard, *La force exécutoire de l'acte notarié : aspects pratiques*, préc.

Plus largement, et aux termes de cette première partie, nous avons pu constater que les vertus protectrices de l'acte authentique s'expriment tout au long du cycle de l'obligation : à la naissance de l'obligation tout d'abord, avec la garantie d'un consentement délivré de manière éclairée lors de la régularisation de l'acte la constatant ; pendant son exécution ensuite, avec la garantie d'un acte juridique faisant foi de manière incontestable de son existence ; enfin, en cas d'inexécution de l'obligation, avec la possibilité pour le notaire de délivrer un titre exécutoire permettant de diligenter des voies d'exécution contre le débiteur. On relèvera par ailleurs que dans cette constante trilogie de protection, du consentement des tiers avec la constatation officielle de l'acte, et enfin du créancier, répond un formalisme singulier avec l'instauration de règles rigoureuses – conditionnant la validité de l'acte authentique – relatives tant à la réception de l'acte qu'à sa conservation, mais également à la délivrance et transmission de titres exécutoires, et ce au service de l'autonomie de la volonté et de la protection des droits issus des accords de volonté des parties contractantes.

Pour autant, il apparaît aujourd'hui que même si l'acte authentique – en tant qu'*instrumentum* – a parfaitement respecté les conditions de solennité relatives à sa validité, ce dernier ne peut produire ses effets qu'après l'accomplissement de certaines formalités supplémentaires. Dès lors, d'un formalisme rigoureux lié à la nature de l'acte juridique, on glisse vers un formalisme conditionnant l'efficience de ce même acte.

DEUXIÈME PARTIE

Le formalisme lié à l'efficacité de l'acte juridique

– Des formalités complémentaires à l'acte conditionnant son efficacité. – Dans cette seconde partie, il sera développé l'idée directrice selon laquelle si l'acte juridique en tant qu'*instrumentum* a parfaitement respecté les conditions de solennités relatives à sa validité (nécessité d'un écrit, recours à l'authenticité, *etc.*), il ne produira pour autant ses effets que si certaines formalités ont été accomplies. Ainsi, suivant la qualification de l'acte juridique, la protection du contractant sera assurée en respectant un certain nombre de formalités légales préalables. Parmi les différents actes notariés, il en est un qui, sous l'influence du consumérisme, s'est largement complexifié dans un but de protection du contractant : il s'agit de l'acte de vente immobilière et plus spécifiquement de l'acte de vente du logement. Historiquement, le droit commun des contrats et la théorie générale des obligations constituent en quelque sorte le régime primaire de la protection en matière de vente du logement. La jurisprudence est venue modeler et compléter ce droit. Enfin, le législateur contemporain a fait reculer le principe du consensualisme en instaurant des lois spéciales de protection. Ainsi le Code civil n'a plus le monopole de la réglementation de la vente. Le Code de la consommation contient lui aussi de nombreux textes relatifs à la vente. **4223**

– Le notaire, acteur du formalisme d'information. – Cette inflation législative s'est développée dans un but de **protection** des contractants, et c'est au notaire, au-delà de son rôle traditionnel de rédacteur des conventions, qu'a été confiée la pédagogie des nouvelles mesures. Nous analyserons dans cette seconde partie, d'une part, la réglementation foisonnante et mouvante applicable à la vente immobilière du logement. Ce formalisme dit « d'information », qui influe sur les relations précontractuelles entre vendeur et acquéreur, dont les notaires ont la charge au travers de leur devoir de conseil, et qui est censé **protéger** le contractant (**Titre I**). Et, d'autre part, un autre formalisme plus méconnu du grand public, mais tout aussi protecteur, dit « d'opposabilité ». Une fois le contrat formé et signé, l'acte de vente doit être enregistré auprès du service des impôts et publié au service de la publicité foncière. Là encore, le notaire est en charge d'assurer la protection du contractant par la détermination du régime fiscal adapté, le paiement de l'impôt, la publication du titre sous forme dématérialisée avec, comme enjeu, la conservation des données personnelles (**Titre II**). **4224**

TITRE I

Le formalisme d'information dans la vente immobilière

Le formalisme d'information appliqué à la vente immobilière peut s'analyser au regard de la personne du contractant (**Sous-titre I**), mais également au regard des biens vendus (**Sous-titre II**). **4225**

SOUS-TITRE I

Le formalisme d'information appliqué à la personne du contractant

Au regard de la personne du contractant, nous ferons ici une analyse des dispositifs de protection de l'acquéreur issus des lois dites « spéciales de protection » (**Chapitre I**), ainsi qu'un point sur les obligations d'information légales du vendeur et la réforme du droit des contrats (**Chapitre II**). **4226**

CHAPITRE I Les dispositifs de protection de l'acquéreur

Historiquement, la première loi dite « spéciale de protection » applicable à la vente immobilière du logement fut la loi nº 67-3 du 3 janvier 1967 complétée par la loi du 16 juillet 1971 relative à la vente d'immeuble à construire. Cette loi fut l'heureuse combinaison du besoin de développement de la construction française et de la nécessaire sécurité du candidat au logement. **4227**

Depuis, en raison de la place prépondérante du logement en France et de la défense croissante des droits du consommateur, le législateur a consacré l'importance spécifique de la vente immobilière par un recul de l'autonomie de la volonté en la matière et le développement de dispositifs légaux de protection du consentement du contractant issus du droit de la consommation.

Nous analyserons ici trois dispositifs spécifiques de protection de l'acquéreur issus des lois Scrivener (**Section I**), SRU-ENL (**Section II**), et Alur (**Section III**), ainsi que le rôle du notaire dans leur application pratique.

Section I La loi Scrivener : la protection de l'acquéreur-emprunteur dans la vente immobilière

4228 **– L'esprit de la loi du 13 juillet 1979 : protéger le consommateur immobilier. –** La loi nº 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, dite « loi Scrivener II », a consacré, comme la loi nº 78-22 du 10 juillet 1978 en matière de crédit à la consommation, un lien d'interdépendance entre vente et prêt car le prêt n'a d'intérêt que pour financer la vente ou la construction et doit être résolu si ces opérations ne se réalisent pas et, inversement, la vente et la construction ne sont concevables que si les prêts nécessaires à leur financement sont obtenus.

La loi, dont les dispositions sont intégrées dans le Code de la consommation sous les nouveaux articles L. 313-1 à L. 313-64 issus de la réforme du droit des contrats et des obligations (anciens art. L. 312-1 à L. 312-36), a pour vocation de protéger le consommateur-acquéreur d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, qui n'est pas un professionnel de l'immobilier et qui recourt à un crédit pour le financement de son acquisition immobilière.

Dès lors, l'opération à financer est conclue sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts devant servir à ce financement.

4229 **– Première atteinte au principe du consensualisme. –** Le recours à la condition suspensive a été rendu nécessaire par le principe du consensualisme qui domine le droit français des contrats et spécialement celui de la vente ; en effet, l'article 1583 du Code civil, célèbre illustration de ce principe, prévoit que la vente est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès que l'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (475).

En théorie, l'instauration d'une condition suspensive légale relative au financement du contrat, voulue dans l'intérêt de l'emprunteur, marque donc un recul très net du consensualisme et protège en réalité les deux contractants des effets de ce grand principe de notre droit ; l'acquéreur ne peut pas s'engager sans avoir assuré le financement de son achat ; par ailleurs, le vendeur est assuré de percevoir son prix sans difficulté car la vente ne sera conclue définitivement qu'après obtention, par l'acquéreur, du prêt qui lui est nécessaire (476).

En pratique, la loi du 13 juillet 1979, qui n'a pas fait l'objet de modification durant ces quarante années d'application (à l'exception de la nouvelle codification suite à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats et des obligations), a suscité un important contentieux et a donné lieu à des analyses doctrinales contradictoires, des solutions jurisprudentielles abondantes et désordonnées, et même à des formules notariales diverses et antinomiques.

Dès lors, qu'en est-il après quarante ans d'application de ce dispositif d'ordre public ? Quelles sont les difficultés récurrentes rencontrées de nos jours dans la pratique par les notaires ? Peut-on en conclure que le dispositif, à l'épreuve du temps et de la pratique, assure **une protection équilibrée** des intérêts du **vendeur** et de l'**acquéreur** ?

La synthèse combinée de la doctrine, de la jurisprudence et de la pratique notariale actuelle fait apparaître les principales difficultés lors de l'établissement de la condition suspensive légale puis dans la réalisation de ladite condition.

(475) D. Montoux : *JCl. Construction-Urbanisme*, Vº *Protection de l'acquéreur-emprunteur*.
(476) V. J.-L. Bergel, *Les ventes d'immeubles existants*, Litec, 1983 ; *JCP* N 8 juill. 1988, nº 27.

Sous-section I L'établissement de la condition suspensive légale

4230 **– Retour sur les dispositions textuelles de la loi Scrivener. –** Notre pratique quotidienne nous éloigne des sources générales du droit et des textes. Il est important de s'y référer à nouveau pour bien comprendre le mécanisme de la loi Scrivener.

Tout d'abord, en vertu de l'article L. 313-40 du Code de la consommation (ancien art. L. 312-15) : « L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées au 1° de l'article L. 313-1, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou de plusieurs prêts régis par les sections 1 à 5 du présent chapitre ».

Ensuite, l'article L. 313-41 du Code de la consommation (ancien art. L. 312-16) ajoute que : « Lorsque l'acte (...), indique que le prix est payé directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts, (...), cet acte est conclu sous la condition de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement ».

Cet article mentionne également que : « La durée de validité de cette condition suspensive ne peut être inférieure à un mois à compter de la date de signature de l'acte ou s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement ».

Le dernier alinéa indique que : « Lorsque la condition suspensive prévue au premier aliéna n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité, à quelque titre que ce soit ».

Enfin, l'article L. 313-42, quant à lui, prescrit que : « Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40 indique que le prix sera payé sans l'aide d'un ou plusieurs prêts, cet acte, porte, de la main de l'acquéreur, une mention par laquelle celui-ci reconnaît avoir été informé que s'il recourt néanmoins à un prêt il ne peut se prévaloir des dispositions du présent chapitre.

En l'absence de l'indication prescrite à l'article L. 313-40 ou si la mention exigée au premier alinéa manque ou n'est pas de la main de l'acquéreur et si un prêt est néanmoins demandé, le contrat est considéré comme conclu sous la condition suspensive prévue à l'article L. 313-41 ».

C'est autour de ces trois articles du Code de la consommation que la pratique de la « condition suspensive d'obtention de prêt » s'est construite. Les notaires ont, dès l'application de la loi, mis au point des formules dans leurs avant-contrats pour parvenir au résultat recherché par le législateur. La jurisprudence et la doctrine sont venues corriger et modeler avec le temps lesdites formules.

4231 **– Une condition implicite. –** Il en résulte une première constatation : lors de l'établissement de l'avant-contrat, en raison du caractère d'ordre public des dispositions de la loi et de cette affirmation répétée par la jurisprudence en se référant à l'objectif de protection poursuivi par la loi, la condition suspensive d'obtention de prêt doit être stipulée, et, à défaut, « le contrat est considéré comme conclu sous la condition suspensive prévue à l'article L. 313-41 du Code de la consommation ».

La condition suspensive ne peut donc être éludée par la volonté des parties sans tenir compte de la réalité du financement ou encore par leur silence.

La jurisprudence est d'ailleurs à cet égard très stricte et consacre, au travers de différents arrêts, le caractère implicite de la condition.

Ainsi, en l'absence d'indication dans une promesse de vente d'immeuble sur le point de savoir si le prix sera payé, directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un prêt, et le prêt ayant été néanmoins sollicité, il a été jugé que le contrat doit, par application de l'article L. 312-16, alinéa 2 du Code de la consommation, être considéré comme conclu sous la condition suspensive de l'obtention de ce financement ; la preuve qu'un tel prêt a bien été sollicité se fait par tous moyens, les textes protecteurs du consommateur n'imposant aucun délai pour effectuer la demande (477).

De même, la condition suspensive est dès lors présumée lorsqu'il n'est pas établi que l'acquéreur a valablement et expressément renoncé en toute connaissance de cause au bénéfice de la loi du 13 juillet 1979 parce qu'il n'avait alors nulle intention de recourir à un prêt (478).

Il résulte également d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 1987 (479) que l'acquéreur ne peut se soustraire lui-même valablement à la protection par une déclaration mensongère, fût-ce pour dissuader son vendeur de lui préférer quelqu'un qui, n'ayant pas besoin de prêt, pourrait s'engager d'emblée, sans condition. En l'espèce, la « fraude à la loi » établie, la loi devenait applicable et la promesse implicitement conditionnelle alors que si l'acquéreur n'avait pas eu l'intention de recourir à un prêt l'avait alors mentionné en toute sincérité, la condition suspensive n'eût pas été établie (480).

Il résulte des dispositions ci-dessus une présomption de recours à un prêt que seules à la fois l'indication de non-recours à un prêt et la mention manuscrite sont capables d'écarter.

Mais ces règles ne doivent pas faire oublier qu'à l'inverse, si l'acte indique, en l'absence de tout comportement frauduleux, que le prix sera payé sans l'aide d'un prêt et que l'acquéreur appose la mention manuscrite exigée par l'article L. 312-7, alinéa 1er du Code de la consommation, le jeu de la condition suspensive est définitivement écarté quand bien même un prêt serait sollicité par la suite.

Dès lors, il convient d'être attentif à toute déclaration mensongère ou comportement frauduleux de l'acquéreur lors de l'établissement de l'avant-contrat, car ce dernier pourra, par la suite, prouver par tous moyens qu'il a néanmoins eu recours à un prêt, et ainsi demander l'application du statut protecteur et être délié de tout engagement.

L'intention réelle de l'acquéreur doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat et doit être sincère à cet instant, peu importe que le contractant change d'avis par la suite et qu'il décide *a posteriori* de recourir à un prêt pour le financement de l'opération. Cette intention réelle pourra s'établir par tous moyens et notamment des échanges de courriers ou de courriels antérieurs à l'avant-contrat.

De manière générale, si le formalisme strict que les textes imposent n'est pas respecté dans ses moindres détails, le contrat sera considéré comme conclu sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt. La pratique a donc eu recours de manière systématique à une

(477) Cass. 3e civ., 10 déc. 1986, no 85-16.144 : *JurisData* no 1986-002685. – Cass. 3e civ., 12 févr. 2014, no 12-27.182, FS-P+B+I : *JurisData*no 2014-002123.

(478) CA Paris, 2e ch. B, 27 mai 1987, *Tran sy Don* c/ *SA Gebat Construction*.

(479) Cass. 1re civ., 10 mars 1987 : *JCP* N 1987, II, p. 191, obs H. Thuillier ; *Defrénois* 1987, art. 34078, note G. Morin ; *D.* 1987, 577, note G. Morin.

(480) J.-L. Breger : *JCP* N 8 juill. 1988, no 27, 100706.

condition suspensive expresse d'obtention de prêt. Cette condition expresse a rapidement fait l'objet d'aménagements contractuels afin de définir avec précision les conditions du prêt envisagé.

Une condition expresse encadrée. L'objectif premier de ces aménagements contractuels était de rendre la condition la plus loyale possible vis-à-vis du vendeur, d'une part, en définissant avec une précision suffisante des prêts de nature à permettre le financement de l'acquéreur et compatibles avec ses facultés et, d'autre part, éviter que l'acquéreur soit seul à pouvoir apprécier la qualité des offres de prêt qui lui seraient faites, et ce de manière arbitraire. Ces aménagements contractuels n'ont certes pas de justification légale, mais n'en demeurent pas moins valables et il convient d'être vigilant dans leur rédaction. Ils ont d'ailleurs été régulièrement soumis à l'interprétation des tribunaux.

– Appréciations jurisprudentielles. – De l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, il se dégage un principe : ces aménagements ne doivent pas conduire à accroître les exigences de l'article L. 313-41 du Code de la consommation. Ainsi les clauses n'accroissant pas les exigences de l'article L. 313-41 du Code de la consommation sont celles qui ne font qu'apporter des précisions sur le prêt demandé par l'acquéreur, sur la durée de la période conditionnelle ou qui augmente la protection prévue par la loi, et notamment celles qui apportent des précisions sur le montant du prêt, sa durée et son taux d'intérêt ou sur la durée de la période conditionnelle. Ces précisions permettent, en cas de conflit, d'effectuer un contrôle objectif sur le respect par l'acquéreur de son obligation d'effectuer une demande de prêt. **4232**

À ce sujet, l'acquéreur ne disposant pas d'une offre de prêt au stade de l'avant-contrat, ni même parfois d'une simulation bancaire, n'a pas forcément une vision claire de son financement. Il est donc important de ne mentionner dans la condition que des limites conformes aux conditions générales du marché. De même, il convient d'être prudent sur les déclarations qui mentionnent que l'emprunt sollicité ne dépasse pas les capacités financières de l'acquéreur. Ce dernier est un non-professionnel de l'immobilier qui n'est pas toujours capable de connaître avec précision ses capacités d'emprunt.

Il nous semble important, dans le cadre du devoir de conseil, d'inciter l'acquéreur à solliciter une simulation bancaire de financement avant la signature de l'avant-contrat.

À l'inverse, les clauses accroissant les exigences de l'article L. 313-41 du Code de la consommation sont régulièrement condamnées par la Cour de cassation. La conséquence en est toujours la même : le non-respect des clauses accroissant les exigences de l'article 313-41 du Code de la consommation par l'acquéreur ne permet pas de retenir que la condition d'obtention du prêt est réputée acquise. Ces clauses sont réputées non écrites sans que l'on puisse précisément les déterminer (481).

Nous citerons ici les décisions les plus importantes :

Ainsi l'article L. 313-41 du Code de la consommation dispose que la condition suspensive ne peut être inférieure à un mois à compter de la signature de l'acte. La pratique a donc envisagé une dissociation entre le délai de la réalisation de la condition suspensive et le délai de dépôt de la demande de prêt.

Imposer un délai plus court à l'acquéreur-emprunteur pour déposer une demande de prêt n'est pas forcément contraire à son intérêt, le but étant généralement de l'obliger à faire

(481) V. Zalewski-Sicard, *Vente d'immeuble et condition suspensive d'obtention de prêt*, Université de Corse, 7 avr. 2014.

diligence pour consulter les banques et par là même de fixer le vendeur sur sa capacité à financer le bien dans les plus brefs délais.

La Cour de cassation a décidé qu'il n'était pas possible d'imposer une quelconque obligation contractuelle à l'application d'un texte d'ordre public (482).

Cette position a été confirmée dans plusieurs arrêts, et notamment ceux du 6 juillet 2005 (483) et du 12 février 2014 (484) dans lesquels la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « les dispositions d'ordre public de l'article L. 312-16 du Code de la consommation interdisent d'imposer à l'acquéreur de déposer une demande de crédit dans un certain délai, cette obligation contractuelle étant de nature à accroître les exigences de ce texte ».

Nous rejoignons ici la position de nos confrères, lors du Congrès de 2011 sur le financement (485), sur le fait que « **cela ne veut pas dire qu'il n'est pas possible de stipuler une condition de date minimum de dépôt, mais plus exactement que cette clause ne pourra avoir pour effet de considérer la condition suspensive comme réalisée avant un délai de trente jours (à défaut de dépôt dans le délai prévu) (…) il y a une forme de sacralisation du délai de trente jours : pendant ce délai, aucun mécanisme contractuel ne peut mettre en échec la condition suspensive en la réputant réalisée ou défaillie contre la volonté de l'acquéreur** ».

4233 – Mise en œuvre de la condition suspensive légale de prêt et pratique notariale. – La pratique notariale actuelle consistant à demander à l'acquéreur de justifier du dépôt de sa demande de prêt auprès d'un établissement bancaire dans le mois de la signature de l'avant-contrat nous paraît être une bonne pratique non susceptible de remise en cause, sauf cas particulier.

La question du point de départ du délai, notamment de le fixer à la date de fin du délai de rétractation, ne semble pas être pertinente, la loi Scrivener ayant été adoptée bien avant la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (dite « loi SRU »).

De même, il est d'usage de préciser la durée exacte de validité de la condition suspensive. À ce sujet, un délai de l'ordre de deux mois paraît généralement conseillé.

Concernant le développement de l'obligation de solliciter plusieurs offres de prêt, nous constatons ici que la jurisprudence ne présente pas toujours la même sévérité. Ainsi et *a priori*, il peut être soutenu qu'il ne peut être imposé à l'acquéreur d'effectuer plusieurs demandes de prêt car cela conduit à accroître les exigences de l'article L. 313-41 du Code de la consommation. Dès lors, si l'acquéreur prouve qu'il a bien réalisé une demande de prêt conforme à ce qui est prévu dans le contrat et qu'il ne l'a pas obtenu, la condition suspensive du prêt ne devrait pas être réputée accomplie. Pour autant, ce n'est pas la solution qu'a retenue la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2008. Elle a estimé que la condition suspensive pouvait être considérée comme réalisée dès l'instant où l'acquéreur ne présentait qu'un refus de prêt, alors que l'avant-contrat stipulait qu'il s'engageait à effectuer une demande notamment auprès d'une banque déterminée (486).

(482) Cass. 1re civ., 28 janv. 1992 ; *Bull. civ.* 1992, I, no 35.
(483) Cass. 3e civ., 6 juill. 2005 : *JurisData* no 2005-029355.
(484) Cass. 3e civ., 15 janv. 2014, no 12-28.362.
(485) 107e Congrès des notaires de France, Cannes, 2011, *Le financement*.
(486) Cass. 1re civ., 22 mai 2008 : *Contrats, conc. consom.* 2008, no 11, obs. Raymond.

En conséquence, il semble possible de stipuler une obligation pour l'emprunteur d'avoir à déposer une demande de prêt auprès de plusieurs organismes bancaires et d'avoir à produire plusieurs refus de prêt pour obtenir la garantie de la condition suspensive.

Sur cette obligation conventionnelle de présenter plusieurs demandes de prêt, l'arrêt rendu par la Cour de cassation apporte une précision intéressante en validant, pour l'acquéreur, la possibilité de satisfaire à cette obligation en recourant à un courtier en prêt.

Conseil pratique

Dans la pratique, si l'acquéreur n'a pas l'intention de recourir à plusieurs banques ni à un courtier, mais seulement de faire appel à sa banque habituelle, il sera malvenu à notre sens de lui imposer de solliciter plusieurs banques. À l'inverse, s'il entend faire jouer la concurrence des banques, notamment en ayant recours à un courtier, la clause pourra être envisagée. Dans cas, il reviendra au notaire de bien expliquer à l'acquéreur novice, dans le cadre de son devoir de conseil, les obligations engendrées par une telle clause, notamment la production de plusieurs refus de prêt, impliquant le dépôt de plusieurs demandes de prêt, et non de simples simulations.

4234 **– Mention manuscrite et modalités d'application. –** S'agissant de la mention manuscrite, la simple indication, dans l'avant-contrat, que l'opération sera financée sans l'aide d'un prêt est insuffisante pour le faire échapper à la condition suspensive protectrice des droits de l'acquéreur.

L'article L. 313-42 du Code de la consommation prescrit, en outre, que l'acte porte, de la main de l'acquéreur, une mention par laquelle il reconnaît avoir été informé que s'il recourt néanmoins à un prêt, il ne pourra se prévaloir des dispositions relatives au crédit immobilier.

À titre d'exemple, il a été décidé que la simple mention « je renonce au statut protecteur de la loi du 13 juillet 1979 » ne répond pas aux exigences légales, car l'acquéreur doit avoir été informé que si malgré sa déclaration négative, il recourt tout de même à un prêt, il ne pourra se prévaloir de la loi préservant ses droits (487). De même, la mention prérédigée d'un acte selon laquelle l'acquéreur déclare réaliser l'acquisition sur ses propres fonds et deniers ne suffit pas (488).

Il a également été jugé que l'on ne peut refuser la restitution de l'indemnité d'immobilisation aux acquéreurs ayant renoncé au bénéfice des dispositions de la loi du 13 juillet 1979, si la mention relative à cette renonciation a été portée dans un document distinct auquel la promesse de vente ne contient aucune référence (489). Il aurait fallu, pour qu'il en aille autrement, que la mention séparée soit référencée par la promesse (490).

Il est à noter que le fait que la mention soit manuscrite est insuffisant. Il faut qu'en plus de la forme manuscrite, donc interpellative par nature, le fond soit probant quant à la conscience qu'a eu l'acquéreur du caractère définitif de la renonciation, même dans l'hypothèse où il changerait d'avis et déciderait de recourir au crédit (491).

(487) CA Paris, 2e ch. B, 13 mai 1992 : *JurisData* n° 1992-021196 ; *JCP* N 1993, II, p. 333, note Cl. Destame ; *D.* 1992, inf. rap. p. 200.
(488) CA Rennes, 3 nov. 2005 : *JurisData* n° 2005-291847.
(489) Cass. 1re civ., 16 févr. 1994 : *JurisData* n° 1994-000409 ; *JCP* G 1994, IV, 1043.
(490) Cass. 1re civ., 22 mars 2012, n° 10-25.891.
(491) C. Destame : *JCP* N 19 nov. 1993, n° 46, 101429.

Formule de mention manuscrite

Nous rappelons ici la formule de mention manuscrite proposée par M. Dagot au lendemain de l'adoption de la loi (492) :

« JE SOUSSIGNÉ... déclare ne pas vouloir contracter d'emprunt pour le financement de la présente acquisition. Je reconnais en outre avoir été informé que si je recours néanmoins à un prêt, je ne pourrai me prévaloir du bénéfice de la loi du 13 juillet 1979 prévoyant qu'en cas de financement par un prêt, la vente doit être conclue sous condition suspensive de l'obtention du prêt ».

4235 – Combinaison de la condition suspensive de prêt et de la mention manuscrite. – Concernant à présent la nécessité de cumuler la condition d'obtention de prêt et la mention manuscrite, on notera avec intérêt un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai (493). Selon la cour, « il résulte clairement de ces textes que les dispositions de l'article L. 315-15 du Code de la consommation sont applicables en cas de financement par le biais d'un emprunt, que celui-ci porte sur la totalité du montant à payer ou seulement sur une partie de ce montant. Les dispositions de l'article L. 312-17 ne s'appliquent qu'aux acquisitions faites sans aucun concours bancaire ». À ce sujet, nous partageons l'avis de Me Anthony Birraux, notaire (494), selon lequel « la pratique consistant à cumuler la condition suspensive d'obtention de prêt avec une mention manuscrite nous paraît donc infondée en l'état actuel des textes et de la jurisprudence ».

Focus

Selon nous, par une lecture littérale de l'article L. 313-42 du Code de la consommation, dès lors que l'acquéreur a recours à un prêt total ou partiel pour financer son acquisition, la mention manuscrite n'est pas obligatoire.

En effet, l'article L. 313-42 précité exige la mention manuscrite si l'acquéreur n'a pas recours à un prêt. On en déduit *a contrario* que lorsque l'acquéreur déclare avoir recours à un prêt, la mention manuscrite n'est pas nécessaire.

4236 – Mention manuscrite et actes instrumentaires. – L'article L. 313-42 du Code de la consommation ne distingue pas, à propos de la mention manuscrite, entre acte authentique et acte sous seing privé.

Depuis la loi no 2011-331 du 28 mars 2011, l'article 1369 du Code civil dispose que : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». La mention manuscrite n'est donc plus à présent obligatoire que pour les actes sous seing privé.

La suppression de l'obligation de faire figurer la mention manuscrite de l'article L. 313-42 du Code de la consommation dans les actes notariés emporte à notre sens un renforcement

(492) *Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur-emprunteur (Loi du 13 juillet 1979)* : *JCP* 1980, I, p. 1, spéc. p. 17.
(493) CA Douai, 1re ch., sect. 1, 10 oct. 2011, no 10/04914.
(494) Libres propos *in JCP* N 25 juill. 2014, no 30.

du devoir de conseil du notaire. Il lui revient donc de se réserver la preuve de l'information délivrée à l'acquéreur (495).

Conclusion

Gageons que le développement du recours aux avant-contrats authentiques par les notaires viendra tarir le contentieux lié à la mention manuscrite. D'une part, en raison de l'absence de recopiage de la mention dans les actes authentiques et, d'autre part, en raison de la solennité de l'acte reçu par le notaire. En effet, la protection de l'acquéreur est pleinement assurée par le notaire, *via* l'acte authentique, ce dernier étant le garant de la délivrance d'une information complète à l'acquéreur et du contrôle de la bonne compréhension et de la renonciation en pleine conscience de l'acquéreur à la protection. Il convient de souligner que depuis de nombreuses années déjà, le notaire, de par les explications données aux parties lors du rendez-vous de signature de l'avant-contrat, au-delà de la rédaction des clauses dans l'acte, assure la bonne compréhension par l'acquéreur et le vendeur de leurs droits et obligations dans l'application de la condition suspensive de prêt.

Au-delà de l'établissement de la condition suspensive légale, la difficulté essentielle en pratique semble concerner l'appréciation de l'accomplissement de la condition suspensive de prêt dans le délai prévu.

Il convient de définir ce que l'on entend par obtention des prêts, car de cette définition dépend l'appréciation de l'accomplissement de la condition suspensive exigée par les textes et les conséquences qui s'y attachent.

Sous-section II La réalisation de la condition suspensive légale

4237 **– À la recherche de l'événement constitutif de la condition suspensive de prêt. –** Aux termes de l'article L. 313-41 du Code de la consommation, l'événement constitutif de la condition suspensive à laquelle doit être soumise l'opération immobilière est « l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement ». La notion d'obtention du prêt, très importante en pratique, a soulevé de sérieuses difficultés, dès la promulgation de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 et a donné lieu à de nombreux commentaires. Si l'on examine le contentieux auquel la loi du 13 juillet 1979 a donné lieu, c'est au sujet de cette notion d'obtention de prêt que la jurisprudence a dû à maintes reprises se prononcer. Ainsi la difficulté réside notamment dans la nécessité d'une participation active de l'une des parties à la réalisation de la condition. Cette difficulté est renforcée lorsque la condition est d'origine légale et d'ordre public. Dans la pratique, la diversité et la complexité des situations rencontrées engendrent une insécurité préjudiciable à tous et des solutions incertaines qu'il faut essayer de clarifier.

La clarification passe par une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation.

4238 **– Notion d'obtention de prêt. –** La notion d'obtention de prêt, élément essentiel de la réalisation de la condition, n'étant pas définie par le législateur, elle a longtemps divisé la doctrine quant à sa compréhension : se réalise-t-elle par la seule acceptation donnée par l'acquéreur à l'offre de prêt ou doit-elle être considérée comme acquise du seul fait de la formulation par la banque d'une offre de prêt correspondant aux besoins de l'acquéreur (496) ? Confrontée à cette interrogation, la Cour de cassation a écarté le système de l'acceptation qui introduisait un critère subjectif, voire potestatif ; la condition suspensive de

(495) D. Montoux : *JCl. Construction-Urbanisme*, V° *Protection de l'acquéreur-emprunteur*.
(496) C. Coutant-Lapalus et F. Collard : *JCP* N 3 mai 2013, n° 18, 1120.

l'obtention d'un prêt « est réputée réalisée dès la présentation par un organisme de crédit d'une offre régulière correspondant aux caractéristiques du financement de l'opération stipulées par l'emprunteur » (497).

De même, l'offre de prêt doit être ferme et sans réserve (498). Dès lors, l'accord de l'établissement bancaire sous réserve de l'acceptation à l'assurance des emprunteurs est considéré comme une offre sous condition. Ainsi, en cas de refus de l'assureur, la condition suspensive de l'obtention d'un prêt est censée ne jamais s'être réalisée (499).

En revanche, l'accord de principe délivré aux acquéreurs ne constitue pas une offre de prêt (500).

4239 – Réalisation ou défaillance de la condition. – Dans quels cas peut-on considérer la condition défaillie ou, au contraire, réputée accomplie ?

L'article 1178 du Code civil dispose qu'une condition est réputée acquise lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. Il est dès lors nécessaire de rechercher l'origine de la défaillance.

Les praticiens tentent de limiter le contentieux prévisible lié à l'application de la condition suspensive de prêt en prenant soin de stipuler très précisément les obligations faites à l'acquéreur-emprunteur et notamment en leur imposant une obligation d'information sur l'état d'avancement du dossier (dépôt des demandes de prêt et transmission de l'offre de prêt dès réception). Néanmoins, le contentieux en la matière ne se tarit pas en raison de la facilité pour l'acquéreur à faire défaillir la condition.

Ainsi, après avoir admis avec une certaine automaticité que toute sollicitation d'un prêt non conforme aux caractéristiques définies dans l'avant-contrat de vente s'analysait en une faute de l'acquéreur-emprunteur (501), la Cour de cassation a introduit la nécessité de la preuve par le vendeur d'un lien causal entre la faute du débiteur et le refus de l'organisme financier (502). Néanmoins, plusieurs arrêts de la Cour de cassation sont, depuis, apparus en rupture avec cette évolution. Selon un arrêt du 16 janvier 2013 (503), la troisième chambre civile de la cour a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que le seul fait de demander un prêt d'un montant supérieur à ce qui est stipulé dans l'avant-contrat suffit à établir que le débiteur est à l'origine de l'empêchement de la réalisation de la condition. De même, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 juin 2017 (504), a décidé que la condition suspensive était réputée accomplie du seul fait que l'acquéreur ne justifiait pas d'une demande de prêt conforme aux caractéristiques stipulées dans l'acte, sans avoir à procéder à des recherches complémentaires pour s'assurer qu'une demande conforme aurait été de toute façon refusée.

Ces arrêts consacrent l'existence d'une présomption causale entre le non-respect de la clause et le refus de l'établissement. Ainsi solliciter une somme plus importante que celle initialement

(497) Cass. 1re civ., 9 déc. 1992 : *JurisData* no 1992-002706. – Cass. 1re civ., 2 juin 1993 : *Defrénois* 1994, art. 35746, no 24, note D. Mazeaud. – Cass. 3e civ., 7 nov. 2007, no 06-17.413 : *JurisData* no 2007-041253.
(498) Cass. 3e civ., 27 janv. 2009, no 06-15.964 : *JurisData* no 2009-046781.
(499) Cass. 3e civ., 23 juin 2010, no 09-15.963 : *JurisData* no 2010-010084.
(500) Cass. 3e civ., 7 nov. 2007, no 06-17.413 : *JurisData* no 2007-041253.
(501) Cass. 1re civ., 13 nov. 1997, no 95-18.276 : *JurisData* no 1997-004412. – Cass. 1re civ., 19 juin 1990, no 88-16.196 : *JurisData* 1990-701765 ; *JCP* N 1991, II, p. 80. – Cass. 1re civ., 7 avr. 2009, no 08-15-896 : *AJDI* 2009, p. 477.
(502) Cass. 3e civ., 26 mai 2010, no 09-15.317 : *JurisData* no 2010-007177 ; *Constr.-urb.* 2010, comm 107, note P. Cornille. – Cass. 3e civ., 7 nov. 2007, no 06-14.227 : *JurisData* no 2007-041447 ; *RD imm.* 2008, p. 262, obs. H. Heugas-Darraspen. – Cass. 3e civ., 12 sept. 2007, no 06-15.640 : *JurisData* no 2007-040336 ; *Bull. civ.* 2007, III, no 143 ; *D.* 2008, note Martin.
(503) Cass. 3e civ., 16 janv. 2013, no 11-26.557 : *RD imm.* 2013, p. 149, obs. H. Heugas-Darraspen.
(504) Cass. 1re civ., 22 juin 2017, no 16-16.672.

prévue fait présumer que cet élément est à l'origine du rejet de la demande (505). Une présomption de causalité qu'il serait pertinent d'appliquer également lorsque le demandeur n'a formulé aucune demande ou a attendu les derniers jours pour solliciter l'établissement bancaire.

La mouvance de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière s'analyse en une tentative de trouver un juste équilibre entre la protection de l'acquéreur-emprunteur voulue par le législateur et la loyauté dans l'exécution du contrat. Par la sollicitation d'un emprunt d'un montant supérieur à ce que prévoyait l'avant-contrat, l'acquéreur a empêché la réalisation de la condition qui est alors réputée acquise.

– Conséquences de la défaillance de la condition suspensive. – Il n'est pas possible de réputer le dépôt de garantie acquis au vendeur en cas de non-réalisation de la condition suspensive sans rechercher le comportement fautif de l'acquéreur. La rédaction de la clause à ce sujet est importante afin de ne pas laisser croire au vendeur que le dépôt de garantie lui sera systématiquement acquis en cas de non-obtention du prêt par l'acquéreur. **4240**

De même, lorsque l'acquéreur n'a pas justifié de l'obtention ou du refus de son prêt dans le délai contractuellement prévu à l'avant-contrat, on ne peut en déduire que la condition suspensive est réputée accomplie. La fin du délai contractuel permet simplement au vendeur de mettre en demeure l'acquéreur de justifier de l'obtention de son prêt.

En revanche, l'absence de réponse de l'acquéreur dans un certain délai rend le contrat caduc, et l'acquéreur ne peut récupérer son dépôt de garantie que s'il justifie qu'il a effectué une demande de prêt conforme aux caractéristiques définies dans l'avant-contrat. Ainsi, lorsque le défaut de réalisation de la condition est imputable à l'acquéreur, la condition étant « réputée accomplie », la vente devrait être parfaite. Mais puisque l'acquéreur ne peut pas payer le prix faute de prêt, il est le plus souvent jugé que le dépôt de garantie ou l'acompte doit être versé au vendeur lorsque les parties sont engagées dans une promesse synallagmatique de vente (506).

Il est à noter que le séquestre de l'indemnité d'immobilisation ne peut en restituer le montant à l'**acquéreur** qu'à partir du moment où il est établi que la condition suspensive n'est pas accomplie (507). De même, commet une faute le séquestre qui restitue les sommes versées au vendeur sans l'accord de l'acquéreur et sans disposer d'une décision de justice tranchant le litige entre les parties (508).

Le rôle du notaire dans le suivi de la condition suspensive de prêt

Dans le cadre de son devoir de conseil, il est impératif pour le notaire, au risque de voir sa responsabilité engagée, d'une part, d'avertir l'acquéreur-emprunteur des risques encourus en cas de demande de prêt non conforme aux stipulations contractuelles et, d'autre part, de le sensibiliser lors de l'avant-contrat et de le relancer ultérieurement dans le cadre du suivi du dossier, afin qu'il lui transmette dans les délais impartis l'attestation de dépôt de prêt émanant d'un établissement bancaire et la preuve de ses échanges avec ce dernier afin de prouver sa bonne foi en cas de non-obtention du prêt dans le délai.

(505) Cass. 3e civ., 19 mai 1999 : *RD imm.* 1999, p. 420, obs J.-Cl. Groslière.
(506) Cass. 3e civ., 15 juin 2017, no 16-13.530. – Cass. 1re civ., 22 juin 2017, no 16-16.672. – Cass. 3e civ., 19 janv. 2017, no 15-17.145 : *Bull. Cridon Paris* 1er mai 2019, propos B. Nitot-Dorlencourt.
(507) Cass. 1re civ., 13 nov. 1998 : *Defrénois* 1998, art. 36753-30, note J.-L. Aubert.
(508) CA Orléans, 16 mai 2011 : *JurisData* no 2011-010164.

4241 – Possibilité de renoncer à la condition suspensive de prêt. – La question se pose de l'attitude à adopter lorsque le délai contractuel est écoulé sans réponse de l'organisme financier, mais que ni l'acquéreur ni le vendeur ne souhaitent invoquer la défaillance de la condition suspensive et donc la caducité de l'avant-contrat. L'acquéreur peut-il valablement renoncer à la condition suspensive ou bien le vendeur est-il contraint d'accepter une prorogation du délai de réalisation de la condition suspensive ?

La condition suspensive d'obtention de prêt est une condition stipulée dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur-emprunteur. La réforme du droit des contrats a consacré à l'article 1304-4 du Code civil : « Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli ». Dans notre hypothèse, l'acquéreur peut renoncer au bénéfice de cette condition. Cette renonciation devra être assortie de la mention manuscrite prévue à l'article L. 313-42 du Code de la consommation aux termes d'un avenant. Il est à noter que, depuis la réforme du droit des contrats, il n'est pas certain que l'acquéreur puisse renoncer à la condition suspensive jusqu'à la date de réitération prévue pour l'avant-contrat. Dès lors, le nouvel article 1304-4 du Code civil n'étant pas d'ordre public, il est conseillé de prévoir dans l'avant-contrat la possibilité pour l'acquéreur de renoncer à se prévaloir des effets de la défaillance de la condition après son délai de réalisation.

Afin de ne pas laisser le vendeur dans l'incertitude, il est également conseillé de préciser un délai dans lequel l'acquéreur peut efficacement renoncer. Passé ce délai, la promesse de vente sera caduque sans formalité.

Proposition de rédaction de condition suspensive d'obtention de prêt à insérer dans un avant-contrat

« Les parties déclarent que la présente condition suspensive est stipulée dans le seul intérêt de l'acquéreur, ce dernier pouvant renoncer à son bénéfice et notifier jusqu'à la date prévue de levée d'option ou jusqu'à la date de réitération ou dans le délai de huit jours suivant la mise en demeure. À défaut de réception des informations dans le délai fixé, le PROMETTANT aura la faculté de mettre le BÉNÉFICIAIRE en demeure de lui justifier sous huitaine de la réalisation ou de la défaillance de la condition, et dans ce cas s'il le souhaite de sa renonciation. Cette demande devra être faite par lettre recommandée avec avis de réception au domicile ci-après élu.

Passé ce délai de huit jours sans que le BÉNÉFICIAIRE ait apporté les justificatifs, ou manifesté sa volonté de renoncer au bénéfice de la condition, elle sera censée défaillie et les présentes seront donc caduques de plein droit, sans autre formalité, et ainsi le PROMETTANT retrouvera son entière liberté mais le BÉNÉFICIAIRE ne pourra recouvrer l'indemnité d'immobilisation qu'il aura, le cas échéant, versée jusqu'après justification qu'il a accompli les démarches nécessaires pour l'obtention du prêt, et que la condition n'est pas défaillie de son fait ; à défaut, l'indemnité d'immobilisation restera acquise au PROMETTANT » (509).

4242 – Propos conclusifs. – Face au constat d'un contentieux encore d'actualité et d'une jurisprudence non tranchée en raison, d'une part, du caractère d'ordre public de la loi Scrivener et, d'autre part, du caractère subjectif de la notion d'obtention de prêt, ne pourrait-on pas, dans le but de mieux concilier la nécessaire protection de l'emprunteur et la sécurité et la célérité des transactions, envisager une réforme de la loi Scrivener ?

(509) Formule proposée par B. Nitot-Dorlencourt : *Bull. Cridon Paris* 1er mai 2019.

En effet, le retard et l'incertitude apportés à la formation du contrat par l'exigence de la condition suspensive d'obtention de prêt sont souvent perçus en pratique comme source d'inutiles lenteurs et d'insécurité.

Dès lors, si l'on suivait les propositions du 82e Congrès des notaires de France (510) et de différents auteurs, notamment M. Bergel dont il est ici cité les propos, « **il conviendrait d'inverser le mécanisme actuel en permettant aux banques et aux établissements financiers de délivrer *a priori* des offres de prêt possibles, limitées dans le temps, fixant le montant et les caractères des prêts qu'ils seraient disposés à consentir à un emprunteur potentiel déterminé, pour quelque opération que ce soit, remplissant des conditions minimales** ».

Le bénéficiaire d'une telle offre pourrait alors immédiatement s'engager dans un projet immobilier, à condition de ne pas dépasser l'enveloppe prévue par l'offre de prêt. Ainsi, lors de l'avant-contrat, la condition suspensive de l'obtention des prêts serait inutile puisque les prêts nécessaires seraient déjà obtenus, **et la protection équilibrée des intérêts du vendeur et de l'acquéreur serait assurée**.

Un autre dispositif, également issu du développement de la volonté du législateur de protéger le consommateur, a été étendu vingt plus tard à la vente du logement ancien (511).

Il s'agit de l'instauration d'un droit général de rétractation et réflexion, issus de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains no 2000-1208 du 13 décembre 2000.

Section II Les lois SRU-ENL : l'instauration de délais de rétractation et de réflexion dans la vente du logement ancien, comme mode de protection du consentement de l'acquéreur

4243 La loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains no 2000-1208 du 13 décembre 2000, dite « loi SRU », est venue renforcer les obligations d'information et de protection de l'acquéreur immobilier. Le législateur a voulu lutter contre les engagements impulsifs des acquéreurs, source de déconvenue pour la mise en place des financements de l'acquisition, et d'insécurité juridique pour le vendeur.

Néanmoins, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (Loi SRU, art. 72) instaurant les délais de rétractation et de réflexion pour l'acquéreur non professionnel de locaux à usage d'habitation, modifié à plusieurs reprises et dernièrement par la loi Élan no 2018-1021 du 23 novembre 2018, suscite, depuis son entrée en vigueur, des difficultés, d'une part quant à son champ d'application, et d'autre part quant au formalisme de la notification.

Sous-section I Le champ d'application des délais de rétractation et de réflexion

4244 **– Délai de rétractation ou délai de réflexion ? –** L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation a instauré à l'origine un délai de rétractation et de réflexion

(510) Nice, 1986, *Les garanties du financement*.

(511) Il existait déjà en matière de vente en l'état futur d'achèvement suite à la loi no 89-1010 du 31 décembre 1989, dite « loi Neiertz ».

de sept jours dans la vente immobilière du logement. Cet article a été modifié à plusieurs reprises. La loi nº 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, dite « loi ENL », est revenue sur la nature de la protection de l'acquéreur initialement édictée par la loi SRU. Dans sa rédaction antérieure, l'article réservait un régime différent aux actes et promesses passés sous seing privé et à ceux dressés en la forme authentique. Seuls les actes sous seing privé connaissaient un véritable droit de rétractation. La solennité de l'acte authentique avait conduit le législateur à retenir, dans ce cas, un délai de réflexion afin d'éviter la remise en cause *a posteriori* de ce type d'acte. Compte tenu des difficultés rencontrées dans l'application pratique de cette distinction, la loi ENL a généralisé le délai de rétractation aux actes sous seing privé et authentiques et a instauré le procédé de remise en main propre de l'avant-contrat.

La seule exception étant les ventes conclues en la forme authentique non précédées d'un avant-contrat. Cette hypothèse, rare en pratique, est restée soumise au délai de réflexion.

La loi nº 2015-990 du 6 août 2015, quant à elle, a porté ledit délai de sept jours à dix jours.

4245 – Les termes de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. – La rédaction actuelle de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (modifié dernièrement par la loi nº 2018-1021 du 23 novembre 2018) est la suivante :

« Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.

Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes.

Lorsque l'acte est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente, cet acte peut être remis directement au bénéficiaire du droit de rétractation. Dans ce cas, le délai de rétractation court à compter du lendemain de la remise de l'acte, qui doit être attestée selon des modalités fixées par décret.

Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, les dispositions figurant aux trois alinéas précédents ne s'appliquent qu'à ce contrat ou à cette promesse.

Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est dressé en la forme authentique et n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la notification ou de la remise du projet d'acte selon les mêmes modalités que celles prévues pour le délai de rétractation mentionné aux premiers et troisièmes alinéas. En aucun cas l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai de dix jours.

Les actes mentionnés au présent article indiquent, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux conditions et aux modalités d'exercice du droit de rétractation ou de réflexion.

Tout manquement à l'obligation d'information mentionnée à l'avant-dernier alinéa est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une

personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. Cette amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre V du Code de la consommation ».

Il ressort de l'analyse dudit article trois éléments cumulatifs permettant de déterminer le domaine d'application du régime de protection : les actes visés, l'immeuble à acquérir, l'acquéreur protégé.

– Les actes concernés. – À la lecture des dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, il ressort que les actes concernés par la protection sont expressément visés par le législateur. Il s'agit de : **4246**

- l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation ;
- la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété ;
- la vente de l'immeuble à construire ;
- la location-accession à la propriété immobilière ;
- la construction.

Pour l'essentiel, on retiendra qu'il s'agit de la vente d'immeuble.

Des questions se sont posées concernant les acquisitions autres que la vente, notamment les dations en paiement, les échanges, les apports en société, la contrepartie dans ces cas n'étant pas en argent. Si l'on développe l'idée de protection de l'acquéreur voulue par le législateur afin d'éviter un engagement trop précipité, une application extensive du texte semble possible à ces actes.

Néanmoins, il est entendu que lorsque l'acte a un caractère gratuit ou déclaratif (comme le partage), la protection n'est pas applicable. L'hésitation est permise en cas de partage avec soulte ou même d'acquisition de droits indivis par un coïndivisaire, que cette acquisition fasse ou non à son occasion cesser l'indivision. Si l'on s'attache à la nature juridique de l'opération, il s'agit d'un partage non prévu par le texte légal. Si l'on considère le résultat économique de l'opération, un partage avec soulte sera souvent proche d'une acquisition.

S'agissant des droits sociaux visés par le texte, il s'agit de ceux des sociétés d'attribution et des sociétés coopératives d'attribution qui ne sont pas encore partagées. La cession de parts de société civile immobilière est donc exclue de la protection.

– Immeuble à usage d'habitation. – L'application de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation est expressément limitée, d'une part, aux immeubles (ou assimilé pour certains droits sociaux) et, d'autre part, à l'usage d'habitation. **4247**

En effet, l'article ne mentionne que « l'immeuble à usage d'habitation ». Il en résulte que l'immeuble entièrement commercial ou professionnel ne relève pas de cet article. Il en est de même pour les immeubles à usage d'habitation et commercial, ou professionnel et commercial, le texte ne visant pas les immeubles mixtes. La Cour de cassation a rendu une décision en ce sens dans un arrêt du 30 janvier 2008 (512). Se référant à la lettre de la loi, l'arrêt retient que « l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ne mentionnant dans son champ d'application que les immeubles à usage d'habitation, ses dispositions ne sont pas applicables aux immeubles à usage mixte ».

Il est à noter que cet attachement de la Cour de cassation à la seule lettre du texte entraîne une fragmentation de la législation. En effet, dans le secteur protégé, les dispositions s'étendent aux immeubles à usage mixte et professionnel.

(512) Cass. 3e civ., 30 janv. 2008 : *JCP* N 2008, 11197, obs. P. Piédelièvre.

S'agissant à présent de la nature du droit immobilier acquis, le texte n'apporte aucune précision, mais par interprétation il a été conclu que les dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation s'appliquent non seulement pour les droits démembrés, usufruit-nue-propriété, mais également pour les droits accessoires, comme l'acquisition d'une servitude ou d'une mitoyenneté.

4248 – Le cas des annexes d'un immeuble d'habitation. – Le sort des biens annexes à un immeuble d'habitation ne fait pas de difficultés lorsqu'ils sont vendus avec lui. Les caves, parkings, dépendances vendus en même temps que l'immeuble d'habitation suivent évidemment le même régime. L'opération étant globale, le droit de rétractation ou de réflexion est d'application globale. En revanche, la vente d'une dépendance isolée ne peut entrer dans le champ d'application de la loi. Deux éléments s'y opposent : la lettre du texte, dans la mesure où l'objet de la vente ne porte pas sur un immeuble d'habitation, et son esprit car l'opération est totalement étrangère à l'acquisition d'un logement ou, plus largement, d'une habitation (513).

Dans le même ordre d'idées, il est à retenir que l'acquisition d'un terrain supportant un bâtiment en ruine n'ouvre pas la faculté de rétractation.

4249 – Le cas particulier de l'acquisition d'un immeuble avec changement de destination. – En la matière, deux analyses s'opposent. D'un côté, une analyse objective qui fait prévaloir la lettre du texte. Seul importe l'usage actuel du bien au moment de l'avant-contrat ou de la vente. Il n'y pas lieu de prendre en considération l'éventuel changement de destination des lieux projeté par l'acquéreur pour déterminer si les dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation sont applicables, l'application de ce texte d'ordre public ne dépendant pas de la volonté des parties mais de la destination des biens au moment de la vente. D'un autre côté, une analyse subjective, en faisant prévaloir les intentions de l'acquéreur, l'affectation qu'il veut lui donner. Peu importe la destination initiale de l'immeuble.

La doctrine majoritaire et l'analyse de la jurisprudence récente de la Cour de cassation (514) soutiennent une approche subjective fondée sur la destination envisagée, contractualisée par les parties.

Dès lors, l'avant-contrat devra être précis sur la destination que l'acquéreur envisage : cette destination commande l'application ou la non-application du régime de protection. Des clauses devront être insérées dans la partie « destination » de l'acte afin de préciser le but poursuivi par l'acquéreur et les moyens mis en œuvre pour concrétiser son intention (demande d'autorisation et autres...).

Il convient de réserver le cas du changement de destination d'habitation vers un usage commercial : dans ce cas, l'opération étant soumise à l'obtention d'autorisations administratives, il convient de protéger l'acquéreur qui ne peut pas réaliser le projet prévu, et donc purger, dans ce cas, le délai de rétractation.

4250 – Le cas du terrain à bâtir. – Lors de l'entrée en vigueur de l'article 72 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, généralisant la règle codifiée à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, une controverse était apparue à propos de l'inclusion des terrains à bâtir destinés à la construction d'un logement dans la définition de « l'immeuble à usage d'habitation », lequel est seul visé dans le texte.

(513) V. H. Périnet-Marquet : *JCP* N 28 juin 2002, n° 26, 1390.
(514) Cass. 3e civ., 12 oct. 2017, n° 16-22.416, FS+P+B+I : *JurisData* n° 2017-020083.

Il résulte de la jurisprudence (515) et de deux réponses ministérielles (516) l'exclusion de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation dans le cas d'une acquisition de terrain à bâtir.

La réponse ministérielle à la question n° 65241 est très claire sur le sujet : « (...) dans le cas d'un terrain à bâtir, le contrat a pour objet l'acquisition de l'immeuble déterminé que constitue le terrain. L'usage direct de celui-ci n'est pas l'habitation, même si la cause du contrat ou le motif de l'acquisition est l'édification ultérieure d'un bâtiment destiné au logement » (517).

Le critère déterminant est celui de l'objet de la vente, au moment de l'avant-contrat ou de la vente. La Cour de cassation privilégie une analyse littérale du texte. Il convient de se référer à la désignation du bien dans l'acte.

Dès lors, soit l'objet de l'acte désigne un immeuble à usage d'habitation, soit il ne le désigne pas. Dans le premier cas, la faculté de rétractation est applicable. Dans le second, elle ne l'est pas, peu importe que l'avant-contrat stipule une condition suspensive d'obtention d'un permis de construire.

Rappelons que dans le régime du lotissement, on retrouve le droit de rétractation avec l'article L. 442-8 du Code de l'urbanisme. En effet, le texte prévoit qu'à compter de la délivrance du permis d'aménager, le lotisseur peut consentir une promesse unilatérale de vente indiquant la consistance du lot réservé, sa délimitation, son prix et son délai de livraison, mais la promesse ne devient définitive qu'au terme d'un délai de sept jours (le délai n'a pas été porté à dix jours, contrairement à celui prévu à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation) pendant lequel l'acquéreur a la faculté de se rétracter. Ce régime spécifique de protection en cas de vente de tels terrains à bâtir est d'évidence dérogatoire au régime général et ne se justifierait pas si ce dernier devait s'étendre à ce type de biens (518).

– L'acquéreur protégé. – Le troisième élément pour que le régime de protection soit applicable concerne l'acquéreur. Seul l'acquéreur non professionnel a droit à la protection. Que faut-il entendre par acquéreur non professionnel ? Le texte ne fournit pas de précisions. **4251**

Cette notion « d'acquéreur non professionnel » fait l'objet d'importantes interprétations en l'absence de précision.

L'acquéreur non professionnel peut être non seulement une personne physique, mais également une personne morale. En effet, dans un arrêt de principe rendu par la première chambre civile le 15 mars 2005, la Cour de cassation a considéré que la définition du non-professionnel n'exclut pas les personnes morales de la protection.

Ainsi un marchand de biens qui acquiert un bien à titre personnel peut-il bénéficier de la protection.

Il en est de même pour le particulier, propriétaire d'un patrimoine immobilier important, qui procède à des opérations immobilières régulières.

Pour orienter le raisonnement, il convient de se référer aux travaux préparatoires et débats lors de l'adoption de la loi SRU.

(515) Cass. 3e civ., 4 févr. 2016, n° 15-11.140, FS+P+B : *JurisData* n° 2016-001567 ; *JCP* N 2016, n°s 7-8, act. 303. – Cass. 3e civ., 30 janv. 2008 : *Bull. civ.* 2008, III, n° 15 ; *JCP* N 2008, n° 27, 1131, note H. Périnet-Marquet. – Cass. 3e civ., 12 mars 2014, n° 12-16.644 : *JurisData* n° 2014-005476.
(516) Rép. min. n° 63604 à M. Mey et Rép. min. n° 65241 à M. Valle.
(517) *JOAN* CR 15 oct. 2001, p. 5967.
(518) D. Boulanger : *JCP* N 24 juin 2016, n° 25, 1205.

Ainsi il a été indiqué au Sénat : « C'est contre sa propre fragilité que nous voulons protéger l'acquéreur (...) notre objectif est de protéger l'acquéreur non pas contre tel professionnel mais contre lui-même, tout simplement parce qu'un certain nombre d'engagements de ce type, qui sont excessivement importants, sont quelquefois pris un peu rapidement ».

Comme le souligne M. Périnet-Marquet (519), seule la fragilité psychologique présumée de l'acquéreur justifie donc le droit de rétractation. Il s'agit de le protéger contre son irréflexion, lors d'une acquisition qui représente une opération financière importante.

Mais comment tracer la frontière entre les acquéreurs fragiles et les autres ? Là encore, beaucoup de questions, peu de certitudes. Néanmoins, le critère du lien avec l'activité professionnelle semblerait objectif selon certains auteurs (520), car il ne nécessiterait aucune évaluation de la compétence professionnelle ou de l'aptitude psychologique à signer le contrat.

Il est conseillé, lorsque le caractère manifestement professionnel de l'acquéreur est acquis (loueur professionnel, marchand de biens), de préciser dans l'acte la raison pour laquelle le formalisme légal n'est pas mis en œuvre. Il convient de le faire approuver à l'acquéreur afin d'éviter toute contestation ultérieure de ce dernier.

En cas d'incertitude sur l'application de la loi, il est toujours préférable que le doute profite à l'acquéreur et que la protection lui soit accordée.

4252 – Le cas de l'acquisition par une société civile immobilière. – Une société civile immobilière peut-elle être considérée comme un acquéreur non professionnel bénéficiant du droit de rétractation ? À défaut d'être exclu par le texte, la Cour de cassation reconnaît le bénéfice de la protection légale aux personnes morales (521).

En matière d'acquisition par une société civile immobilière, la cour érige l'objet social en critère d'identification du caractère professionnel de l'acquéreur. Il en découle qu'elle refuse régulièrement la qualité de non-professionnel à la personne morale dont l'objet est en rapport avec l'acte d'acquisition.

Ainsi un arrêt de la Cour de cassation énonce qu'une société civile immobilière dont l'objet est l'acquisition et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés et qui procède à une acquisition en rapport direct avec son objet social n'est pas un acquéreur non professionnel et qu'elle ne peut donc bénéficier du délai de rétractation prévu par l'article L. 271-1 du Code de la consommation et de l'habitation (522).

La troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est à nouveau prononcée sur le sujet par un arrêt du 16 septembre 2014 (523). Dans sa décision, elle a censuré les juges du fond, en constatant que l'acquisition effectuée avait « un rapport direct avec l'objet social de la SCI ». Et elle en a déduit que celle-ci ne pouvait pas invoquer le bénéfice du droit de rétractation.

L'arrêt du 24 octobre 2012 a fait l'objet de différentes interprétations, dont l'une consiste à justifier la solution par l'intention du législateur pour lequel le droit de rétractation devait éviter des achats dits « d'impulsion » : or ce type d'achat n'est pas à craindre pour les personnes morales.

L'arrêt du 16 septembre 2014, quant à lui, pour l'appréciation du caractère « professionnel » ou non de la société acquéreur, a exclu toute référence à la nature des activités réellement

(519) *JCP* N 28 juin 2002, n° 26, 1390.
(520) Cf. H. Périnet-Marquet : *JCP* N 28 juin 2002, n° 26, 1390.
(521) Cass. 1re civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285, FS-P+B+R+I : *Bull. civ.* 2005, I, n° 135 ; *JurisData* n° 2005-027573.
(522) Cass. 3e civ., 24 oct. 2012, n° 11-18.774 : *JurisData* n° 2012-024056.
(523) Cass. 3e civ., 16 sept. 2014, n° 13-20.002 : *JurisData* n° 2014-021431 ; *JCP* N 2015, n° 15, 1119, note J.-P. Garçon.

exercées par elle, en ne s'attachant qu'à son objet ainsi qu'au lien entre cet objet et l'opération intervenue. Sachant que, par définition, l'acquisition présente toujours un lien avec l'objet social, faute de quoi elle serait annulable en raison du principe de spécialité des personnes morales, on voit mal dans quel cas une société civile, même à caractère « familial » et plus généralement une personne morale pourrait se voir reconnaître le caractère d'acquéreur « non professionnel ». Telle a été l'interprétation retenue lors du 111e Congrès des notaires de France de 2015 (524).

Il serait bon, comme l'a souhaité M. Leveneur (525), que le législateur intervienne afin de préciser la portée exacte de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation en cas d'acquisition par une personne morale, car s'interroger au cas par cas en fonction de l'objet de la société et de la nature de l'opération n'est pas propice à la sécurité juridique. Dans le doute, il est conseillé, dans le cas d'acquisition par une société civile immobilière, de relater l'objet social de ladite société dans l'acte, afin de justifier de la non-application de l'article L. 271-1.

4253 **– « *Modification substantielle* » et nouvelle purge du délai rétractation. –** Dans quels cas faut-il purger une seconde fois le droit de rétractation de l'acquéreur d'une habitation ? La difficulté résulte de l'apparition d'une donnée nouvelle par rapport à ce qui a été porté à la connaissance de l'acquéreur lors de la promesse : un alignement, une servitude, la présence d'un occupant sans titre, *etc.* Cette difficulté est délicate en pratique, car la purge d'un nouveau droit de rétractation peut nuire aux intérêts du vendeur dans l'hypothèse où l'acquéreur se saisit de l'occasion pour se rétracter, et est susceptible d'entraîner la responsabilité du notaire. La loi ne se prononçant pas sur le sujet, il est important de scruter la jurisprudence.

Les arrêts de cour d'appel et de cassation parlent de la notion de « modification substantielle » (526).

Cette terminologie rappelle celle que l'on rencontre en matière d'erreur : l'erreur est une cause de nullité lorsqu'elle tombe sur « une qualité substantielle » de la chose, c'est-à-dire une qualité déterminante du consentement. Dès lors, quand doit-on considérer une modification comme substantielle ? Lorsqu'elle porte sur un élément déterminant du consentement de l'acquéreur.

En résumé, l'élément nouveau serait-il de nature à entraîner la nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles (527) ? Si la réponse est positive, il conviendra d'ouvrir un second délai de rétractation à l'acquéreur : tel peut être le cas lors de la révélation d'une servitude de passage grevant le bien, alors que l'avant-contrat avait expressément stipulé l'absence de servitude, ce qui aurait dû amener un vendeur à rouvrir le délai (528). En revanche, si la réponse est négative, il faudra s'abstenir de toute nouvelle notification.

Les solutions jurisprudentielles en la matière sont très variées en raison des multiples situations rencontrées (529). Cette notion de modification substantielle fait écho au méca-

(524) Strasbourg, mai 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique* : V. 4e commission, *Sécurité juridique et vente d'immeuble*, no 4306, p. 895-896, par Me Cevaer et Me Daveze.
(525) *JCP* N 2013, 1022.
(526) Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, no 06-16.187.
(527) L. Leveneur : *Contrats, conc. consom.* janv. 2008, no 1, comm. 3.
(528) CA Amiens, 19 nov. 2013, no 12/01581 : *JurisData* no 2013-027412.
(529) CA Paris, pôle 4, ch. 1, 15 mars 2012, no 10/16659 : *JurisData* no 2012-005246. – CA Montpellier, 29 juin 2017, no 14/09495. – CA Orléans, 19 juin 2017, no 15/0496. – CA Douai, 14 sept. 2017, no 16/04872. – Cass. 3e civ., 8 juill. 2014, no 13-19.330 : *JurisData* no 2014-016479 ; *JCP* N 2014, no 30, act. 851. – Cass. 3e civ., 24 nov. 2016, no 15-19.073. – Cass. 3e civ., 30 janv. 2019, no 17-25.952 : *JurisData* no 2019-001112 ; *JCP* A 2019, 1111.

nisme de la condition suspensive utilisé par les praticiens afin de régulariser l'avant-contrat sans avoir, par exemple, l'ensemble des diagnostics techniques. Le procédé est parfaitement valable mais un soin particulier devra être apporté à la rédaction de la condition suspensive. Une condition suspensive renvoyant à l'obtention d'un diagnostic négatif conserve à l'avant-contrat toute son efficacité. Soit le certificat est positif et la condition ayant défailli, l'avant-contrat est caduc. Soit le certificat est négatif et l'acquéreur se trouve définitivement lié à l'expiration du délai de rétractation (530).

Étant donné les difficultés d'interprétation de la notion de modification substantielle, dans le cas de modifications considérées comme peu importantes pour un acquéreur, il pourra être envisagé un procédé d'informatif et déclaratif (531).

Ce procédé consiste à informer clairement l'acquéreur et lui faire déclarer qu'il a bien reçu cette information, qu'il l'a comprise, et qu'elle ne constitue pas pour lui une modification substantielle.

Une fois le champ d'application des délais de rétractation et de réflexion définis, il convient de s'intéresser au formalisme de la notification desdits délais, faisant également l'objet d'une jurisprudence abondante.

Sous-section II Le formalisme de la notification des délais de rétractation et de réflexion

4254 – Les formes de la notification. – La forme essentielle imposée par la loi SRU est une notification adressée au candidat acquéreur. Pour purger le délai de rétractation, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit un système alternatif :

- soit une remise directe de l'acte au bénéficiaire du droit de rétractation, contre signature, à condition que l'acte soit conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente (agent immobilier ou notaire). Dans l'hypothèse (la plus courante) où l'acte est notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, il appartient à l'auteur de la notification de rapporter la preuve que l'acte a bien été remis à « personne » ou à son mandataire ;
- soit la notification de l'acte à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

4255 – Remise en main propre de l'avant-contrat. – Là encore, la question de la remise en main propre de l'avant-contrat par le notaire a agité les esprits, malgré deux réponses ministérielles en ce sens, après l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 26 janvier 2011 (532), aux termes duquel la Haute juridiction précisait que « la remise de l'acte en main propre, non constatée par un acte ayant date certaine, ne répond pas aux exigences de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ».

En réponse à cette jurisprudence, le législateur, par un décret n° 2008-1371 du 19 décembre 2008, a validé – moyennant le recours à une nouvelle mention manuscrite – la pratique notariale de la remise en main propre (pour ce qui concerne tant les avant-contrats que les actes de vente eux-mêmes).

Les articles D. 271-6 et D. 271-7 du Code de la construction et de l'habitation prévoient en effet expressément qu'en application de l'article L. 271-1 de ce code, la promesse de vente

(530) CA Lyon, 29 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-332349. – G. Durand-Pasquier : *JCl. Construction-Urbanisme* juin 2008, n° 6, alerte 30.
(531) G. Durand-Pasquier : *Contr.-Urb.* avr. 2019, n° 4.
(532) Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 09-69.899 : *JurisData* n° 2011-000720 ; *JCP* N 2011, n° 11, 1102.

sous seing privé, une copie de l'avant-contrat réalisé en la forme authentique ou un projet d'acte authentique reproduisant les dispositions de l'article L. 271-2 peuvent être remis directement à l'acquéreur non professionnel.

Le décret introduit un dispositif formel à respecter lors de la remise en main propre, qui prévoit que :

- l'avant-contrat doit obligatoirement reproduire les dispositions de l'article L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation relatives aux modalités de versement des fonds et restitution des fonds à l'acquéreur non professionnel ;
- le bénéficiaire doit déclarer, par mention manuscrite apposée directement sur l'original pour l'acte sous seing privé, et sur la copie s'agissant d'un acte authentique, avoir connaissance qu'un délai de rétractation de dix jours lui est accordé et qu'il court à compter du lendemain de la date de remise de l'acte. Il est exigé la reproduction du texte figurant à l'article D. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ;
- en cas de notification de projet d'acte authentique, celui-ci doit reproduire les dispositions de l'article L. 271-2. Ces mentions doivent être inscrites de la main du bénéficiaire du droit de réflexion.

Le notaire peut se préconstituer la preuve du respect de ce formalisme en conservant une copie de la mention.

À défaut de respecter scrupuleusement le formalisme des articles D. 271-6 et D. 271-7 du Code de la construction et de l'habitation, le délai sera considéré comme n'ayant pas couru (533).

Exemple de formule de remise en main propre conforme aux articles D. 271-6 et D. 271-7

« Remis par ... *[nom du professionnel]* à ... *[lieu]* le ... *[date]* » : « Je déclare avoir connaissance qu'un délai de réflexion de dix jours m'est accordé par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, et qu'il encourt à compter du lendemain de la date de remise inscrite de ma main sur le présent objet, soit à compter du... ».

Aujourd'hui, force est de constater que les allers-retours jurisprudentiels concernant la validité de la remise en main propre de l'avant-contrat par le professionnel sont venus tarir cette pratique au profit de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

– Envoi par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de l'avant-contrat et point de départ du délai. – Par application des dispositions de l'article 670, alinéa 1er du Code de procédure civile : « La notification est réputée faite à personne lorsque l'avis de réception est signé par son destinataire ». **4256**

– Envoi par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de l'avant-contrat et mandat. – Le principe d'une réception de la lettre par un mandataire est possible à condition qu'il soit démontré par le vendeur que ce mandataire dispose d'un mandat exprès pour recevoir l'acte. Ce mandat n'est pas présumé, même en cas de liens familiaux. En outre, la procuration est entendue de manière restrictive. Ainsi, lorsqu'une procuration a été donnée au mandataire aux fins de signature du compromis de vente, il a été jugé qu'elle ne s'étendait pas automatiquement à l'exercice de la faculté de rétractation. Ce principe s'applique également à une notification faite à des époux coacquéreurs, l'un des **4257**

(533) CA Douai, 13 janv. 2014, nº 13/03392 : *JurisData* nº 2014-000157. – CA Dijon, 3 sept. 2013, nº 12/00962 : *JurisData* nº 2013-023439.

époux n'étant pas présumé pouvant recevoir l'acte pour le compte de l'autre à défaut de mandat exprès. En effet, deux arrêts rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 juin 2010 (534) clarifient le régime de la notification du délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation en cas d'acquisition par deux époux : deux lettres s'imposent, sauf à ce que l'accusé de réception du courrier unique soit signé par chacun d'eux, voire par un seul mais muni d'un pouvoir à l'effet de représenter son conjoint.

Dans le même sens, s'agissant du mandat pour réceptionner la lettre de purge du délai de rétractation, un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2017 (535) conclut que l'absence de mandat du signataire pour recevoir la notification de l'acte affecte cette dernière d'une irrégularité, de sorte que le délai de rétractation n'avait pas couru et la clause pénale n'était pas due.

Sachant que la Cour de cassation, par un arrêt du 21 mars 2019 (536), a certes réaffirmé que la notification de la promesse de vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n'est régulière que si la lettre est remise à son destinataire ou à un représentant muni d'un pouvoir à cet effet, mais qu'elle a également décidé, l'agent immobilier ayant été mis en cause dans l'affaire, qu'il incombait au professionnel de vérifier la sincérité, au moins apparente, de la signature figurant sur l'avis de réception de la lettre recommandée adressée aux acquéreurs.

4258 – Le cas de la notification à des époux. – Lorsqu'un époux commun en biens achète seul pour le compte de la communauté, une seule notification faite à cet époux continue de s'imposer, peu importe que le bien tombe en communauté. Le droit de rétractation présente une nature contractuelle, c'est un droit personnel à l'acquéreur. Seul cet époux acquéreur unique dans l'acte bénéficie de la qualité de contractant au sens de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

S'agissant en revanche de la preuve du mandat entre époux, il n'est pas possible de faire application du mandat de l'article 218 du Code civil, ce dernier ne permettant qu'une représentation dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial attribue à chaque conjoint, ce qui semble exclusif de l'exercice du droit personnel de recevoir la notification du délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. L'époux doit bien justifier d'un pouvoir spécial de droit commun à l'effet de représenter son conjoint pour signer l'avis de réception.

Enfin la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 décembre 2013 (537), a par ailleurs confirmé que l'anéantissement du contrat est complet dès lors qu'un seul des époux coacquéreurs exerce son droit de rétractation.

4259 – La preuve d'un mandat exprès. – Il est important de prévoir une clause, lors de la rédaction de l'avant-contrat, prévoyant un mandat exprès au profit du conjoint, concubin ou partenaire de Pacs ou au profit d'une personne déterminée, notamment lorsque l'acquéreur habite chez ses parents ou est seul acquéreur en étant en couple, à l'effet de signer l'avis de réception ou de retirer la lettre recommandée avec demande d'avis de réception auprès des services de La Poste.

(534) Cass. 3e civ., 9 juin 2010, no 09-15.361 : *Constr.-Urb.* 2010, comm. 123, C. Sizaire ; *JCP* N 2010, no 29, 1248. – Cass. 3e civ., 9 juin 2010, no 09-14.503 : *JurisData* no 2010-009415 ; *Constr.-Urb.* 2010, comm. 123 ; *JCP* N 2010, 1248, D. Boulanger.

(535) Cass. 3e civ., 12 oct. 2017, no 16-22.416, PBI : *Defrénois* 26 oct. 2017, no 130k4, p. 6.

(536) Cass. 3e civ., 21 mars 2019, no 18-10.772, FS-PBI.

(537) Cass. 3e civ., 4 déc. 2013, no 12-27.293 : *JurisData* no 2013-027973 ; *Constr.-Urb.* 2014, comm. 37, C. Sizaire. – Cass. 3e civ., 14 sept. 2017, no 16-17.856 : *JurisData* no 2017-021152.

A posteriori, un doute subsiste sur la réelle possibilité de faire jouer l'article 1156 du Code civil relatif à la théorie du mandat apparent, car le vendeur devra néanmoins apporter la difficile preuve d'éléments de faits qui seraient susceptibles de le faire légitimement croire en la réalité des pouvoirs du signataire.

4260 **– Le cas du pli non réclamé. –** La purge du délai de rétractation n'implique pas que la lettre soit matériellement réceptionnée par l'acquéreur. La justification d'un simple avis de passage est donc suffisante, ce document n'ayant pas à être signé par le destinataire du courrier mais étant établi par les services postaux.

La Cour de cassation confirme qu'il résulte bien des dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation que le délai de rétractation court non pas de la date de réception du courrier, mais du lendemain de la première présentation de la lettre notifiant l'acte.

Ainsi un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 2018 (538) énonce à propos du point de départ du délai de rétractation : « viole les dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation la cour d'appel qui a considéré que le délai de rétractation prévu par cet article n'avait pas couru à l'égard de l'acquéreur au motif que celui-ci n'avait pas réceptionné la lettre recommandée, alors qu'il résultait de ses propres constatations que régulièrement avisé, l'acquéreur s'était abstenu d'aller retirer sa lettre recommandée à La Poste ».

Néanmoins, de manière générale, force est de constater que les diverses solutions jurisprudentielles illustrent l'imprécision et l'ambiguïté des textes.

En effet, il résulte de la synthèse de la jurisprudence ci-dessus visée que si personne ne réceptionne la lettre recommandée et qu'une première présentation peut être établie, on considère que le délai de rétractation court, mais que si l'avis de réception du courrier unique adressé aux coacquéreurs n'est signé que par un seul, démuni de pouvoirs, le délai ne court pas.

Sachant que, par un arrêt du 7 avril 2016 (539), la troisième chambre civile la Cour de cassation a décidé, à propos de la purge du délai de rétractation d'un contrat préliminaire de rétractation irrégulière sur la forme, que « la signature par les acquéreurs de l'acte authentique sans réserve vaut renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la notification du droit de rétractation prévue à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ».

Cet arrêt a une portée pratique considérable, car il rend les acquéreurs irrecevables dans la revendication d'irrégularités *a posteriori*. Au surplus, la solution s'applique de plein droit par la seule signature de l'acte authentique, sans mention particulière à insérer dans l'acte. Néanmoins, il convient de souligner que cet arrêt ne s'applique qu'au cas de notification irrégulière dans la forme. Dans l'hypothèse où l'avant-contrat est entaché d'une cause de nullité, le risque de nullité de l'acte reste entier (540).

4261 **– Renforcement de l'obligation d'information issue de la loi Élan lors de la notification. –** La loi Élan n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 a ajouté deux alinéas à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Le premier indique que la promesse ou le projet de l'acte notifié à l'acquéreur doit indiquer « de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux conditions et aux modalités d'exercice du droit de rétractation ou de réflexion ». Dorénavant, en sus de la reproduction de l'article L. 271-1 du

(538) Cass. 3e civ., 14 févr. 2018, n° 17-10.514 : *JurisData* n° 2018-001974 ; *Constr.-Urb.* 2018, comm. 61, C. Sizaire.
(539) Cass. 3e civ., 7 avr. 2016, n° 15-13.064 : *JurisData* n° 2016-006490 ; *Constr.-Urb.* 2016, comm. 94.
(540) Cass. 3e civ., 12 avr. 2018, n° 17-13.118 : *JurisData* n° 2018-005747.

Code de la construction et de l'habitation, une clause dans l'acte devra préciser les modalités précises d'exercice du droit de rétractation ou de réflexion (lettre recommandée papier ou électronique envoyée à telle adresse donnée).

Le second alinéa prévoit qu'à défaut, l'absence de précisions sera lourdement sanctionnée, puisque tout manquement à ce qui constitue une nouvelle obligation d'information est passible d'une amende administrative s'élevant jusqu'à 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale.

Cette nouvelle disposition entraîne l'obligation pour le notaire de vérifier en aval que les avant-contrats mentionnent lesdites informations, et de les faire figurer dans les ventes en l'absence d'avant-contrat.

4262 – Notification par lettre recommandée électronique. – La lettre recommandée électronique (LRE), qui a été instituée par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 devait, pour être valable, répondre à des conditions fixées par les décrets n° 2011-144 du 2 février 2011 et n° 2011-434 du 20 avril 2011.

Par suite, la loi pour une République numérique (541), elle-même prise en application du règlement (UE) dit « eIDAS » (542), devait faire évoluer l'appareil normatif encadrant la lettre recommandée électronique. Un nouvel article L. 100 fut en effet institué dans le Code des postes et des communications électroniques, poursuivant un double objectif. D'une part, le texte affirmait l'équivalence des recommandés papier et électronique, dans toutes matières, « sauf disposition spéciale l'excluant ». D'autre part, elle entendait soumettre la validité du procédé électronique à de nouvelles exigences. En est découlé le décret n° 2018-357 du 9 mai 2018 applicable à tout envoi électronique effectué à compter du 1er janvier 2019, qui a abrogé les précédents décrets de 2011 (543).

Il en résulte que la notification de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation peut désormais parfaitement être réalisée par lettre recommandée électronique.

Les conditions à respecter pour une notification par courrier électronique recommandé

La nouvelle possibilité de notification nécessite de respecter le formalisme suivant :

- vérifier que le prestataire remplit bien les conditions posées par le cadre européen et mentionner son identité dans l'acte ;
- l'acquéreur non professionnel doit exprimer dans l'acte son consentement à recevoir une lettre recommandée électronique ;
- l'acquéreur doit fournir une adresse courriel personnelle ;
- indiquer dans l'acte si l'acquéreur peut lui-même se rétracter par lettre recommandée électronique ;
- mentionner dans l'acte l'accord du vendeur sur la possibilité de se rétracter par lettre recommandée électronique ;
- les codes de réception de la lettre recommandée doivent être remis en main propre à chaque acquéreur. S'ils ne sont pas remis le jour du rendez-vous de l'avant-contrat, ils devront être adressés à chacun des acquéreurs par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (en aucun cas par courriel).

(541) L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.
(542) Règl. n° 910/2014, 23 juill. 2014.
(543) G. Durand-Pasquier : *Constr.-Urb.* avr. 2019, n° 4.

Conclusion

Parions que le développement de la pratique de la lettre recommandée électronique par les notaires viendra tarir le contentieux de la purge des délais de rétractation et de réflexion ***via*** la lettre recommandée avec demande d'avis de réception papier, la remise devant se faire sur une adresse courriel personnelle.

4263 **– Propos conclusifs. –** En résumé, le contentieux lié au formalisme de l'application et de la purge formelle des délais de rétractation et de réflexion ne tarit pas en raison de l'imprécision des textes de loi, source d'insécurité juridique. Il est conseillé aux praticiens de bien suivre l'évolution de la jurisprudence sur le sujet et de ne surtout pas procéder à une application extensive « par précaution » du délai de rétractation ou de réflexion, au risque de voir leur responsabilité engagée par le vendeur (544).

Dans tous les cas « incertains », il convient de se prémunir de la preuve de l'accord du vendeur quant à la purge extensive du délai de rétractation ou de réflexion, et d'en analyser les conséquences sur l'ensemble du processus contractuel (545).

Enfin nous invitons les praticiens, d'une part, à une grande précision dans la rédaction des clauses des avant-contrats de vente afin de se prémunir de tout litige à ce sujet et, d'autre part, à une explication précise des textes dans le cadre de leur devoir de conseil.

Au-delà de la protection de l'acquéreur-emprunteur et de la faculté pour ce dernier de rétracter son consentement à l'acquisition d'un bien immobilier, le législateur a une nouvelle fois renforcé la protection de l'acquéreur en adoptant la loi Alur, loi consumériste, dont l'un des volets tend à protéger, cette fois-ci, l'acquéreur-consommateur de lots de copropriété.

Section III La loi Alur : la protection par l'information préalable renforcée de l'acquéreur d'un lot de copropriété

4264 La loi nº 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite « loi Alur », publiée le 26 mars, est venue modifier en profondeur le régime de la vente de lots de copropriété. Elle se traduit par une multiplication des informations et documents à fournir à l'acquéreur d'un lot de copropriété et vise, au travers de l'acquéreur, la protection des copropriétés. Cette réforme, censée mieux informer l'acquéreur dans un but de sécurité et transparence, a bouleversé la pratique des notaires et n'a pas été sans influence sur le déroulement des ventes immobilières, et notamment un ralentissement des transactions. Dès lors, de nombreuses mesures s'imposent en cas de vente d'un lot ou d'une fraction de lot d'un immeuble soumis au statut de la copropriété. Ces mesures entraînent un renforcement du formalisme d'information (**Sous-section I**), ainsi qu'un renforcement des obligations de contrôle des notaires (**Sous-section II**).

(544) CA Aix-en-Provence, 7 mars 2013 : *JurisData* nº 2013-004215.
(545) CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2018, nº 16/04997 : *JurisData* nº 2018-002519.

Sous-section I Un nouveau renforcement du formalisme d'information

4265 – Champ d'application. – L'obligation d'information de l'acquéreur d'un lot de copropriété imposée par l'article L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation s'applique dans le cas de « vente d'un lot ou d'une fraction de lot ou à la cession d'un droit réel immobilier relatif à un lot ou à une fraction de lot d'un immeuble bâti à usage total ou partiel d'habitation et soumis au statut de la copropriété ».

L'obligation ne s'applique qu'en cas de « vente » et ne peut s'étendre à d'autres opérations à titre onéreux (échange, dation en paiement, *etc.*). Elle s'applique également « en cas de cession d'un droit réel immobilier relatif à un lot », et donc, à titre d'exemple, dans le cas de cession à titre onéreux d'un usufruit, d'un droit d'usage et d'habitation, d'un droit de superficie, sur un lot ou fraction de lot, ou encore en cas de cession de droit indivis.

Les lots ou les fractions de lots doivent dépendre d'un immeuble soumis au statut de la copropriété. La loi ne s'applique donc pas au lot volume. L'immeuble doit être édifié en totalité et deux lots doivent appartenir à des copropriétaires différents, ce qui exclut la vente en l'état futur d'achèvement de l'obligation.

Concernant « l'usage total ou partiel d'habitation », la doctrine dominante considère qu'il convient de se référer à l'affectation de l'immeuble dans sa globalité et non pas à celui du seul lot vendu (546).

Cette interprétation peut prendre appui sur les travaux parlementaires (547).

Dans le cas d'un immeuble « à usage partiel d'habitation » (immeuble mixte à usage commercial ou d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation), toutes les ventes de lots entrent donc dans le champ d'application de l'article L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation, quelle que soit la personnalité de l'acquéreur, et quelle que soit l'affectation du lot vendu (et donc même s'il s'agit d'un lot à usage professionnel).

Par contre, si le lot (ou la fraction de lot) vendu dépend d'un immeuble affecté dans sa totalité à un autre usage que l'habitation, l'article L. 721-2 ne s'applique pas (548).

Ici seule la destination de l'immeuble est prise en considération, au contraire des lois SRU et Scrivener qui combinent la destination de l'immeuble et la qualité de l'acquéreur. De plus, l'immeuble à usage mixte est concerné alors que dans la loi SRU il en est exclu, ce qui entraîne une fragmentation de la législation dont découlent des difficultés d'application, source de contentieux et de responsabilité pour les praticiens.

Contenu de l'obligation d'information. L'article L. 721-2, II du Code de la construction et de l'habitation énumère les documents qui doivent être annexés à la promesse de vente en vue de l'information de l'acquéreur.

Les documents à produire sont de trois types :
- les documents juridiques ;
- les documents d'ordre financier ;
- les documents relatifs à l'état de l'immeuble.

4266 – Les documents juridiques à produire et remettre. – Les documents relatifs à l'organisation de l'immeuble comprennent, selon l'article L. 721-2, II, 1° du Code de la construc-

(546) H. Périnet Marquet, chron. *in JCP* G 2014, doctr. 441. – S. Becqué-Ickowicq, *Les ventes immobilières après la loi Alur : Defrénois* 2014, p. 543 et s., n° 12.

(547) V. *JO* Sénat CR 24 oct. 2013, p. 10202 et les observations du rapporteur sur l'amendement n° 396 rectifié, finalement rejeté.

(548) *JCl. Copropriété*, Fasc. 107-39, propos J. Lafond.

tion et de l'habitation : la fiche synthétique de la copropriété, le règlement de copropriété et l'état descriptif de division ainsi que les actes les modifiant s'ils ont été publiés et les procès-verbaux des assemblées générales des trois dernières années.

– Fiche synthétique. – Cette fiche regroupe les données financières et techniques essen- **4267**
tielles relatives à la copropriété d'immeubles affectés pour partie ou en totalité à usage d'habitation et doit être mise à jour chaque année par le syndic qui doit également la mettre à disposition des copropriétaires.

Il est à noter que le défaut de réalisation de la fiche synthétique est un motif de révocation du syndic.

Les contrats de syndic doivent prévoir obligatoirement une pénalité financière forfaitaire automatique à l'encontre du syndic chaque fois que celui-ci ne met pas la fiche synthétique à disposition d'un copropriétaire dans un délai de quinze jours à compter de la demande. Cette pénalité est déduite de la rémunération du syndic lors du dernier appel de charges de l'exercice.

Les dispositions concernant la « fiche synthétique de la copropriété » ne sont pas applicables aux syndics administrant des immeubles à destination totale autre que l'habitation (549).

– Règlement de copropriété et état descriptif de division. – Le texte n'exige la produc- **4268**
tion des actes concernés (règlement de copropriété / état descriptif de division) et de leurs actes modificatifs que s'ils ont été publiés. La raison d'être de cette disposition est probablement que les documents non publiés ne sont pas opposables à l'acquéreur. Dans la pratique, il est conseillé de solliciter un état hors formalité afin de vérifier les actes publiés, le syndic n'étant généralement pas en mesure de produire les actes uniquement publiés.

Mais l'adage « Trop d'information tue l'information » prend ici tout son sens. Une des mesures de simplification du dispositif Alur pourrait être de limiter l'information aux actes modificatifs affectant la situation des seuls lots vendus (550).

En effet, suivant l'ancienneté de la copropriété, les actes modificatifs peuvent avoir été très nombreux. Le vendeur est donc amené à faire des démarches longues et coûteuses pour obtenir les documents publiés. Parmi ces documents, qui peuvent représenter un volume considérable, nombre d'entre eux ne présentent aucun intérêt pour l'acquéreur.

À ce sujet le gouvernement, au travers d'une réponse ministérielle publiée au *Journal officiel* le 15 septembre 2016, a refusé de modifier l'ordonnance n° 2015-1075 du 27 août 2015 relative à la simplification des modalités d'information des acquéreurs au motif « que la transmission du règlement de copropriété et de l'état descriptif de division, s'agissant de documents régissant les rapports entre copropriétaires, permet une complète information du futur acquéreur afin d'éviter l'émergence de litiges ». Cette réponse, insatisfaisante pour les praticiens, mériterait à notre sens, après plusieurs années d'application du dispositif, d'être reconsidérée dans le but d'améliorer les délais de réalisation des transactions sans pour autant compromettre la sécurité juridique des ventes.

– Procès-verbaux des assemblées générales des trois dernières années. – La loi Alur **4269**
est venue consacrer la pratique antérieure consistant à fournir à l'acquéreur une copie des procès-verbaux des assemblées générales des trois dernières années.

Le texte précise que les procès-verbaux doivent être remis à l'acquéreur « sauf lorsque le copropriétaire vendeur n'a pas été en mesure d'obtenir ces documents auprès du syndic ».

(549) L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8-2, al. 4.
(550) P. Dauptain et A. Robert, *Vente de lots de copropriété : une tempête baptisée Alur* : *JCP* N 2014, 1270.

En pratique, le copropriétaire vendeur devra se prémunir de la preuve des démarches accomplies auprès du syndic (lettre recommandée, mise en demeure) et restées sans résultat. Les simples déclarations à l'acte sont nécessaires, mais ne suffisent pas.

4270 – Les documents d'ordre financier. – Dans sa nouvelle rédaction, issue de l'ordonnance du 27 août 2015 précitée, l'article L. 721-2, II, 2° du Code de la construction et de l'habitation reprend la liste des informations financières à fournir. Elles concernent le montant des charges courantes du budget prévisionnel et des charges hors budget prévisionnel payées par le copropriétaire vendeur au titre des deux exercices comptables précédant la vente, les sommes susceptibles d'être dues au syndicat des copropriétaires par l'acquéreur, l'état global des impayés de charges au sein du syndicat et de la dette vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que les renseignements sur le fonds de travaux.

Le texte prévoit une exception lorsque le syndicat de copropriétaires relève du deuxième alinéa de l'article 14-3 de la loi du 10 juillet 1965. Cet article vise les syndicats comportant moins de dix lots à usage de logements de bureaux ou de commerces, et dont le budget moyen sur une période de trois exercices consécutifs est inférieur à 15 000 €. Dans ce cas, il n'y a donc pas lieu de produire, lors de la promesse de vente, un document apportant à l'acquéreur les renseignements ci-dessus énoncés.

Il est à noter que l'ordonnance du 27 août 2015 a précisé que les informations financières mentionnées à l'article L. 721-2, II, *a*, *c*, et *d* du Code de la construction et de l'habitation doivent être « à jour des informations soumises à l'assemblée générale annuelle chargée d'approuver les comptes précédant la signature de la promesse de vente ».

Il n'y a donc pas lieu de se préoccuper du cas où une nouvelle assemblée générale se tiendrait entre la date de signature de la promesse de vente et celle de la signature de l'acte authentique, ce qui pourrait amener une modification des « informations financières » fournies à l'acquéreur (551).

4271 – La pratique du « pré-état daté ». – La loi ne vise que les « documents » relatifs à la situation financière de la copropriété et du copropriétaire vendeur et non un document informatif qu'il serait de la responsabilité du syndic de remplir (552).

Dans la pratique, la production d'un « pré-état daté » complété par le syndic et contenant la synthèse des informations à fournir s'est imposée.

Cette procédure, créée par les praticiens, permet une simplification du texte en respectant son esprit.

Une grande majorité de syndics ont accepté de délivrer ce document même s'il n'a pas d'existence légale ni réglementaire.

Le pré-état daté a d'ailleurs fait l'objet d'une critique par l'intermédiaire d'une question à Mme la Ministre du Logement par le député M. Michel Zumkeller (553). La réponse ministérielle qui a suivie est venue préciser que « seul l'état daté, prévu par l'article 10-1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, et décrit par l'article 5 du décret du 17 mars 1967 d'application de cette loi, constitue un document exigible préalablement à la vente d'un lot de copropriété », et que « le dispositif prévu, par une simplification des informations à transmettre, devrait ainsi rendre caduque la pratique d'établissement du « pré-état daté » et de son actualisation ».

À ce jour, aucune ordonnance n'a été prise en ce sens.

(551) *JCl. Copropriété*, Fasc. 107-39, propos J. Lafond.
(552) *Ibid.*.
(553) Question n° 79469 : *JOAN* Q 12 mai 2015, p. 3551.

Dès lors, dans le cas où un syndic refuserait de délivrer ce pré-état daté, l'acte devrait être reçu sur production par le vendeur d'un ensemble de documents qui lui ont déjà été communiqués dans le cadre de la vie de la copropriété. Ces documents sont, dans la pratique, en sa possession.

Il s'agit, d'une part, des annexes de l'ordre du jour notifié à chaque copropriétaire convoqué à l'assemblée générale appelée à approuver les comptes et, d'autre part, des appels de charges reçus par le copropriétaire vendeur au cours des deux exercices précédant la vente.

Focus

Ces documents, souvent volumineux, n'étant bien souvent pas conservés par les vendeurs, il serait donc souhaitable que le gouvernement ne rende pas caduque mais au contraire officialise la pratique du pré-état daté par voie d'ordonnance, ce document étant un gage de sécurité juridique dans la transmission des informations nécessaires au consentement éclairé de l'acquéreur.

– Les documents relatifs à l'état de l'immeuble. – Les documents relatifs à l'état de l'immeuble comprennent le carnet d'entretien et éventuellement le nouveau diagnostic technique global. **4272**

– Le carnet d'entretien. – Il est établi, conservé et mis à jour par le syndic. Il permet à l'acquéreur d'apprécier l'état technique de l'immeuble, au travers des travaux effectués dans le passé et ceux prévus ou nécessaires à l'avenir. **4273**

Le carnet d'entretien mentionne notamment (554) :

- les références des contrats d'assurance de l'immeuble souscrits par le syndicat des copropriétaires, ainsi que la date d'échéance de ces contrats ;
- l'année de réalisation des travaux importants, tels que le ravalement de façades, la réfection des toitures, le remplacement de l'ascenseur, de la chaudière ou des canalisations, ainsi que l'identité des entreprises ayant réalisé les travaux ;
- la référence des contrats d'assurance dommages-ouvrages souscrits pour le compte du syndicat des copropriétaires, dont la garantie est en cours ;
- s'ils existent, les références des contrats d'entretien et de maintenance des équipements communs, ainsi que la date d'échéance de ces contrats ;
- s'il existe, l'échéancier du programme pluriannuel de travaux décidé par l'assemblée générale des copropriétaires ;
- sur décision de l'assemblée générale des copropriétaires, des informations complémentaires sur l'immeuble, telle que celles relatives à sa construction ou celles relatives aux études techniques réalisées.

– Diagnostic technique global. – L'article L. 731-1 du Code de la construction et de l'habitation énonce qu'afin d'assurer l'information des copropriétaires sur la situation générale de l'immeuble et, le cas échéant, aux fins d'élaboration d'un plan pluriannuel de travaux, l'assemblée générale des copropriétaires se prononce, à la majorité de l'article 24 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, sur la question de faire réaliser par un tiers, disposant de compétences précisées par décret, un diagnostic technique global. **4274**

Ce diagnostic ne concerne que les immeubles à destination partielle ou totale d'habitation relevant du statut de la copropriété (555).

(554) D. n° 2001-477, 30 mai 2001, art. 3 à 5.
(555) CCH, art. L. 731-1, al. 1.

Ce diagnostic technique global comporte (556) :

1° une analyse de l'état apparent des parties communes et des équipements communs de l'immeuble ;

2° un état de la situation du syndicat des copropriétaires au regard des obligations légales et réglementaires au titre de la construction et de l'habitation ;

3° une analyse des améliorations possibles de la gestion technique et patrimoniale de l'immeuble ;

4° un diagnostic de performance énergétique de l'immeuble tel que prévu aux articles L. 134-3 ou L. 134-4-1 du Code de la construction et de l'habitation.

L'article L. 721-2, II, 5° du Code de la construction et de l'habitation demande que soient remises à l'acquéreur « les conclusions du diagnostic global mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 631-1 » du même code. Cet article indique que le diagnostic global « fait apparaître une évaluation sommaire du coût et une liste de travaux nécessaires à la conservation de l'immeuble, en précisant notamment ceux qui devraient être menés dans les dix prochaines années ». C'est donc cette « liste des travaux nécessaires à la conservation de l'immeuble » accompagnée d'une évaluation sommaire et de leur programmation qui doit être communiquée à l'acquéreur.

4275 – Notice d'information. – Une notice d'information « relative aux droits et obligations des copropriétaires ainsi qu'au fonctionnement des instances du syndicat de copropriété » (557) doit également être remise à l'acquéreur.

L'arrêté qui doit en fixer le contenu n'est toujours pas paru à ce jour.

Il est à noter que la non-production de ces trois documents lors de la signature de la promesse de vente n'entraîne pas la suspension du délai de rétractation édictée par l'article L. 721-3 du Code de la construction et de l'habitation ci-après visé.

4276 – Les cas d'exception à la remise des documents à remettre à l'acquéreur. – Trois exceptions sont prévues par l'article L. 721-2, II du Code de la construction et de l'habitation en ce qui concerne les documents à produire à l'acquéreur. Elles concernent les « petites copropriétés » (moins de dix lots à usage de logements de bureaux ou de commerces et dont le budget prévisionnel moyen sur une période de trois exercices consécutifs est inférieur à 15 000 €), le cas où l'acquéreur est déjà copropriétaire d'un lot dans la même copropriété, et enfin le cas de l'acquisition d'un lot annexe.

Pour les petites copropriétés : les informations financières de l'article L. 721-2, II, 2° *b* du Code de la construction et de l'habitation ne sont pas exigées, savoir :

- l'indication des sommes susceptibles d'être dues au syndicat des copropriétaires par l'acquéreur ;
- l'état global des impayés de charges au sein du syndicat et de la dette vis-à-vis des fournisseurs.

Pour l'acquéreur déjà copropriétaire d'un lot dans la même copropriété, seules les informations financières prévues à l'article L. 721-2, II, 2° précité doivent être remises à l'acquéreur.

Enfin, lors de l'acquisition d'un lot annexe doivent seulement être remis à l'acquéreur le règlement de copropriété et l'état descriptif de division, ainsi que les actes les modifiant, s'ils ont été publiés ; les informations financières prévues par l'article L. 721-2, II, 2° et la fiche synthétique.

(556) CCH, art. L. 631-1, al. 3.
(557) CCH, art. L. 721-2, II, 4°.

L'article L. 721-2, II, 5°, alinéa 4 a précisé qu'est « notamment considéré comme un lot annexe (...) un emplacement de stationnement ou un local tel qu'une cave, un grenier, un débarras, un placard, une remise, un garage ou un cellier ».

– De l'annexion à la remise des documents. – L'article L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation a imposé, dans sa rédaction initiale, d'annexer onze documents à la promesse de vente ou à défaut à l'acte authentique de vente. **4277**

Confrontés à des textes mal rédigés, les praticiens ont alerté les pouvoirs publics qui ont finalement envisagé une nouvelle réforme. L'article 15, I de la loi du 20 décembre 2014 a autorisé le gouvernement à « prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi pour simplifier les modalités d'information des acquéreurs prévues aux articles L. 721-2 et L. 721-3 du Code de la construction et de l'habitation et en préciser le champ d'application ».

C'est en vertu de ce texte qu'est intervenue l'ordonnance n° 2015-1075 du 27 août 2015 (558), qui a modifié les articles L. 721-2 et L. 721-3 du Code de la construction et de l'habitation, en supprimant l'obligation d'annexer les documents « à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente » pour être remplacée par « une remise à l'acquéreur, au plus tard à la date de signature de la promesse ». En outre, la remise des informations sur support papier n'est plus la seule modalité autorisée.

– Modalités de communication des documents. – La remise des documents exigés par la loi doit « intervenir » au plus tard à la date de signature de la promesse (559). Il est donc indispensable que le rédacteur de l'acte soit en possession de l'ensemble des documents énumérés par l'article L. 721-2, II du Code de la construction et de l'habitation avant la signature de l'avant-contrat. **4278**

Selon l'article L. 721-2, II, dernier alinéa, dans sa rédaction issue de l'ordonnance précitée du 27 août 2015, la remise des documents « peut être effectuée sur tout support et par tout moyen, y compris par un procédé dématérialisé, sous réserve de l'acceptation expresse par l'acquéreur ».

La remise sur support dématérialisé de type CD-Rom ou clé USB doit faire l'objet d'une vérification du contenu du support avec l'acquéreur avant remise, afin de se prémunir de sa mauvaise foi sur la qualité du support. L'envoi par courrier électronique simple est à proscrire, la preuve de la remise effective n'étant pas possible (560).

En cas de contestation, la charge de la preuve de la remise des documents exigés par la loi pèse sur le vendeur, tenu d'une obligation de délivrance.

L'article L. 721-2, II, dernier alinéa du Code de la construction et de l'habitation distingue deux cas :

- si la promesse de vente est établie en la forme authentique, l'acquéreur attestera de la remise « par sa simple signature ». Il reconnaîtra donc expressément dans cette promesse que les documents (dont l'énumération détaillée sera faite) lui ont été remis le jour même de la promesse, soit à une date antérieure, en indiquant sous quelle forme ;
- si la promesse de vente est établie sous seing privé, l'acquéreur doit alors attester de cette remise « dans un document qu'il signe et qu'il date de sa main » (561). La remise

(558) *JO* 28 août 2015.
(559) CCH, art. L. 721-2, II, al. 1er.
(560) *JCl. Copropriété*, Fasc. 107-39, propos J. Lafond.
(561) CCH, art. L. 721-2, II, dernier al.

s'opérera alors en main propre et contre émargement. L'énumération détaillée des documents devra figurer dans l'attestation. Les mentions ci-dessus visées concernant le support dématérialisé devront y figurer.

Conseil pratique

Il résulte de l'analyse des textes que la pratique de la lecture en rendez-vous des documents obligatoires, en dehors de toute remise, qui sont ensuite joints au courrier de purge du délai de rétractation est à proscrire. En effet, le texte de loi précise qu'il s'agit *d'une remise devant intervenir au plus tard à la date de signature de la promesse*. La lettre recommandée électronique pourra bien entendu être utilisée et devra être adressée à l'acquéreur avant la signature de la promesse de vente, mais le problème de la remise en main propre de la carte à codes aux clients se posera. Dans l'hypothèse d'un envoi des pièces après la signature de l'avant-contrat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, cet envoi étant assimilé à une remise tardive, le notaire devra se prémunir de la preuve de l'envoi des pièces conformément à la procédure de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.
Il est conseillé de faire figurer le détail des pièces envoyées dans le courrier de notification du délai de rétractation.

4279 – Sanction d'une remise tardive dans le cas d'un avant-contrat soumis au délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. – La sanction ne s'applique qu'en cas de communication tardive des documents suivants : les documents relatifs à l'organisation de l'immeuble et les documents d'ordre financier, savoir : la fiche synthétique, le règlement de copropriété et l'état descriptif de division et les actes les modifiant, les procès-verbaux des trois dernières années, et le pré-état daté.

La sanction d'une remise des documents postérieure à la date de la signature de la promesse est la suspension du délai de rétractation prévu par l'article L. 271-1 du même code. Ce délai ne court alors qu'à compter du lendemain de la communication à l'acquéreur des documents et informations visés par ce texte. Dans ce cas, cette « communication » doit être réalisée selon les modalités de notification ou de remise de la promesse ou de l'acte authentique de vente prévue à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (V. *supra*, n^{os} 4243 et s., les développements sur la loi SRU).

4280 – Le cas d'un avant-contrat non soumis au délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ou d'omission de documents non visés par le texte de l'article L. 721-3. – La sanction prévue par l'article L. 721-3 ne concerne pas les ventes ne donnant pas ouverture au droit de rétractation édicté par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, à savoir : les ventes de lots à usage d'habitation consenties à un acquéreur considéré comme professionnel, les ventes de lots affectés pour partie à usage d'habitation et pour partie à un autre usage (lots à usage mixte), les ventes de lots affectés à un autre usage que l'habitation (commercial, professionnel, *etc.*).

Cette sanction ne joue pas non plus dans les cas d'omission de documents non visés expressément par le texte, ni dans les cas de dispense prévus par la loi (petites copropriétés, acquéreur déjà copropriétaire dans l'ensemble immobilier, lot annexe).

Qu'en est-il si, dans ce cas, les documents sont remis tardivement ou omis ? Aucune sanction n'est prévue par les textes. Il appartiendra à l'acquéreur qui voudra mettre en cause la validité de la vente immobilière d'invoquer un vice du consentement ou un manquement aux obligations du vendeur (obligation de délivrance ou d'information). La responsabilité du notaire pourra également être engagée.

– Absence des documents et non remise. – Il n'est pas rare dans la pratique de se trouver face à des copropriétés où les assemblées générales ne sont pas tenues et les obligations comptables non respectées par le syndic bénévole. **4281**

Dans ce cas, le vendeur devra soit œuvrer pour la reconstitution des documents manquants, soit mettre en demeure le syndic de les lui fournir. Il lui appartiendra de se prémunir de la preuve qu'il a effectué ces recherches sans succès.

L'article L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation prévoit une dispense à propos des procès-verbaux d'assemblée générale « lorsque le copropriétaire vendeur n'a pas été en mesure d'obtenir ces documents auprès du syndic ». Là encore, le vendeur doit apporter la preuve qu'il lui a été impossible d'obtenir ces documents. En pratique, une mise en demeure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée sans réponse pourra être annexée à l'avant-contrat afin de permettre la purge du délai de rétractation. À noter qu'une simple déclaration dans l'acte ne sera pas suffisante.

Qu'en est-il si les documents ne sont jamais fournis ? Un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2014 apporte une réponse à cette question. Selon cette décision, si l'acquéreur signe l'acte authentique de vente sans émettre de réserves, on doit considérer qu'il a renoncé à se prévaloir de l'irrégularité de la purge du droit de rétractation (562).

Conseil pratique

Il est conseillé d'établir une clause dans l'acte authentique relatant les diligences effectuées par le vendeur ou le notaire pour obtenir les documents et de faire renoncer l'acquéreur à l'obtention desdits documents et signature sans réserve de l'acte.

– Absence de syndic. – Dans l'hypothèse où les documents existent mais que la copropriété n'est pas dotée d'un syndic, il conviendra de provoquer la nomination d'un syndic. Notons à ce sujet que la loi Macron du 6 août 2015 a créé un article 17 de la loi du 10 juillet 1965 qui permet à tout copropriétaire de convoquer une assemblée générale aux fins de nomination d'un syndic. **4282**

Au-delà de ce renforcement de l'information à délivrer à l'acquéreur au stade de l'avant-contrat, la loi dite « Alur » est venue accroître les obligations de contrôle des notaires dans un but de protection, au-delà de l'acquéreur, des copropriétés.

Sous-section II Le renforcement des obligations de contrôle des notaires

§1 L'obligation d'immatriculation des copropriétés

– Une obligation à vertu informative. – L'article 52 de la loi Alur crée un registre d'immatriculation des copropriétés, lequel est destiné, selon les termes du nouvel article L. 711-1 du Code de la construction et de l'habitation, à « faciliter la connaissance des citoyens et des pouvoirs publics sur l'état des copropriétés et la mise en œuvre des actions destinées à prévenir la survenance des dysfonctionnements ». Cette immatriculation doit **4283**

(562) Cass. 3e civ., 8 juill. 2014, no 13-19.330 : *JurisData* no 2014-016479 ; *JCP* N 2014, no 30, act. 851.

être réalisée soit au moment de la mise en copropriété par le notaire (563), soit, dans les autres cas, par le syndic (564).

Le registre d'immatriculation des copropriétés est tenu par l'Agence nationale de l'habitat (Anah) et est accessible *via* un nouveau site internet : www.registre-coproprietes.gouv.fr.

Cette obligation d'immatriculation ne s'applique qu'aux immeubles à destination partielle ou totale d'habitation. Il convient de se référer à la destination figurant dans le règlement de copropriété.

Cette obligation d'immatriculation ajoute une formalité supplémentaire au moment de la vente.

En effet, le nouvel article L. 711-5 du Code de la construction et de l'habitation impose que : « Tout acte authentique de vente devant notaire relatif à un lot de copropriété comporte la mention du numéro d'immatriculation de la copropriété ». Le notaire doit donc s'assurer que cette immatriculation a bien eu lieu. L'alinéa 2 précise qu'« en l'absence de syndic désigné ou lorsque la mise en demeure mentionnée à l'article L. 711-6 est restée sans effet au terme d'un délai d'un mois, le notaire chargé de l'établissement de l'acte de vente procède d'office à l'immatriculation du syndicat de copropriétaires », l'alinéa 3 ajoutant que « les frais ainsi engagés par le notaire sont supportés par le syndic, ou, si le syndic n'est pas rémunéré pour l'exercice de son mandat, par le syndicat ». Enfin, le notaire doit aussi informer l'établissement public chargé de la tenue du registre de toute erreur qu'il pourrait constater.

4284 **– Absence d'immatriculation de la copropriété. –** Dans le cas d'une copropriété non immatriculée au stade de l'avant-contrat, la fiche synthétique ne sera pas fournie par le syndic, car elle doit contenir le numéro d'immatriculation.

Dans ce cas, l'avant-contrat pourra être signé mais la purge du délai de rétractation ne pourra être effectuée.

Le notaire ou le vendeur doit adresser une mise en demeure au syndic de s'exécuter dans le mois par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (565).

Modèle de courrier de mise en demeure (566)

« Madame, Monsieur,

Ayant été chargé de la vente d'un lot dans l'immeuble en copropriété que vous administrez, situé à..., rue... n° ..., j'ai pu constater que le syndicat des copropriétaires n'était pas immatriculé.

Conformément aux dispositions des articles L. 711-5 et L. 711-6 du Code de la construction et de l'habitation, je vous mets en demeure de bien vouloir procéder à cette immatriculation.

Vous voudrez bien m'indiquer par retour les suites que vous entendez réserver à ma demande et le délai que vous pensez être nécessaire pour obtenir l'immatriculation, étant précisé que le processus de vente est actuellement suspendu, dans l'attente de cette immatriculation, dont la mention doit figurer dans l'acte authentique de vente (CCH, art. L. 711-5, al. 1er).

Je vous rappelle que si la présente mise en demeure reste sans effet après expiration d'un délai d'un mois, je procéderai moi-même à l'immatriculation du syndicat, comme la loi me l'impose (CCH, art. L. 711-5, al. 2). Les frais engagés seront alors supportés par vous personnellement [*si le syndic n'est pas rémunéré, indiquer* : les frais engagés seront alors supportés par le syndicat que vous administrez].

(563) CCH, art. L. 711-4, I.
(564) CCH, art. L. 711-4, II.
(565) CCH, art. L. 711-5, al. 2, et L. 711-6, I.
(566) Modèle de J. Lafond : *JCP* N 23 sept. 2016, n° 38, 1729 : *Immatriculation des syndicats de copropriétaires : le rôle du notaire*.

Il me paraît préférable que cette immatriculation soit opérée par vos soins, car vous disposez de tous les éléments permettant d'y procéder.

Je suis à votre disposition pour que nous examinions ensemble, si vous le souhaitez, les suites à donner à cette obligation légale.

Veuillez recevoir... »

À défaut de réponse du syndic dans le mois suivant l'avis de réception, le notaire procède à l'immatriculation d'office de la copropriété en se connectant au site internet www.registre-coproprietes.gouv.fr. Lors de sa première connexion, il devra créer un compte pour son office.

Pour les modalités d'immatriculation d'office et les informations à transmettre au teneur du registre, le notaire devra se reporter à l'article R. 711-11, II du Code de la construction et de l'habitation.

Les frais de cette immatriculation d'office avancés par le notaire pourront être récupérés à l'encontre du syndic ou, si le syndic est bénévole, à l'encontre du syndicat concerné.

L'astreinte à l'encontre du syndic visée par les textes ne peut s'appliquer qu'en cas de mise en demeure prévue par l'article L. 711-6, II du Code de la construction et de l'habitation, savoir celle délivrée par le teneur du registre des immatriculations (567).

Dès réception du numéro d'immatriculation, le notaire devra le communiquer au syndic et le mettre en demeure de lui fournir la fiche synthétique de la copropriété complétée.

En l'absence de syndic désigné, le notaire est tenu de procéder à l'immatriculation d'office du syndicat des copropriétaires. En pratique, dans ce cas, il est conseillé de provoquer la désignation d'un syndic qui se chargera de l'immatriculation.

Le notaire qui omet d'accomplir les diverses obligations en matière d'immatriculation des syndicats n'encourt aucune sanction spécifique. Néanmoins, sa responsabilité pourra être recherchée en cas de faute démontrée et de préjudice en relation avec la faute commise.

Conseil pratique

Dans la pratique, il est constaté que cette obligation ralentit les transactions car il est nécessaire d'attendre l'expiration de la mise en demeure faite au syndic pour procéder d'office à l'immatriculation. De plus, il convient de récolter toutes les informations devant figurer au registre et énumérées à l'article L. 711-2, II et III du Code de la construction et de l'habitation, lesdites informations étant généralement en possession du syndic, et non du notaire.

§ II Les informations relatives au candidat acquéreur

– Empêcher l'acquéreur, déjà copropriétaire et non à jour de ses charges, d'acquérir. – La loi Alur a ajouté un II à l'article 20 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, dans le but d'empêcher l'entrée dans la copropriété de candidats acquéreurs déjà copropriétaires dans l'immeuble, et qui ne sont pas à jour de leurs charges. **4285**

Là encore, ce contrôle s'opère par l'intermédiaire du notaire chargé de la vente.

(567) L'application de l'astreinte est laissée à l'appréciation de l'établissement teneur du registre. Elle court à compter de la fin de la mise en demeure et jusqu'à complète transmission ou actualisation des données. Elle est recouvrée comme en matière de contribution directe, au profit de l'établissement public chargé de la tenue du registre. Le montant de l'astreinte ne peut être supérieur à 20 € par lot et par semaine. Son montant ne peut être facturé par le syndic aux copropriétaires, sauf si le syndic n'est pas rémunéré pour l'exercice de son mandat (CCH, art. L. 711-6, II).

Selon l'article 20, II précité, la notification doit être faite par le notaire (en présence de deux notaires, il doit s'agir de celui de l'acquéreur). Cette notification, adressée au syndic de la copropriété, doit mentionner le nom du candidat acquéreur ou le nom des mandataires sociaux et des associés si le candidat acquéreur est une société civile immobilière ou une société en nom collectif, ainsi que le nom de leurs conjoints ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

La notification est faite au syndic de copropriété après que, le cas échéant, le titulaire du droit de préemption urbain prévu par l'article L. 211-4, dernier alinéa du Code de l'urbanisme a renoncé à l'exercice de son droit, et préalablement à l'établissement de l'acte authentique de vente.

Il n'est donc pas envisageable de procéder à cette notification de manière anticipée au stade de l'avant-contrat au syndic en raison de la durée de validité d'un mois de l'état daté.

La notification fait courir le délai d'un mois imparti au syndic pour répondre. Dans ce délai d'un mois, le syndic doit délivrer au notaire un certificat datant de moins d'un mois attestant que soit les personnes dénommées dans la notification ne sont pas copropriétaires de l'immeuble concerné par la mutation, soit, si l'une de ces personnes est copropriétaire, qu'elle n'a pas fait l'objet d'une mise en demeure de payer du syndic restée infructueuse depuis plus de quarante-cinq jours.

Si l'une des personnes dénommées dans la notification a fait l'objet d'une mise en demeure restée infructueuse depuis plus de quarante-cinq jours, le notaire « notifie aux parties l'impossibilité de conclure la vente ». L'acquéreur a alors la possibilité de s'acquitter de sa dette dans un délai de trente jours à compter de la notification qui lui est adressée par le notaire.

Si aucun certificat attestant du règlement des charges n'est produit à l'issue de ce délai, l'avant-contrat est réputé nul et non avenu aux torts de l'acquéreur. Il en résulte une interrogation sur le sort de l'indemnité d'immobilisation : peut-elle être conservée par le vendeur ? Le texte de loi ne l'envisage pas expressément. Selon certains auteurs, la nullité envisagée de l'avant-contrat par la loi touche l'ensemble de la convention, en ce compris l'indemnité d'immobilisation (568).

Au regard des difficultés engendrées par ce texte, l'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat a conseillé aux notaires d'avertir les parties des conséquences de ces nouvelles dispositions tant sur le plan juridique (nullité éventuelle de l'avant-contrat) que d'un point de vue pratique (allongement des délais de constitution du dossier de vente). Il est également conseillé de faire figurer à l'avant-contrat une clause envisageant le sort de l'indemnité d'immobilisation dans ce cas de nullité spécifique. Il s'agit de prévoir, selon Pierre Dauptain et Alain Robert, « un nouveau séquestre de la somme considérée dans le cas où la promesse viendrait à être annulée, et cela dans le cadre d'une convention insérée dans l'acte mais distincte de la promesse proprement dite à laquelle elle survivra ».

Conclusion

Là encore, force est de constater que ce contrôle supplémentaire ne fait qu'alourdir le processus de vente de lot de copropriété, et l'on peut d'interroger sur sa réelle utilité. En outre, la sanction peut être aisément contournée puisque les formes sociales autres que la société civile immobilière ou la société en nom collectif (SARL, EURL, SAS, *etc.*) ne sont pas visées par le texte.

(568) *JCl. Copropriété*, Fasc. 107-39, propos J. Lafond, préc.

§ III La consultation du casier judiciaire

4286 **– La lutte contre l'habitat indigne. –** La loi Alur a prévu une peine complémentaire, frappant les personnes physiques, consistant en l'interdiction d'acheter pour une durée de cinq ans au plus (délai de dix ans prévu par la loi Élan) un bien immobilier à usage d'habitation à d'autres fins que pour l'occuper à titre personnel (c'est-à-dire pour en faire son logement). Cette peine complémentaire est susceptible d'être prononcée pour sanctionner divers délits concernant l'habitat indigne. L'interdiction d'acheter, qui ne peut frapper que des personnes physiques, s'applique non seulement aux acquisitions faites par l'auteur de l'infraction à titre personnel, mais également à celles qu'il effectuerait en tant qu'associé ou en tant que mandataire social d'une société civile immobilière ou en nom collectif qui se porterait acquéreur, ou encore aux acquisitions faites « sous forme de parts immobilières ».

4287 **– Une vérification préalable à la vente pesant sur le notaire. –** L'article L. 551-1 du Code de la construction et de l'habitation fait obligation au notaire chargé d'établir l'acte authentique de vente d'un bien immobilier à usage d'habitation de vérifier si l'acquéreur a fait l'objet d'une condamnation sur le fondement des textes précités.

Il doit interroger le Casier judiciaire national par l'intermédiaire de l'Association pour le développement du service notarial, placée sous le contrôle du Conseil supérieur du notariat, qui lui indiquera si l'acquéreur personne physique ou l'un des associés ou mandataires sociaux de la société civile immobilière ou en nom collectif se portant acquéreur est dans la situation visée au texte. Cette interrogation doit être effectuée, en toute hypothèse, avant l'établissement de l'acte authentique de vente. En effet, s'il apparaissait, une fois la vente intervenue, que l'acquéreur était frappé d'une interdiction d'acheter, la vente intervenue serait nulle, d'une nullité absolue, comme ayant un objet illicite et contraire à un texte d'ordre public. En outre, l'acquéreur encourrait la peine prévue à l'article 225-14 du Code pénal (jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende).

Dans l'hypothèse où la demande de renseignements est formulée après la signature de l'avant-contrat, il convient de faire déclarer l'acquéreur, dans l'avant-contrat, qu'il n'a fait l'objet d'aucune condamnation et d'insérer l'interrogation du casier judiciaire en condition suspensive.

Si le résultat de la consultation du fichier ne révèle aucune condamnation, il convient de l'annexer à l'acte authentique. Dans l'hypothèse d'une condamnation définitive à la peine d'interdiction d'acheter un bien immobilier à usage d'habitation, l'acte authentique ne sera pas signé et l'avant-contrat signé antérieurement sera réputé nul et non avenu aux torts de l'acquéreur, sauf à ce que ce dernier atteste dans l'acte de vente que le bien est destiné à son occupation personnelle. Dans ce cas, l'acte de vente et l'attestation doivent être notifiés à l'administration fiscale par le notaire (569).

Conclusion

Là encore, l'obligation de consultation du casier judiciaire alourdit les formalités préalables à la vente pour un nombre restreint de personnes condamnées à une peine au titre de l'habitat indigne. En outre, l'interdiction peut, également dans ce cas, être aisément contournée puisque les formes sociales autres que la société civile immobilière ou la société en nom collectif (SARL, EURL, SAS, *etc.*) ne sont pas visées par le texte. De manière générale, ces nouvelles mesures de contrôle font peser sur les notaires un rôle de police de la copropriété aux fins de protection et plus largement de police de l'habitat qui ne leur incombe pas en leur qualité d'officier public et elles ne font que ralentir les transactions, sans en améliorer la sécurité juridique.

(569) CCH, art. L. 551-1, II.

Après avoir réalisé un état et une analyse des dispositifs de protection de l'acquéreur dans la vente immobilière, il convient d'aborder l'évolution de l'obligation d'information pesant sur le vendeur et le rôle du notaire en la matière, en analysant deux des principales dispositions issues de la récente réforme du droit des contrats.

CHAPITRE II La protection par l'accroissement de l'obligation d'information du vendeur

4288 Nous traiterons ici de l'introduction dans le Code civil de la notion d'obligation précontractuelle d'information, d'une part (**Section I**), et de la notion d'imprévision, d'autre part (**Section II**).

Section I La consécration légale de l'obligation précontractuelle d'information

4289 Il y a cinquante ans, en droit des contrats, il appartenait à chaque contractant de s'informer lui-même sur la portée de ses engagements ; l'acquéreur se devait d'être curieux. Au fil du temps, une multitude de textes visant à assurer la protection de l'acquéreur d'un bien immobilier se sont accumulés, imposant au vendeur diverses obligations spéciales d'information. Aujourd'hui, au contraire, le vendeur même non professionnel doit informer l'acquéreur même professionnel sur la chose achetée (570).

La réforme du droit des contrats est venue insérer au sein du Code civil une obligation (le texte parle de « devoir ») générale et précontractuelle d'information depuis fort longtemps consacrée par des lois spéciales et par la jurisprudence.

4290 **– Le principe posé par la réforme l'ordonnance du 10 février 2016. –** La réforme du droit des contrats a été opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018. Cette réforme est venue consacrer l'obligation précontractuelle d'information au travers de l'article 1112-1 nouveau du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

Cette obligation est bilatérale, elle concerne autant le vendeur (débiteur de l'obligation) que l'acquéreur (créancier de l'obligation).

4291 **– Une information connue et déterminante. –** Il faut d'abord que l'une des parties connaisse une information. Le projet de réforme parlait de « devoir de connaissance », mais cette précision a été supprimée. Cette suppression n'empêchera pas les juges de continuer, d'une part, à considérer qu'une obligation d'information suppose en amont une obligation de se renseigner et, d'autre part, d'appliquer la règle classique selon laquelle l'ignorance illégitime d'une information peut être assimilée à sa connaissance.

De même, seules les informations « déterminantes », c'est-à-dire celles qui ont un « lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties » doivent être révélées. Leur champ d'application est très large et concerne les caractéristiques tant juridiques que matérielles de la chose vendue. Elles peuvent relever du défaut de délivrance conforme, de la garantie d'éviction, ou de la garantie des vices cachés. De plus, le qualificatif « déterminant » ne doit pas être compris dans le seul sens des vices du consentement,

(570) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10e éd. 2018.

c'est-à-dire une information qui a déterminé l'autre à contracter, ou sans laquelle l'autre n'aurait pas contracté. La sanction n'est pas uniquement l'annulation du contrat, mais aussi l'allocation de dommages et intérêts. Or cette dernière sanction est possible dès lors que l'ignorance de l'information a causé un dommage au créancier, et non pas seulement si elle l'a conduit à conclure un contrat qu'il n'aurait sinon pas conclu (571).

4292 **– L'exclusion de la valeur de la prestation. –** L'alinéa 2 de l'article 1112-1 nouveau du Code civil précise que le devoir d'information « ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». Le Rapport au Président de la République énonce que : « Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation » (572). Cette disposition vient consacrer la célèbre jurisprudence *Baltus* en matière d'œuvre d'art du 3 mai 2000. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait jugé que l'acheteur n'avait pas à informer le vendeur de ce que le prix était dérisoire par rapport à la valeur réelle des photographies vendues (573). La Cour de cassation a, par la suite, énoncé de manière plus générale que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis » (574).

4293 **– L'ignorance légitime et le lien de confiance. –** L'obligation précontractuelle d'information n'existe que si l'ignorance de l'autre partie est légitime. L'ignorance légitime fait appel à la notion d'obligation de se renseigner pour le créancier de l'information. Cette obligation renvoie à une information facilement accessible ou connue de tous, et à moindre coût. Dès lors, si le créancier de l'information est conscient de l'importance d'une information et peut se renseigner, il est tenu de le faire. À l'inverse, si le débiteur de l'information lui fournit une information fausse mais qu'il peut légitimement croire vraie, sa confiance sera protégée et on ne lui reprochera pas de ne pas l'avoir vérifiée (575). Le lien de confiance vise quant à lui certains contrats, notamment les contrats entre sachants et non-sachants, mais pas uniquement le non-professionnel face au professionnel mais également les contrats entre professionnels qui n'ont pas la même spécialité.

Pour l'essentiel, la réforme du droit des contrats est venue consacrer le droit jurisprudentiel antérieur. Ainsi avait-il été jugé que l'obligation de renseignement ne devait porter que sur les informations utiles au contractant, c'est-à-dire les faits pertinents (576) ; elle devait être exacte, ce qui obligeait à s'informer (577), à condition que le fait pût être découvert par le débiteur de l'information (578).

(571) M. Fabre-Magnan, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme* : *JCP* G 2016, act. 706.

(572) M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations. L'obligation précontractuelle d'information* : *JCP* N 28 oct. 2016, n° 43-44, act. 1155.

(573) Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 : *JurisData* n° 2000-001683.

(574) Cass. 3e civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : *JurisData* n° 2007-037041.

(575) Modèle de J. Lafond : *JCP* N 23 sept. 2016, n° 38, 1729 : *Immatriculation des syndicats de copropriétaires : le rôle du notaire,* préc.

(576) M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, nos 169 et s. ; par ex. : Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 147 ; *RTD civ.* 1992, 84, obs J. Mestre.

(577) Par ex. : Cass. 2e civ., 19 juin 1996 : *Bull. civ.* 1996, II, n° 161 ; *D.* 1996, inf. rap. 187 ; *JCP* G 1996, IV, 1880 : « Celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause (...) ; le fait de donner une information inexacte est constitutif de faute ».

(578) Sur la portée des revirements de jurisprudence : Cass. 1re civ., 7 mars 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 136 ; *JCP* N 2006, I, 166, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2006, 2894, note F. Marmoz : le notaire et l'agent immobilier engagent leur responsabilité, du seul fait qu'une évolution jurisprudentielle, achevée après leur intervention, était apparue avant ; il leur appartenait de tenir compte des « incertitudes de la jurisprudence ». S. Becqué-Ickowicz : *Defrénois* 2003, art. 37710, p. 521.

Enfin, l'alinéa 5 de l'article 1112-1 nouveau du Code civil précise que : « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ». Le texte est d'ordre public et ne peut être écarté par une clause lors des pourparlers.

4294 **– Charge de la preuve. –** L'alinéa 4 de l'article 1112-1 du Code civil prévoit qu'« il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ». La Cour de cassation précise que c'est au professionnel de prouver qu'il avait informé son client (579). Fondée sur l'ancien article 1315, cette jurisprudence s'applique à tous les débiteurs d'une obligation particulière d'information. La preuve de l'existence de cette obligation incombe à la victime, celle de son exécution est à la charge du débiteur. L'article 1112-1, alinéa 4 consacre cette répartition de la charge de la preuve. Cette preuve, qui est celle d'un fait, peut être faite par tous moyens. La responsabilité du débiteur de l'information ou du conseil n'est engagée, conformément au droit commun, que si le créancier démontre l'existence d'un préjudice.

4295 **– Sanction. –** Ainsi le vendeur doit aujourd'hui dire tout ce qu'il sait où faire rechercher quelquefois certaines informations sur ce qu'il ne sait pas, et toute réticence à délivrer une information qu'il connaît est susceptible de caractériser le dol du vendeur. Cette obligation de délivrance d'une information connue constitue la traduction en droit de l'exigence de la transparence du vendeur, qui trouve sa source dans l'exigence de bonne foi, ou l'absence de comportement dolosif. D'ailleurs le principe de bonne foi a été renforcé par la réforme en introduisant à l'article 1104 du Code civil la notion de bonne foi dans la négociation, la conclusion et l'exécution des contrats alors que l'article 1134, alinéa 3 ancien se bornait à l'exécution de bonne foi.

Le nouvel article 1112-1 du Code civil prévoit, dans son alinéa 6, que : « Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». Le nouvel article 1137, alinéa 2 reconnaît quant à lui la réticence dolosive comme l'une des formes du dol et affirme que : « Constitue un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

La sanction de la violation de cette obligation d'information n'est donc pas unique : elle consiste, d'une part, en la responsabilité civile de celui qui était tenu d'informer, c'est-à-dire de réparer les conséquences du défaut d'information, souvent la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses, et ce par l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle et, d'autre part, la nullité du contrat si le défaut d'information a causé un vice du consentement : erreur sur une qualité essentielle ou dol par réticence si l'omission avait été intentionnelle.

4296 **– Rôle du notaire. –** L'obligation d'information est inhérente au rôle du notaire. Elle renvoie à la notion de devoir de conseil. Ce devoir peut se définir comme étant l'obligation pour le notaire d'informer les parties signataires afin de les aider à contracter en connaissance des problèmes de tous ordres qui peuvent surgir à l'occasion de l'opération projetée. Le formalisme de l'acte authentique oblige à délivrer une multitude d'informations. Le nouvel article 1112-1 du Code civil ne fait que renforcer cette obligation qui incombe au notaire (580).

(579) Responsabilité du notaire : Cass. 1re civ., 3 févr. 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, no 44 ; *Defrénois* 1998, art. 36815, no 71, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1999, 84, obs. J. Mestre.

(580) J.-Y. Camoz : *JCP* N 23 mars 2018, no 12, no 1136.

L'analyse de la jurisprudence révèle que les tribunaux sanctionnent sévèrement le manquement à l'obligation d'information suffisante du notaire, nonobstant les conseils déjà donnés par un autre professionnel, notamment un établissement de crédit (581). Le notaire pourra être jugé complice du défaut d'information dû par le cocontractant. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a-t-elle récemment jugé que la faute intentionnelle du client vendeur ne dispense pas le notaire de son devoir d'information. Il commet une faute en s'abstenant de renseigner l'acquéreur sur l'existence d'un arrêté de catastrophe naturelle (582). Le seul tempérament à cette obligation d'information est, dans une certaine mesure, l'obligation au secret professionnel (583).

Conclusion

L'introduction dans le Code civil de cette obligation précontractuelle d'information, même si elle ne fait que consacrer le droit jurisprudentiel antérieur et vise à protéger les contractants, vient fragiliser, à notre sens, la sécurité juridique des transactions, et accroît la responsabilité des notaires, son champ d'application étant par nature très large et non susceptible d'une appréciation objective, favorisant ainsi les contentieux devant les tribunaux.

Dès lors, il incombe aux notaires, juges de l'amiable, la lourde tâche, d'une part, de faire prendre conscience au vendeur de l'importance de son obligation d'information et, d'autre part de le guider, en tant que professionnels, dans l'exécution complète de son obligation.

Il sera donc utilement conseillé de reproduire dans les actes le texte de l'article 1112-1, alinéa 1er du Code civil ou de rappeler au vendeur son obligation précontractuelle d'information et à l'acquéreur son obligation de renseignement, de rédiger des clauses simples et compréhensibles notamment pour le vendeur non professionnel, et de porter une attention toute particulière à la collecte des informations auprès du vendeur lors de la constitution du dossier de vente. À ce titre, les « questionnaires vendeurs » développés par le Conseil supérieur du notariat sont de précieux outils à ne pas négliger.

En parallèle de cette généralisation de l'obligation d'information, le législateur a souhaité, dans un but de justice contractuelle, introduire dans le Code civil la notion d'imprévision dans les contrats. Nous verrons que cette notion d'imprévision vient atténuer la force obligatoire du contrat et semble d'application délicate dans la vente immobilière.

Section II L'introduction de la notion d'imprévision dans les contrats : une révolution potentielle pour la vente immobilière

4297 **– Un concept nouveau introduit en droit français des contrats. –** Le Code civil de 1804 ne traitait pas de l'imprévision. Le principe de la force obligatoire était proclamé par l'article 1134, alinéa 1er du Code civil, selon lequel : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Seule la volonté peut défaire ce qu'elle a fait : selon l'article 1134, alinéa 2 du Code civil les conventions ne pouvaient être révoquées que par le seul consentement mutuel. Le refus de la Cour de cassation, avec la célèbre décision *Canal de Craponne* (584), d'accorder au juge un quelconque pouvoir de réviser les conditions d'exécution du contrat en cas de bouleversement des circonstances économiques (crise, dévaluation, guerre), autrement dit le rejet de la fameuse théorie de

(581) Cass. 1re civ., 16 nov. 2016, no 15-22.340 : *Defrénois* 2017, p. 707, chron. J.-F. Sagaut et M. Latina.
(582) Cass. 1re civ., 11 janv. 2017, no 15-22.776 : *JCP* N 2017, 1191, Ph. Pierre.
(583) Cass. 1re civ., 22 sept. 2016, no 15-22.784 : *Defrénois* 2017, p. 703, chron. J.-F. Sagaud et M. Latina.
(584) Cass. civ., 6 mars 1876 : *D.* 1876, 1, p. 193, note Giboulot ; *S.* 1876, 1, p. 161 ; *GAJ civ.* 2008, no 165.

l'imprévision, témoigne de la volonté judiciaire de faire respecter la loi des parties coûte que coûte et de son attachement à la force obligatoire du contrat (585). S'en sont suivis de vastes débats et de nombreux écrits sur le sujet jusqu'à la réforme du droit des contrats consacré par l'ordonnance du 10 février 2016.

L'article 1134 du Code civil est supprimé et remplacé par l'article 1193 selon lequel : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise » et l'article 1195 nouveau du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 introduit en droit français la notion d'imprévision. Le Rapport au Président de la République présente le nouvel article 1195 du Code civil comme l'une des principales innovations de l'ordonnance du 10 janvier 2016. Le Rapport est à ce titre éclairant : « La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas connaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé et des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance ».

4298 **– Définition. –** L'imprévision désigne habituellement les situations où un contrat, dont l'exécution est échelonnée dans le temps, subit un profond déséquilibre à la suite d'un changement imprévisible des circonstances ayant présidé à sa conclusion, ce qui rend son exécution beaucoup plus onéreuse.

4299 **– Contenu du texte. –** Voici ce qu'énonce le nouvel article 1195 du Code civil : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Le texte se contente d'indiquer qu'une partie « peut » demander à son cocontractant, lorsque les conditions sont réunies, la renégociation du contrat. L'article 1195 ajoute que les parties continuent à exécuter leurs obligations durant la phase de renégociation, ce qui leur ôte toute pression et protège leur liberté de ne plus continuer à négocier. Est ainsi préservée la force obligatoire du contrat.

Le second alinéa de l'article 1195 du code s'intéresse aux suites de cette nouvelle discussion entre les parties : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ». Le juge reçoit la mission d'adapter le contrat, mais à condition que les deux parties s'entendent sur ce point. Ensuite, ce n'est qu'à défaut d'accord dans un délai raisonnable qu'une partie pourra unilatéralement saisir le juge en vue de procéder à la « révision » du contrat ou d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. On constate que le juge ne peut intervenir qu'en cas de désaccord persistant entre les parties. La révision judiciaire est donc envisagée comme une sanction de l'absence de dialogue et de manière subsidiaire. Elle ne joue qu'en cas d'échec contractuel. Il découle de l'analyse de ce texte que les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas instauré une véritable obligation de renégocier, mais un simple droit à la renégociation en cas de changement de circonstances. Il permet néanmoins l'intrusion du juge dans l'équilibre contractuel.

4300 **– Des circonstances imprévisibles et une exécution rendue excessivement onéreuse. –** Les circonstances imprévisibles sont des circonstances exceptionnelles, qui ne nécessitent pas un bouleversement mais un simple changement de circonstances, lesquelles peuvent être progressives, pas forcément brutales, et s'analysent en des changements qui doivent

(585) *JCl. Notarial Répertoire*, Fasc. 11, par Y. Picod.

provenir de causes extérieures au contractant concerné, comme par exemple des changements de la législation environnementale ou fiscale entraînant une flambée des coûts d'approvisionnement ou de fabrication, une guerre ou un cataclysme provoquant une montée inattendue du prix des matières premières, une crise boursière ou bancaire avec toutes ses conséquences économiques, la sortie d'un pays contractant de la zone euro...

Le terme « excessivement onéreuse » signifie clairement qu'un coût supplémentaire ou une perte de bénéfice ne saurait suffire. Le terme employé est d'interprétation difficile pour le juge, il reviendra aux parties de s'accorder dans le contrat initial du seuil de déclenchement de l'imprévision.

– Distinction avec la lésion et la force majeure. – La lésion est un déséquilibre entre les prestations existant lors de la conclusion du contrat. La lésion ne sera prise en compte que dans des cas exceptionnels où le déséquilibre apparaît inacceptable (lésion de plus des sept douzièmes du vendeur d'immeuble, lésion de plus du quart dans le partage), ou bien quand il résulte d'une situation de faiblesse d'un contractant, inapte à apprécier la valeur des prestations (lésion subie par un incapable majeur ou mineur, lésion provoquée par un abus de dépendance). L'imprévision n'apparaît pour sa part que postérieurement à la conclusion du contrat, ce qui n'est pas le cas de la lésion (586). **4301**

L'imprévision doit également être distinguée de la force majeure. Dans les deux cas, la perturbation affectant le contrat provient d'un changement de circonstances postérieur à sa conclusion et ce changement était imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Mais il n'y a force majeure que si les circonstances nouvelles ont rendu impossible l'exécution du contrat : l'événement imprévisible et irrésistible doit échapper au contrôle de son débiteur et empêcher l'exécution, temporairement ou définitivement (C. civ., art. 1218), ce qui distingue force majeure et imprévision ; si la force majeure est établie, la résolution contractuelle qui s'ensuit lorsque l'inexécution est définitive opère de plein droit ; l'exécution du contrat est en revanche suspendue lorsque l'empêchement n'est que temporaire (587).

L'imprévision n'empêche pas l'exécution du contrat et ouvre un droit à la renégociation.

– Caractère supplétif. – Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont pas souhaité conférer, à la différence du principe de bonne foi ou de l'obligation d'information, un caractère d'ordre public aux dispositions sur l'imprévision. Ce texte revêt donc un caractère supplétif et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenue de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat, par l'intermédiaire d'une acceptation qui peut être expresse ou résulter de la nature du contrat. **4302**

Dans le silence des parties, il faudra considérer que le risque d'imprévision n'a pas été accepté par l'une d'entre elles.

– Champ d'application. – Le champ d'application de l'article 1195 du Code civil est extrêmement large, le texte ne procédant à aucune exclusion de principe. Il s'applique donc à tous les types de contrats, sauf les opérations sur titres et contrats financiers, expressément exclus par la loi de ratification. **4303**

– Une application pratique à la vente d'immeubles. – Le contrat de vente immobilière est donc, en théorie, concerné par la notion d'imprévision. Mais qu'en est-il en pratique ? La vente immobilière n'est pas un contrat à exécution successive et le transfert de propriété qui en découle s'accommode mal avec cette notion d'imprévision. Néanmoins, ses effets **4304**

(586) *JCl. Notarial Répertoire*, Fasc. 11, par Y. Picod, préc.
(587) *JCl. Notarial Répertoire*, Fasc. 11, par Y. Picod, préc.

peuvent s'étaler dans le temps. On peut dès lors imaginer des cas où un événement postérieur à la conclusion du contrat crée un déséquilibre au détriment de l'acquéreur.

Par exemple, un particulier vend à un autre particulier un terrain constructible suivant le plan local d'urbanisme en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Celui-ci prévoit de retarder le transfert de propriété à la réitération des consentements par acte authentique. Entre-temps, en raison de fortes intempéries ayant modifié la configuration des sols, le terrain devient inondable, ce qui pourrait entraîner son inconstructibilité. Le prix prévu sera nécessairement excessif par rapport à la valeur du terrain. L'acquéreur pourra alors invoquer l'imprévision, si toutes les conditions de celles-ci sont remplies. C'est sans doute là qu'apparaît l'éventuelle difficulté pour mettre en œuvre le mécanisme de l'imprévision (588).

Tout d'abord, le notaire se doit d'expliquer le texte de l'article 1195 du Code civil lors de l'avant-contrat afin d'assurer une bonne compréhension à ses clients de la notion d'imprévision. Nos propos ci-avant développés aideront utilement le praticien dans ses explications.

Ensuite, il sera utile de relater le texte de l'article dans l'avant-contrat et l'acte de vente. Si aucune clause relative à la notion d'imprévision ne figure à l'acte, ou si y figure seulement le texte de l'article, les parties seront considérées comme n'ayant pas accepté le risque d'imprévision en cas de problème postérieur à la vente. Dans ce cas, la renégociation du contrat sera donc possible.

Enfin, il est donc conseillé d'insérer une clause à l'avant-contrat et à la vente permettant d'écarter le mécanisme de la renégociation du contrat. Le choix des mots est important car, contrairement aux termes généralement utilisés dans le contrat de vente immobilière, on ne « renonce pas à l'imprévision », l'imprévision étant la circonstance, mais on renonce à la renégociation du contrat en acceptant expressément l'imprévision.

4305 – Autres applications intéressant la pratique notariale. – En dehors du contrat de vente immobilière, le texte de loi ne procédant à aucune exclusion, il conviendra d'être vigilant, à notre sens, dans la rédaction des contrats de vente à exécution successive, naturellement susceptibles d'être affectés par un changement des circonstances en cours d'exécution. Le problème se pose notamment avec une certaine acuité pour les contrats de vente d'immeuble à construire, les ventes en l'état futur d'achèvement, les ventes à terme, les contrats de prêt, les baux et les ventes en rente viagère, l'imprévision étant un phénomène atteignant par essence ce type de contrats.

Certaines solutions ont été apportées par la pratique et/ou le droit positif. La question est de savoir si elles laissent une place à l'application de l'article 1195 du Code civil.

Ainsi, en matière notamment de vente moyennant le versement d'une rente viagère, les parties stipulent généralement une clause d'indexation et la loi n° 49-420 du 25 mars 1949 prévoit la majoration légale des arrérages de rente ainsi que la possibilité de leur révision judiciaire. Dans ce cas, les mécanismes de révision étant prévus par la loi, il nous semble logique de ne pas laisser place à la renégociation du contrat (589).

En matière de vente en l'état futur d'achèvement ou vente à terme, là encore le législateur a prévu la possibilité de réviser le prix par le biais d'une indexation. Les conditions sont posées aux articles L. 261-11 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Cette possibilité est d'ailleurs d'ordre public dans le secteur protégé. Dès lors, l'article 1195 du Code civil est-il applicable face à cette législation ? Tout dépend, de l'interprétation donnée

(588) H. Périnet-Marquet, *Droit des contrats : le changement c'est pour demain* : *Constr.-Urb.* avr. 2015, repère 4.

(589) A.-S. Courdier-Cuisinier, *Les évolutions relatives aux effets du contrat*, *in* Actes du colloque « La réforme du droit des obligations : quelles évolutions pour la vente immobilière ? » : *Ann. loyers* juill.-août 2016, n° 07-08.

à l'article L. 261-11-1. Si l'on vise la révision, on exclut l'application de l'article 1195 du Code civil, mais si l'on vise seulement l'indice, le texte ne ferme pas la voie à un autre mode de révision. Pour autant, retenir cette interprétation et donc admettre l'application de l'article 1195 du Code civil risque de rendre illusoire cette protection si ce texte est invoqué par le vendeur. Mais l'argument ne tient plus si le contractant lésé par l'imprévision est l'acquéreur. Il pourrait avoir intérêt à invoquer les dispositions de l'article 1995 du Code civil. Le lui refuser ne serait donc pas le protéger.

En conclusion, dans ces types de contrats, il est fortement conseillé de s'interroger sur l'exclusion ou non de la possibilité de renégocier le contrat.

Après avoir traité du formalisme d'information applicable à la personne du contractant, nous analyserons le formalisme d'information appliqué aux biens vendus, formalisme de plus en plus lourd au regard du développement des lois dites « spéciales d'information ».

SOUS-TITRE II

Le formalisme d'information appliqué aux biens vendus

Notre propos ici n'est pas de passer en revue l'intégralité des diagnostics existants à ce jour, mais plutôt d'analyser l'évolution de la législation en la matière et les objectifs poursuivis par le législateur. **4306**

– De la vente consensuelle au développement croissant de la production de diagnostics. – Au commencement était la vente immobilière sans diagnostic. La notion de « prise en l'état du bien » avait un sens beaucoup plus important que de nos jours. Au fil du temps, la santé et la sécurité des occupants des immeubles ont constitué une attente croissante de la société et une préoccupation des pouvoirs publics. L'intervention du législateur en la matière a débuté en 1996 avec la prévention du risque « amiante » et s'est poursuivie, en 1998, avec la mise en place du dispositif de protection contre le risque de saturnisme. Ces mesures avaient pour but de protéger les occupants de l'immeuble contre les risques sanitaires que leur faisait courir la présence dans l'immeuble de produits dont la nocivité avait été démontrée. **4307**

Depuis le début des années 2000, le développement de la protection de l'environnement, de la lutte pour la réduction des gaz à effet de serre avec le Grenelle de l'environnement et la nécessité d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable, ainsi que l'accroissement de l'exigence de sécurité dans les immeubles à usage d'habitation n'ont fait qu'accroître en parallèle le développement de nouveaux diagnostics immobiliers à produire dès l'avant-contrat de vente. Sous l'impulsion des notaires, confrontés à la pratique de ces nouveaux diagnostics au quotidien, le législateur a pris conscience de la nécessité d'encadrer et de contrôler ces nouveaux professionnels appelés « diagnostiqueurs ».

L'immeuble bâti et non bâti fait aujourd'hui l'objet d'une « auscultation » dans ses éléments visibles et invisibles, afin de protéger l'acquéreur contre toute mauvaise surprise.

Nous ausculterons donc le formalisme d'information appliqué à l'immeuble bâti (**Chapitre I**) avant d'aborder le formalisme particulier de l'immeuble non bâti (**Chapitre II**).

CHAPITRE I Le formalisme d'information appliqué à l'immeuble bâti

Section I Le dossier de diagnostic technique

4308 L'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005, relative au logement et à la construction, issue des dispositions des articles 19, 21, 41 et 42 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 portant simplification du droit a rassemblé dans un seul dossier appelé « dossier de diagnostic technique » l'ensemble des diagnostics en vigueur à cette époque. Ce n'est qu'à compter du 1er novembre 2007, date d'entrée en vigueur du décret du 5 septembre 2006, précisant les conditions d'établissement du dossier de diagnostic technique, qu'a pu être produit à l'acquéreur le dossier de diagnostic technique. Différentes lois et décrets sont venus, par la suite, compléter ce dossier.

Le texte de référence est l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation, savoir :

« I – En cas de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti, un dossier de diagnostic technique, fourni par le vendeur, est annexé à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente. En cas de vente publique, le dossier de diagnostic technique est annexé au cahier des charges.

Le dossier de diagnostic technique comprend, dans les conditions définies par les dispositions qui les régissent, les documents suivants :

1° Le constat de risque d'exposition au plomb prévu aux articles L. 1334-5 et L. 1334-6 du Code de santé publique ;

2° L'état mentionnant la présence ou l'absence de matériaux ou produits contenant de l'amiante prévu à l'article L. 1334-13 du même code ;

3° L'état relatif à la présence de termites dans le bâtiment prévu à l'article L. 133-6 du présent code ;

4° L'état d'installation intérieure de gaz prévu à l'article L. 134-6 du présent code ;

5° Dans les zones mentionnées au I de l'article L. 125-5 du Code de l'environnement, l'état des risques naturels et technologiques prévu au deuxième alinéa du I du même article ;

6° Le diagnostic de performance énergétique prévu à l'article L. 134-1 du présent code ;

7° L'état de l'installation intérieure d'électricité prévu à l'article L. 134-7 ;

8° Le document établi à l'issue du contrôle des installations d'assainissement non collectif mentionné à l'article L. 1331-11-1 du Code de la santé publique ;

9° Dans les zones prévues à l'article L. 133-8, l'information sur la présence d'un risque de mérule.

Les documents mentionnés aux 1°, 4° et 7° ne sont requis que pour les immeubles ou parties d'immeubles à usage d'habitation.

Le document mentionné au 6° n'est pas requis en cas de vente d'un immeuble à construire visée à l'article L. 261-1.

Lorsque les locaux faisant l'objet de la vente sont soumis aux dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis ou

appartiennent à des personnes titulaires de droits réels immobiliers sur les locaux ou à des titulaires de parts donnant droit ou non à l'attribution ou à la jouissance en propriété des locaux, le document mentionné au 1° porte exclusivement sur la partie privative de l'immeuble affectée au logement et les documents mentionnés au 3°, 4°, et 7° sur la partie privative du lot.

II – En l'absence, lors de la signature de l'acte authentique de vente, d'un des documents mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 7° et 8° du I en cours de validité, le vendeur ne peut pas s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondante.

En l'absence, lors de la signature de l'acte authentique de vente, du document mentionné au 5° du I, l'acquéreur peut poursuivre la résolution du contrat ou demander au juge une diminution du prix.

En cas de non-conformité de l'installation d'assainissement non collectif lors de la signature de l'acte authentique de vente, l'acquéreur fait procéder aux travaux de mise en conformité dans un délai d'un an après l'acte de vente.

L'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique qui n'a qu'une valeur informative ».

4309 **– Champ d'application. –** L'analyse de cet article amène à différentes affirmations : d'une part, le texte ne parle que des « ventes ». En conséquence, les mutations à titre gratuit, les partages et les apports en société ou fusion ne sont pas concernés. L'application à certains actes, comme l'échange ou la dation en paiement, a pu poser question. La prudence voudrait que, dans ces cas, un dossier de diagnostic technique soit établi, mais il conviendra de faire valider le raisonnement aux clients afin de ne pas subir de contestation ultérieure.

La vente de locaux accessoires est concernée, ainsi que la vente d'un droit réel immobilier (usufruit, nue-propriété). La licitation, quant à elle, est concernée lorsque l'acquisition est faite par un tiers étranger à l'indivision.

D'autre part, le texte parle d'un « immeuble bâti », ce qui exclut les ventes de caravanes, péniches amarrées, *mobil-homes*, habitations légères de loisirs définies par l'article R. 111-37 du Code de l'urbanisme. Les ventes d'immeuble à construire en sont exclues, mais les ventes d'immeuble à rénover sont concernées.

Lorsque l'immeuble acquis est destiné à être démoli ou entièrement rénové, la question de l'établissement du dossier de diagnostic technique se pose. Dans ce cas, il est conseillé de faire établir *a minima* un diagnostic amiante, plomb et termites permettant au vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés (590). Enfin, au-delà des ventes amiables classiques, le texte s'applique aux ventes publiques (le dossier de diagnostic technique est annexé au cahier des charges) ainsi qu'aux ventes en procédure collective.

4310 **– Contenu du dossier de diagnostic technique. –** Le contenu du dossier varie en fonction de l'affectation de l'immeuble vendu et de sa date de construction. En cas de vente d'immeuble ou parties d'immeuble à usage d'habitation, l'ensemble des diagnostics visés par le texte sont exigés. S'il s'agit d'un immeuble destiné à un autre usage que d'habitation, le dossier technique ne comprendra que les documents suivants : l'état sur la présence ou l'absence de matériaux ou produits contenant de l'amiante, l'état relatif à la présence de termites, l'état des risques et pollution, le contrôle des installations d'assainissement non collectif, le diagnostic de performance énergétique, l'information sur la présence d'un risque de mérule.

(590) V. en ce sens, Rép. min. n° 32577 : *JOAN* Q 24 févr. 2009, p. 1800.

4311 – Durée de validité. – La durée de validité de chacun des diagnostics du dossier de diagnostic technique est fixée par décret. Il convient de se référer à l'article R. 271-5 du Code de la construction et de l'habitation, créé par le décret nº 2006-1653 du 21 décembre 2006. Selon ce texte :

« Par rapport à la date de la promesse de vente ou à la date de l'acte authentique de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti, les documents prévus aux 1º, 3º et 4º du I de l'article L. 271-4 doivent avoir été établis depuis :
- sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 271-5, moins d'un an pour le constat de risque d'exposition au plomb ;
- moins de six mois pour l'état du bâtiment relatif à la présence de termites ;
- moins de trois ans pour l'état de l'installation intérieure de gaz ;
- moins de trois ans pour l'état de l'installation intérieure d'électricité ».

Quant au diagnostic de performance énergétique, sa durée a été fixée à dix ans par le décret nº 2011-413 du 13 avril 2011 codifié à l'article R. 134-4-2 du Code de la construction et de l'habitation.

Concernant le contrôle de l'installation d'assainissement non collectif, l'article L. 1331-11-1 du Code de la santé publique énonce que le rapport de visite doit dater de moins de trois ans « au moment de la signature de l'acte de vente ».

Enfin, s'agissant de l'état des risques et pollution, l'article R. 125-26 du Code de l'environnement modifié par le décret nº 2017-780 du 5 mai 2017 fixe la durée de validité dudit état à moins de six mois.

Il est à noter que le diagnostic amiante établi **à compter du 1er avril 2013** ne se périme plus, sauf nouvelle évolution de la législation.

Quant au constat de risque d'exposition au plomb, s'il établit l'absence de revêtements contenant du plomb ou la présence de revêtements contenant du plomb à des concentrations inférieures aux seuils définis par arrêté, il n'y a pas lieu de faire établir un nouveau constat à chaque mutation, ainsi qu'il résulte de l'article L. 271-5, alinéa 3 du Code de la construction et de l'habitation.

4312 – Établissement du dossier. – La constitution du dossier de diagnostic technique ainsi que son coût incombent au vendeur. Ce dossier ne forme pas un tout indivisible, mais plutôt la somme des différents diagnostics visés à l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation.

4313 – Le professionnel diagnostiqueur. – En pratique, le vendeur fait appel à un professionnel pour l'établissement de ce dossier de diagnostic technique. Selon l'article L. 271-6, alinéa 1er du Code de la construction et de l'habitation, le recours à un professionnel est obligatoire pour l'établissement des diagnostics concernant le plomb, l'amiante, les termites, l'installation de gaz et électricité, ainsi que pour le diagnostic de performance énergétique. Le professionnel doit répondre à diverses exigences : de compétence, d'indépendance et d'impartialité, et d'obligation d'assurance.

Contrôler ces exigences est essentiel afin de permettre de protéger le vendeur et l'acquéreur, et de conforter la sécurité juridique de l'acte. La définition des critères de certification des compétences des diagnostiqueurs et d'accréditation des organismes de certification a fait l'objet de différents arrêtés. À ce sujet, il convient de se référer à l'article R. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, issu du décret nº 2006-1114 du 5 septembre 2006, qui vise les conditions dans lesquelles les compétences des intervenants peuvent être certifiées et vérifiées.

En outre, l'article R. 271-3 du Code de la construction et de l'habitation énonce que le diagnostiqueur doit remettre à son client un document par lequel il atteste sur l'honneur qu'il est en situation régulière au regard des dispositions de l'article L. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation et qu'il dispose des moyens en matériel et en personnel nécessaires à sa prestation. Les documents établis sous couvert de la certification prévue à l'article R. 271-1 comportent la mention suivante : « Le présent rapport est établi par une personne dont les compétences sont certifiées par... », complétée par le nom et l'adresse postale de l'organisme certificateur concerné.

Enfin, l'article L. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation parle d'obligation d'indépendance et d'impartialité dont les conditions et les modalités d'application doivent faire prochainement l'objet d'un décret en Conseil d'État.

La liste des diagnostiqueurs immobiliers certifiés est consultable sur le site du ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer.

– Documents annexés. – En résumé, le notaire doit annexer à son acte : **4314**

- le dossier de diagnostic technique ;
- l'attestation d'assurance du diagnostiqueur ;
- l'attestation sur l'honneur ;
- la ou les attestations de compétence.

Le notaire n'a aucune obligation de vérification des documents fournis, mais il doit s'assurer qu'ils figurent dans le dossier. Ces documents doivent être annexés à l'avant-contrat et à la vente, et non simplement remis à l'acquéreur, et ne doivent pas être périmés à la date de signature de l'acte authentique de vente.

Concernant les attestations, en leur absence le diagnostiqueur et le vendeur s'exposent à des sanctions pénales et civiles. La sanction pénale, visée par l'article R. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation, est une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe (1 500 € maximum). S'agissant de la sanction civile, la législation étant d'ordre public, le diagnostic établi par une personne n'ayant pas les compétences requises est nul, de nullité absolue, avec les sanctions civiles attachées.

Il est à noter que le diagnostiqueur engage sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du vendeur et sa responsabilité délictuelle vis-à-vis de l'acquéreur.

Faut-il mentionner les conclusions des diagnostics techniques dans les avant-contrats et les ventes ?

Un débat s'est fait jour sur la nécessité ou non de relater les conclusions des diagnostics dans les avant-contrats et les ventes, source d'erreurs. L'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation impose simplement que soit annexé à la promesse de vente, ou à défaut, à l'acte de vente, le dossier de diagnostic technique. Le texte ne prescrit aucune obligation supplémentaire et n'impose pas que les conclusions des divers diagnostics soient reprises dans le corps de l'avant-contrat ou dans le corps de l'acte de vente. D'ailleurs, l'annexe se justifie par l'impossibilité de reproduire tous les textes ou documents auxquels l'acte fait référence, dans la mesure où une telle reproduction rendrait celui-ci inintelligible. Le fait de ne pas relater les conclusions des diagnostics n'empêche pas d'informer et d'avertir l'acquéreur et de faire déclarer le vendeur.

– Diversité des régimes de sanction. – La sanction de la non-production et annexion à **4315** l'acte d'une partie du dossier de diagnostic technique, ou la production de diagnostics établis par un diagnostiqueur qui n'a pas compétence, ou encore de diagnostics qui ne sont

pas en cours de validité, entraîne une impossibilité par le vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés.

Par contre, la production d'un diagnostic erroné n'empêche pas la clause d'exonération de produire ses effets (591).

Il est à noter que l'avant-contrat puis la vente conclus en l'absence de tout ou partie du dossier de diagnostic technique n'entraînent pas la nullité des actes en cause. En effet, la Cour de cassation a jugé que l'absence des diagnostics (en l'espèce les diagnostics amiante et termites) n'empêche pas la réalisation de la vente. Elle prive le vendeur de la possibilité d'invoquer une clause d'exonération de garantie des vices cachés (592).

Il existe deux exceptions à ce régime de sanction : d'une part, dans l'hypothèse de la non-production de l'état des risques et pollution ou d'un état périmé, l'acquéreur peut poursuivre la résolution de la vente ou demander au juge une diminution du prix (593).

D'autre part, l'article L. 271-4, II, alinéa 3 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que l'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique, qui n'a qu'une valeur informative. Le principe étant que ce diagnostic est « inopposable » au vendeur. Néanmoins, nous verrons plus loin que la loi Élan vient renverser ce principe.

4316 **– Propos conclusifs. –** Certains verront dans l'établissement du dossier de diagnostic technique une simple agrégation de différents diagnostics relevant chacun d'une législation qui leur est propre, le tout sans cohérence. Il n'en est rien. Dans un but de transparence, le législateur a souhaité regrouper dans un document unique l'ensemble des diagnostics pour une lecture simplifiée des conclusions des diagnostics, et permettre l'encadrement de la réalisation desdits diagnostics en imposant la justification par les diagnostiqueurs de leurs compétences afin d'assurer la fiabilité juridique des diagnostics. **L'enjeu est donc, pour les notaires, de vérifier que le dossier est complet au regard des exigences de la législation.**

Conseil pratique

L'établissement de ce dossier de diagnostic technique n'empêche pas le notaire de s'y attarder lors de la signature des avant-contrats en expliquant à l'acquéreur le fonctionnement juridique desdits diagnostics, leur mode d'établissement, leurs conclusions, leurs conséquences. L'aspect pédagogique est essentiel pour une bonne compréhension de l'acquéreur. Le notaire se doit également d'accompagner le vendeur dans cette exigence de transparence en procédant à un audit juridique de l'immeuble vendu avant la signature de l'avant-contrat, permettant de déterminer, d'une part, les diagnostics obligatoires à établir et, d'autre part, les simples déclarations à effectuer pour la parfaite information de l'acquéreur.

Section II La protection par l'information sur l'état général de l'immeuble

4317 L'objectif ici n'est pas de revenir en détail sur la législation applicable en matière de présence d'amiante, de plomb dans les peintures, termites, mérules dans les immeubles

(591) Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, no 08-13.373 : *JurisData* no 2009-049550.
(592) Cass. 3e civ., 2 mars 2010, no 08-20.945 : *AJDI* 2010, p. 416.
(593) CCH, art. L. 271-4, II.

bâtis, mais plutôt de faire un point sur quelques difficultés récurrentes relatives à l'application de ces diagnostics à l'occasion des ventes.

– La recherche de plomb dans les peintures. Concernant le plomb, le constat des risques d'exposition au plomb (Crep) est venu remplacer le constat des risques d'accessibilité au plomb (Erap). Le Crep est devenu obligatoire à compter du 1er novembre 2007 et doit être établi lors de la vente des immeubles en totalité ou en partie à usage d'habitation construits avant le 1er janvier 1949. **4318**

L'article 1334-5 du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 8 juin 2005 indique que le constat de risque d'exposition au plomb présente un repérage des revêtements contenant du plomb et, le cas échéant, dresse un relevé sommaire des facteurs de dégradation du bâti. Est annexée à ce constat une notice d'information dont le contenu a été précisé par un arrêté du 25 avril 2006. L'article R. 1334-10, alinéa 1er du Code de la santé publique précise que le constat identifie les éléments comportant un revêtement, établit la concentration en plomb de ces revêtements et la méthode d'analyse utilisée pour la mesurer et décrit l'état de conservation des revêtements contenant du plomb selon un protocole précisé par un arrêté du 25 avril 2006. Le cas échéant, le constat doit indiquer la liste des facteurs de dégradation du bâti mentionnés à l'article 1334-5 qui ont été relevés.

– Durée de validité du Crep. La nouvelle réglementation ayant gardé le silence sur la durée de validité de ce nouveau diagnostic, il convient d'opérer la distinction suivante : **4319**

- si le Crep établit l'absence de revêtements contenant du plomb ou la présence de revêtements contenant du plomb à des concentrations inférieures aux seuils définis par l'arrêté du 25 avril 2006, il n'y a pas lieu de faire établir un nouveau constat à chaque mutation. Le constat initial est joint au dossier de diagnostic technique (594). La durée de validité de ce constat est donc permanente ;
- si le précédent constat était positif, sa durée de validité est d'un an. Mais s'il établissait la présence de revêtements dégradés contenant du plomb à des concentrations supérieures aux seuils définis par l'arrêté du 25 avril 2006, ce constat avait dû être transmis à l'époque au préfet et des travaux avaient normalement dû être accomplis pour supprimer le risque d'exposition au plomb. L'établissement d'un nouveau constat s'impose.

– La bonne lecture des conclusions du Crep. Il convient de ne pas perdre de vue que la révélation d'une accessibilité au plomb peut avoir des conséquences juridiques et financières graves pour un acquéreur (réalisation de travaux, évacuation des occupants...). **4320**

Dès lors, il est prudent de rappeler que, d'une part, lorsque le constat, établi dans les conditions de l'article L. 1334-6 du Code de la santé publique, met en évidence la présence de revêtements dégradés à des concentrations supérieures aux seuils définis par l'arrêté mentionné à l'article L. 1334-2, le propriétaire doit procéder à des travaux appropriés pour supprimer le risque d'exposition au plomb, tout en garantissant la sécurité des occupants (C. santé publ., art. L. 1334-9). Pour autant, le vendeur n'est pas tenu de réaliser les travaux avant la vente.

D'autre part, selon l'article L. 1334-10 du Code de la santé publique, si le Crep « fait apparaître la présence de facteurs de dégradation du bâti (...), l'auteur du constat transmet immédiatement une copie de ce document au directeur général de l'agence régionale de santé qui en informe le représentant de l'État dans le département ».

(594) CCH, art. L. 271-5, al. 3.

Pour mémoire, l'arrêté du 19 août 2011, dans son article 8, énonce que :

« Les situations de risque de saturnisme infantile mentionnées à l'article 1er sont les suivantes :
- au moins un local parmi les locaux objets du présent constat présente au moins 50 % d'unités de diagnostic de classe 3 ;
- l'ensemble des locaux objets du constat présente au moins 20 % d'unités de diagnostic de classe 3.

Les situations de dégradation du bâti mentionnées à l'article 1er sont les suivantes :
- les locaux objets du constat présentent au moins un plancher ou plafond menaçant de s'effondrer ou en tout ou partie effondré ;
- les locaux objet du présent constat présentent des traces importantes de coulures ou de ruissellement ou d'écoulement d'eau sur plusieurs unités de diagnostic d'une même pièce ;
- les locaux objets du présent constat présentent plusieurs unités de diagnostic d'une même pièce recouvertes de moisissures ou de nombreuses tâches d'humidité.

Si le constat identifie au moins l'une de ces cinq situations, son auteur transmet, dans un délai de cinq jours ouvrables, une copie du rapport au directeur général de l'agence régionale de santé en application de l'article L. 1334-10 du Code de la santé publique, en informe le propriétaire et le précise dans son rapport ».

Conseil pratique

Lorsque le Crep met en évidence la présence de revêtements dégradés contenant du plomb mais à un niveau ne nécessitant pas sa transmission à l'agence régionale de santé, la loi prescrit néanmoins la réalisation de travaux mais l'obligation n'est pas sanctionnée par la loi.
Dès lors, nombre de ventes sont conclues avec des Crep pour lesquels l'acquéreur n'a pas été sensibilisé sur la nécessité de réaliser des travaux. Dans la pratique, il est vivement recommandé aux notaires de rester attentifs aux conclusions du Crep et d'adapter la rédaction des clauses à l'acte afin de mentionner cette obligation de travaux à l'acquéreur, car dans l'hypothèse d'un renforcement de la législation à l'avenir, nombre de propriétaires, devenus vendeurs, se retrouveront dans l'obligation de réaliser ces travaux avant de vendre.

4321 – La recherche de l'amiante. – En matière d'amiante, le principe est que la réglementation ne concerne que les immeubles bâtis dont le permis de construire a été délivré avant le 1er juillet 1997, date à laquelle les matériaux amiantés ont été interdits dans la construction des bâtiments.

Si l'on s'en tient à la législation actuellement applicable en matière de vente immobilière, l'article L. 1334-13 du Code de la santé publique énonce : « Un état mentionnant la présence ou, le cas échéant, l'absence de matériaux ou produits de la construction contenant de l'amiante est produit, lors de la vente d'un immeuble bâti, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 271-4 à L. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation ».

Si la vente porte sur un lot de copropriété, l'état et la fiche récapitulative doivent concerner tant les parties privatives que les parties communes.

Le texte de référence en la matière est l'article R. 1334-29-7 du Code de la santé publique applicable à compter du 1er avril 2013.

Il résulte de ce texte que le document à produire à l'acquéreur varie donc selon l'objet de la vente : vente d'immeuble d'habitation ne comportant qu'un seul logement ; vente de tout ou partie d'immeubles collectifs d'habitation ; vente d'autres immeubles.

Dans un cas, c'est un constat de repérage qui doit être produit lors de la vente d'immeubles d'habitation ne comportant qu'un seul logement ou lors de la vente portant sur les parties privatives d'un immeuble collectif affecté en tout ou partie à l'habitation.

Dans l'autre cas, il s'agit de la fiche récapitulative du dossier technique amiante. Ce dossier ne concerne que les parties communes d'immeubles collectifs d'habitation et tous les immeubles bâtis autres que les immeubles d'habitation ne comportant qu'un seul logement et autres que les parties privatives d'immeubles collectifs d'habitation.

Dans tous les cas, l'information de l'acquéreur portera sur les matériaux et produits des listes A et B contenant de l'amiante, visés à l'annexe 13-9 de la partie réglementaire du Code de la santé publique.

Pour mémoire, la liste A vise les flocages, calorifugeages et faux plafonds ; la liste B s'applique aux parois verticales intérieures, aux planchers et plafonds ; aux conduits, canalisations et équipements intérieurs, aux éléments extérieurs.

Le vendeur, en fournissant ces documents à l'acquéreur au stade de l'avant-contrat, s'exonère de la garantie des vices cachés et l'acquéreur, devenu propriétaire, devra assumer, aux lieu et place de l'ancien propriétaire, les obligations liées aux préconisations du diagnostic.

Il importe donc au notaire de bien expliquer à l'acquéreur la signification et les conséquences des conclusions du diagnostic faisant apparaître des matériaux amiantés.

Le vendeur étant indivisiblement garant des vices pouvant affecter tant les parties privatives que les parties communes, l'acquéreur doit être renseigné et sécurisé pour le tout.

Pour autant, il n'est pas rare que les actes de vente soient régularisés sans les diagnostics amiante ou plomb des parties communes, ou parfois en annexant des diagnostics périmés. Un point s'impose en la matière.

4322 **– La recherche de plomb et d'amiante dans les parties communes d'un immeuble en copropriété. Plomb. –** En théorie, selon l'article L. 1334-8 du Code de la santé publique, introduit par la loi du 9 août 2004, « les parties à usage commun d'un immeuble collectif affecté en tout ou partie à l'habitation, construit avant le 1er janvier 1949, devront avoir fait l'objet d'un constat de risque d'exposition au plomb à l'expiration d'un délai de quatre ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi no 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique », c'est-à-dire le 12 août 2008 au plus tard.

Si ce constat met en évidence la présence de revêtements dégradés contenant du plomb à des concentrations supérieures « aux seuils définis par l'arrêté mentionné à l'article L. 1334-2 », les occupants de l'immeuble et les personnes amenées à faire des travaux dans l'immeuble où la partie d'immeuble concernée doivent en être informés. Ce seuil est défini par l'arrêté du 19 août 2011 précité, relatif au constat de risques d'exposition au plomb. Le syndicat des copropriétaires doit alors procéder aux travaux appropriés pour supprimer le risque d'exposition au plomb en garantissant la sécurité des occupants.

Ainsi, alors que le syndicat doit effectuer ce diagnostic, l'article L. 271-4-I, alinéa 13 du Code de la construction et de l'habitation n'oblige pas le vendeur à annexer ce constat à la vente.

Cela n'empêche pas le notaire de se rapprocher du syndic afin de vérifier si le constat a été ou non effectué. Si la vente a lieu sans que le constat des risques d'exposition au plomb des parties communes soit annexé, dès lors que le vendeur n'y est pas contraint par la loi, la clause d'exonération des vices cachés pourra être stipulée et produire son plein effet. Au surplus, le vendeur pourra faire valoir qu'il n'a pas la maîtrise des parties communes.

Amiante. En matière d'amiante, à la suite du décret du 3 juin 2011 et depuis le 1er février 2012, les parties communes des immeubles collectifs d'habitation doivent faire l'objet d'un repérage des matériaux et produits contenant de l'amiante énumérés aux listes A et B, devant être intégré au dossier technique amiante.

Qu'en est-il en cas de vente, si le dossier technique amiante n'a pas été réalisé (cas des syndics bénévoles) ou n'est pas à jour de la réglementation ? Dans ce cas, le vendeur ne peut pas fournir la fiche récapitulative relative aux parties communes du dossier technique amiante qui doit être remise à l'acquéreur, ou lui fournit une fiche qui n'est pas à jour, ce qui équivaut comme on l'a vu plus haut à l'absence de diagnostic.

Suivant le cas, le vendeur aura le choix soit de contraindre le syndic par une mise en demeure d'avoir à procéder aux investigations prescrites par la réglementation (sachant que la mise en demeure restée sans suite peut aboutir à une assignation en référé du syndic pour qu'il lui soit fait injonction de se mettre en règle avec la loi, dans un délai fixé par le juge, à peine d'astreinte), soit de vendre en l'état.

La vente en l'état est possible suite à une réponse du ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement du 9 décembre 2002 (595). Dans ce cas, la question de l'exonération de la garantie des vices cachés pour le vendeur se pose. Une interprétation des textes peut aboutir au raisonnement suivant (596) : les parties communes étant sous l'administration du syndicat, lui seul en a la maîtrise, et c'est à ce dernier que revient l'obligation d'établir le dossier technique amiante et la fiche récapitulative ; le vendeur ne peut se substituer à lui. Ainsi le vendeur pourra faire valoir que l'absence des documents n'est pas de son fait et prétendre à l'exonération de la garantie des vices cachés.

En l'absence de prise de position sur le sujet, le notaire devra informer clairement le vendeur et l'acquéreur des risques encourus, avec éventuellement la signature d'une reconnaissance de conseils donnés.

Le nouveau diagnostic de repérage amiante avant travaux

Le décret du 9 mai 2017 issu de la loi « Travail » d'août 2016 a rendu effective l'obligation de repérage amiante avant travaux. L'arrêté d'application relatif « au repérage de l'amiante avant certaines opérations réalisées dans les immeubles bâtis » est paru le 16 juillet 2019.

Désormais, lors de travaux réalisés dans une maison, un immeuble d'habitation collective, dans un bâtiment tertiaire ou autre, le propriétaire, le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre devra faire réaliser un repérage amiante avant travaux (RAT) portant sur le périmètre et le programme exact des travaux, et faire intervenir des entreprises qui respectent leurs obligations en matière de prévention du risque amiante et de protection de leurs collaborateurs.

En cas de non-réalisation, le donneur d'ordre, le maître de l'ouvrage ou le propriétaire qui ne s'est pas conformé à la réglementation encourt une amende pouvant aller jusqu'à 9 000 €.

Sur le même principe, le repérage plomb avant travaux devrait également entrer en vigueur prochainement.

Il est à noter que ce diagnostic est réalisé dans le cadre d'une méthodologie spécifique, et que l'acquéreur ne peut donc utiliser les diagnostics fournis dans le cadre de la vente pour remplir son obligation de repérage.

(595) Rép. min. no 3223 : *JOAN* Q 9 déc. 2002, p. 4810 ; *JCP* N 2002, en bref p. 1761.
(596) *JCl. Copropriété,* Fasc. 55, *Vente d'un lot - Information de l'acquéreur sur l'état de l'immeuble,* par J. Lafond.

– La recherche de termites. – Aux termes de l'ordonnance nº 2005-655 du 8 juin 2005, l'état relatif à la présence de termites visé à l'article L. 133-6 du Code de la construction et de l'habitation a été inséré dans le dossier de diagnostic technique. Il se substitue à l'état parasitaire issu de la loi du 8 juin 1999. La loi portant engagement national pour le logement (dite « loi ENL ») du 13 juillet 2006 et son décret d'application du 5 septembre 2006 sont venus se substituer à la législation antérieure en la matière. **4323**

– Immeuble situé dans une zone contaminée ou susceptible de l'être. Champ d'application du diagnostic. – L'article L. 133-6 du Code de la construction et de l'habitation énonce : « En cas de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti situé dans une zone délimitée en application de l'article L. 133-5, un état relatif à la présence de termites est produit dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article L. 271-4 à L. 271-6 ». **4324**

L'état relatif à la présence de termites concerne les ventes portant sur tout ou partie d'un immeuble bâti quelle que soit sa destination, situé dans une zone délimitée par arrêté préfectoral en application de l'article L. 133-5 du Code de la construction et de l'habitation.

Selon l'article R. 133-7 du même code, issu du décret du 5 septembre 2006, l'état relatif à la présence de termites « identifie l'immeuble en cause, indique les parties visitées et celles qui n'ont pu l'être, les éléments infestés par la présence de termites et ceux qui ne le sont pas ».

Le texte indique également que l'état doit être daté et signé.

Le fait de distinguer les parties visitées de celles qui n'ont pu l'être laisse entendre que le professionnel peut établir un état non exhaustif. Dès lors, il appartient à l'agent immobilier et au notaire de bien avertir l'acquéreur de cet état lacunaire (597)**.**

Malgré les préconisations d'une circulaire du 3 mars 2001, le modèle d'état relatif à la présence de termites issu de l'arrêté du 29 mars 2007 ne vise que les « bâtiments ou partie de bâtiments ». Dès lors les clôtures, les arbres, les souches, les remblais, les abords immédiats de la construction, le terrain de la construction ou les terrains adjacents ne sont pas visés par la législation.

Le notaire pourra utilement conseiller à son client d'étendre la mission du diagnostiqueur à ces zones non visées par les textes pour une parfaite information de l'acquéreur.

Durée de validité. L'état a une durée de validité de six mois à compter de son établissement. L'état produit doit donc avoir été réalisé moins de six mois avant la signature de la promesse de vente et de l'acte authentique de vente.

Garantie des vices cachés. La production de l'état relatif à la présence de termites dès la promesse de vente, ou, à défaut de promesse, à la signature de l'acte authentique, permet au vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés liée à la présence de termites. À l'inverse, la production d'un diagnostic irrégulier, incomplet, erroné ou périmé ne permettra pas au vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés.

État positif. Si l'état est positif, le vendeur a l'obligation de déclarer en mairie la présence de termites. Là encore le rôle de conseil du notaire est très important.

Soit l'acquéreur fait son affaire personnelle de la présence de termites et l'acte peut valablement contenir la clause d'exonération des vices cachés. Dans ce cas, l'établissement d'une reconnaissance de conseils donnés sera nécessaire.

(597) *JCl. Géomètre expert - Foncier,* Fasc. 50, *Vente d'immeuble - Termites et insectes xylophages,* par J. Lafond.

Soit l'acquéreur et le vendeur renégocient le prix à la baisse ou établissent une convention relative à la prise en charge des travaux par le vendeur. Cette convention devra être précise sur la nature de l'étendue des travaux à réaliser par le vendeur.

Dans tous les cas, il sera souhaitable d'étendre la mission aux parties non bâties et que les travaux nécessaires à la présence de termites soient chiffrés et leurs conséquences mises en évidence. En cas de vente d'un lot de copropriété, le notaire devra se préoccuper de l'état des parties communes et s'enquérir d'une éventuelle déclaration en mairie par le syndic et les préconisations en découlant.

La prise de conscience de l'acquéreur passe par un effort de pédagogie, d'explications et d'avertissement du notaire. La protection de l'acquéreur par le devoir de conseil du notaire prend ici tout son sens.

État négatif. Si l'état est négatif, il est à noter que cela n'empêchera pas l'acquéreur de faire annuler la vente pour dol, s'il s'avère que le vendeur lui a dissimulé que l'immeuble avait été infesté par les termites dix années auparavant et traité à deux reprises (598).

Immeuble ayant vocation à être démoli. En cas d'acquisition d'un immeuble ayant vocation à être démoli, les bois et matériaux contaminés par les termites doivent être incinérés sur place ou traités avant tout transport si leur destruction par incinération sur place est impossible. En outre, une déclaration en mairie doit être effectuée par la personne qui a procédé aux opérations (599).

Secteur délimité par le conseil municipal. Il est à noter que si l'immeuble vendu n'est pas situé dans une zone concernée par un arrêté préfectoral d'infestation, il peut être situé dans un secteur délimité par le conseil municipal comme constituant une zone à risque ; dans ce cas, le maire de la commune peut enjoindre le propriétaire de procéder à la recherche de termites ainsi qu'aux travaux préventifs ou d'éradication nécessaires. En cas d'inexécution, la loi a prévu des mesures d'exécution forcée et des sanctions pénales à l'encontre du propriétaire.

Il appartient au notaire de vérifier cet état de fait auprès de la mairie ou, à défaut, de faire établir une déclaration au vendeur à l'acte.

4325 – Immeuble non situé dans une zone contaminée ou susceptible de l'être. Situations – L'état relatif à la présence de termites n'est pas obligatoire lorsque l'immeuble n'est pas situé dans une zone contaminée ou susceptible de l'être délimitée par arrêté préfectoral, lorsque l'immeuble n'est pas bâti, lorsque l'immeuble n'est pas situé dans un secteur délimité par arrêté préfectoral. Dès lors, la clause d'exonération des vices cachés pourra produire ses effets.

Précautions rédactionnelles. Même en l'absence de risque avéré de présence de termites, il est conseillé de faire déclarer par le vendeur dans la promesse de vente et l'acte authentique de vente, outre le fait que l'immeuble n'est pas dans un secteur délimité par la commune ni infesté par les termites, que l'immeuble n'a pas fait l'objet dans le passé d'un traitement antiparasitaire.

4326 – L'information relative aux insectes xylophages. – La législation actuelle n'a prévu aucun dispositif légal ou réglementaire permettant d'alerter l'acquéreur sur l'existence dans l'immeuble vendu d'insectes xylophages autres que les termites.

La récente consécration légale de l'obligation précontractuelle d'information a fait basculer l'information relative à la présence d'insectes xylophages dans l'immeuble vendu au sein de

(598) Cass. 3e civ., 14 mars 2006, no 05-13.030 : *JurisData* no 2006-032738.
(599) CCH, art. L. 133-5.

la catégorie « Information dont l'importance est déterminante pour l'acquéreur », entraînant une obligation d'information pour le vendeur. La jurisprudence avait déjà consacré cette obligation d'information du vendeur sur la présence d'insectes xylophages (600). Il convient de retenir que si l'acquéreur a une obligation de se renseigner sur le sujet, il pourra, en présence d'un vice caché lié à la présence d'insectes xylophages, et en cas de réticence dolosive de son vendeur, agir sur le terrain des vices du consentement et obtenir des dommages et intérêts, la clause d'exonération des vices cachés ne trouvant pas à s'appliquer dans ce cas.

Conseil pratique

Il est conseillé au notaire, dans le cadre de son devoir de conseil, de ne pas s'en remettre à la seule bonne foi du vendeur et de ne pas s'appuyer sur la seule clause générale d'exonération de garantie des vices cachés. En effet, il conviendra, en cas de suspicion, de conseiller au vendeur de faire procéder à des investigations par un professionnel. Évoquer le sujet dès l'avant-contrat évitera d'avoir à renégocier le prix et à repurger le délai de rétractation de l'acquéreur.
Même si le notaire n'est pas tenu de procéder à des investigations personnelles, il a l'obligation de renseigner exactement l'acquéreur sur ses droits en ce domaine, et de rédiger une clause d'exonération de garantie des vices cachés propre à la présence d'insectes xylophages, la jurisprudence de la Cour de cassation en ce domaine étant mouvante (601).
Plus récemment, en matière de décence du logement, les puces de lit sont également devenues un sujet de préoccupation, avec des obligations limitées pour l'heure à la location, mais qui concernent également de fait les ventes. Le traitement des puces de lit étant contraignant et coûteux, il est donc conseillé au notaire d'interroger et d'alerter les vendeurs à ce sujet.

4327 **– Le zonage radon. –** Le radon est un gaz radioactif d'origine naturelle présent partout à la surface de la terre, en particulier dans les roches granitiques et volcaniques. Des études ont établi que l'exposition prolongée au radon accroît de façon certaine le risque de cancer du poumon.

Les techniques efficaces pour empêcher le radon d'entrer dans les habitations consistent à assurer l'étanchéité des sous-sols, des vides sanitaires, des murs, des planchers et des passages de canalisations, ainsi qu'à installer des ventilations mécaniques à double flux.

L'entrée en vigueur de la législation sur le radon s'est faite par l'ordonnance n° 2001-270 du 28 mars 2001. Les obligations de mesurage du radon se sont progressivement étendues pour aboutir à l'ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016 qui a introduit dans le Code de l'environnement un nouvel article L. 125-5 applicable à une date fixée par décret en Conseil d'État et au plus tard le 1er juillet 2017. Selon ce texte, les acquéreurs ou locataires de biens immobiliers situés dans des zones à potentiel radon définies par voie réglementaire doivent être informés par le vendeur ou le bailleur de l'existence de ce risque.

Le « risque radon » a été introduit dans l'état des risques et pollution. Il a le même champ d'application et suit le même régime que cet état. On en déduit que si l'information n'est pas délivrée à l'acquéreur, ce dernier pourra demander la nullité de l'acte.

4328 **– L'information sur le risque mérule. –** Le mérule est un champignon lignivore extrêmement destructif. Sa prolifération est généralement consécutive à une rupture d'équilibre hydrique des bâtiments entraînant un taux anormalement élevé d'humidité dans les éléments en bois. Le mérule peut porter atteinte à la sécurité des personnes, car il compromet

(600) Cass. 3e civ., 25 mai 2004, n° 03-12.169 : *JurisData* n° 2004-023836 ; *AJDI* 2004, p. 829, note M. Thioye.
(601) Cass. 3e civ., 19 oct. 1971 : *JCP* G 1972, II, 17007. – Cass. 3e civ., 12 nov. 1975 : *Bull. civ.* 1975, III, n° 330.

la solidité des immeubles. La jurisprudence donne de nombreux exemples d'accidents ou de situations de péril provoqués par le mérule (602).

À ce jour, cinquante-sept départements sont reconnus comme étant touchés par les mérules.

Face à une jurisprudence abondante et sévère en matière de responsabilité des agents immobiliers et des notaires (603) qui doivent, dans le cadre de leur devoir de conseil, inciter les parties à établir un diagnostic mérule, la loi Alur a instauré l'article L. 133-9 du Code de la construction et de l'habitation qui énonce qu'« en cas de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti situé dans une zone délimitée en application de l'article L. 133-8, une information sur la présence d'un risque de mérule est produite dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article L. 271-4 [du même code] ». L'information sur le risque mérule est donc intégrée dans le dossier de diagnostic technique visé à l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation.

La loi n'instaure pas de diagnostic, mais une simple « information » qui ne porte pas sur la présence ou l'absence de mérules, mais sur la présence « d'un risque de mérule ».

4329 – Existence d'un arrêté préfectoral classant l'immeuble dans une zone à risque. – Dès lors que l'immeuble est situé dans une zone à risque, le vendeur a l'obligation d'annexer à l'avant-contrat une information sur la présence d'un risque de mérule jointe au dossier de diagnostic technique.

L'acquéreur aura le choix soit d'acheter l'immeuble en l'état et de prendre acte de la clause d'exonération de la garantie des vices cachés, soit d'exiger de son vendeur des investigations plus approfondies en établissant un diagnostic mérule par un professionnel qualifié.

4330 – Absence d'arrêté préfectoral. – En l'absence d'arrêté préfectoral ou de zone à risque, la situation n'est pas pour autant satisfaisante, car nous sommes en présence d'un système déclaratif qui n'est pas assorti de sanction.

Dès lors, l'examen visuel est important de la part de l'agent immobilier, qui devra transmettre l'information au notaire rédacteur. Si cet examen révèle un risque, le recours à un diagnostiqueur sera nécessaire. Mais la compétence et l'étendue de la mission confiée à ce dernier devront faire l'objet d'une attention particulière, afin d'éviter un contentieux ultérieur.

Le devoir de conseil impose de sensibiliser le vendeur sur la transparence dont il doit faire preuve en la matière afin d'éviter la nullité de la vente et la condamnation à des dommages et intérêts. En présence d'une zone à risque, il sera fortement conseillé à l'acquéreur de recourir à un professionnel pour une étude approfondie de l'immeuble.

À défaut pour l'acquéreur et éventuellement le vendeur de procéder à de plus amples investigations, il conviendra de leur faire signer une reconnaissance de conseils donnés.

L'article L. 271-4, II du Code de la construction et de l'habitation énonce que le vendeur ne peut pas s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondante lorsqu'il n'a pas fourni à l'acquéreur les diagnostics visés à l'article 271-4, I du Code de la construction et de l'habitation. L'information concernant le « risque mérule » n'est pas visée par ce texte. Le vendeur peut donc insérer une clause d'exonération des vices cachés à l'acte même s'il ne fournit pas cette information à l'acquéreur.

4331 – La prolifération de la légionelle. – La légionelle est une bactérie vivant en eau douce dont la température optimale de prolifération se situe entre 35° et 40°. On en trouve en

(602) Cass. 2e civ., 17 févr. 2005 : *Bull. civ.* 2005, II, n° 36. – CA Paris, 2 juill. 2004 : *JurisData* n° 2004-245239.
(603) CA Caen, 1re ch. civ., 15 janv. 2013 : *JurisData* n° 2013-005533. – CA Rennes, 4e ch., 22 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-342268. – CA Rennes, 12 mai 2005 : *JurisData* n° 2005-289682.

milieu naturel, dans les installations sanitaires, de climatisation ou de refroidissement, les bassins et les fontaines, les eaux thermales. La bactérie se trouve dans les vapeurs d'eau et dans les eaux stagnantes des canalisations. L'infection se contracte par inhalation. La maladie se traduit par une infection pulmonaire plus ou moins grave. La réduction du risque repose sur un bon entretien des circuits et installations d'eau afin de limiter les risques d'exposition.

À ce jour il n'existe aucun diagnostic obligatoire, mais du fait du réchauffement climatique et du développement des systèmes de climatisation, un diagnostic obligatoire pourrait voir le jour dans les prochaines années.

Section III La protection par l'information sur les équipements de l'immeuble

§1 Les diagnostics obligatoires

4332 **– Le diagnostic de performance énergétique dans la vente d'immeuble. –** Partant du constat que les bâtiments sont à l'origine en France de 25 % des gaz à effet de serre (GES) les pouvoirs publics ont mis en place des outils d'évaluation tels que le diagnostic de performance énergétique (DPE). Il a été instauré par la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 et s'est progressivement généralisé jusqu'à devenir obligatoire pour toute vente à partir du 1er novembre 2006, et pour certaines locations à partir du 1er juillet 2007. Il est également obligatoire pour tous les immeubles neufs dont le permis de construire a été déposé après le 1er juillet 2007. Il est régi par les articles L. 134-1 du Code de la construction et de l'habitation et R. 134-1 à R. 134-5 du même code. Il a vocation à concerner tous les immeubles, peu importe leur affectation. Il est intégré au dossier de diagnostic technique.

Le DPE a pour but, dans le cadre d'une transaction immobilière, d'informer l'acquéreur ou le preneur sur la quantité d'énergie primaire réelle ou estimée en kWh/m² par an et des émissions de gaz à effet de serre correspondantes en kgCO^2/m² pour une utilisation standardisée du bâtiment ou partie de bâtiment et une classification en fonction de valeurs de référence afin que les consommateurs puissent comparer et évaluer sa performance énergétique. Il se traduit par un classement de l'immeuble en cinq catégories sur le plan de la consommation énergétique et des gaz à effet de serre selon différents critères (source d'énergie, niveau d'isolation). Il est accompagné de recommandations destinées à améliorer cette performance.

La durée de validité du DPE a été fixée à dix ans par le décret no 2001-413 du 13 avril 2011. Le diagnostic devra donc avoir été établi moins de dix ans avant la date de la promesse de vente ou de l'acte authentique de vente.

Des exceptions à la réalisation de ce diagnostic sont prévues par les textes, notamment pour les bâtiments non chauffés ou chauffés par des foyers ouverts, des bâtiments utilisés moins de quatre mois par an, ou encore des bâtiments de moins de cinquante mètres carrés de surface hors œuvre brute.

Le décret du 14 septembre 2006 qui a déterminé le contenu et les règles générales d'établissement du diagnostic a été modifié à plusieurs reprises en ce qui concerne les techniques d'élaboration du diagnostic.

Une méthodologie propre pour chaque type de DPE

Il est à noter que chaque type de DPE est réalisé selon une méthodologie propre. En conséquence, le « DPE construction » fourni à la livraison de l'immeuble par le constructeur ne peut pas être utilisé en cas de revente du bien immobilier en l'état actuel des textes, car la méthodologie employée est basée sur un estimatif des consommations pour un bâtiment neuf où l'énergie n'a pas encore été utilisée par ses occupants. De même, le DPE établi pour la location ne peut être utilisé pour une vente. À l'inverse, le DPE établi dans le cadre d'une vente peut être annexé un bail.

4333 – La fiabilité du diagnostic DPE. – Le DPE a été élaboré afin de sensibiliser l'acquéreur sur l'opportunité de choisir un mode de chauffage plus économique et écologique. Néanmoins, ce diagnostic n'a qu'une pure valeur informative, le texte prévoyant que l'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans ce diagnostic, qui n'a qu'une valeur informative. Le législateur a voulu interdire, d'une manière générale, à l'acquéreur ou au locataire de rechercher la responsabilité du propriétaire sur la base des informations résultant du DPE. Le caractère erroné, inexact ou non fiable des informations transmises par le DPE ne peut être opposé au propriétaire, que ce soit sur le fondement d'un défaut d'information, de la garantie de conformité ou de celle des vices cachés (604). Cela traduit la faible confiance accordée au DPE.

Mais pourquoi ce manque de confiance du législateur ? La fiabilité de la méthodologie est au cœur du problème. En effet, les enquêtes menées par les organismes de consommateurs ont fait ressortir un contenu des diagnostics à géométrie variable, des estimations de consommations sur un même logement variant du simple au triple, ainsi que la multiplication des diagnostics vierges (plus d'une étiquette sur dix en 2013) (605).

Pour autant, la portée de ce diagnostic s'élargit de plus en plus (affichage de la performance énergétique obligatoire dans les annonces immobilières, tarification progressive de l'énergie, obtention de certains prêts ou de certaines aides conditionnée à la classe énergétique). Les pouvoirs publics ont été alertés à plusieurs reprises sur le problème. En réponse, dans un premier temps, un plan d'amélioration a été établi par les acteurs concernés avec pour objectif la fiabilisation du dispositif et la professionnalisation des acteurs (diagnostiqueurs, organismes de certification). Néanmoins, si des efforts ont été fournis, il n'en reste pas moins que les résultats du diagnostic sont basés en partie sur les consommations propres du propriétaire, qui varient en fonction de l'usage de chacun.

Exemple de mesures

Afin de lutter contre les DPE vierges de consommation, la loi Alur a modifié l'article 3-2 de la loi du 6 juillet 1989 en vue de pallier l'absence de factures. Le nouveau texte oblige le propriétaire ou son mandataire, dans le cas d'installation de chauffage et d'eau chaude sanitaire individuelle, ou collective avec un comptage individuel, à compléter les états des lieux d'entrée et de sortie par les relevés de consommation énergétique (électricité, gaz). L'extrait de l'état des lieux doit être transmis au diagnostiqueur qui en fait la demande[132] (606).

(604) S. Fraîche-Dupeyrat, *Diagnostic de performance énergétique - la force contractuelle du diagnostic de performance énergétique* : *Actes prat. ing. immobilière* avr. 2013, n° 2, dossier 12.

(605) Rép. min n° 16677 : *JOAN* Q 19 févr. 2013, p. 1932.

(606) *JCl. Géomètre expert-Foncier, Diagnostic technique de l'immeuble*, Fasc. 70, *Vente d'immeuble - diagnostic de performance énergétique*, par J. Lafond.

– L'évolution attendue du DPE : vers une massification de la rénovation énergétique. – Après plus de dix ans d'application, le DPE, seul diagnostic obligatoire mais en quelque sorte inopposable au vendeur, est l'objet de toutes les attentions avec la loi Élan (607) et le projet de loi relatif à l'énergie et au climat. **4334**

En effet, après de longues discussions et désaccords entre le Sénat et l'Assemblée nationale dans le cadre de la loi Alur, il a été décidé de limiter l'inopposabilité des conclusions de ce diagnostic aux seules recommandations qui accompagnent le diagnostic mais non pour les conclusions techniques du DPE. Cette disposition de la loi Elan fait passer le DPE d'un document purement informatif à un document garanti par le vendeur (608) ! En d'autres termes, les conclusions techniques prennent désormais une valeur substantielle, pour fonder une action en garantie des vices cachés. Il est prévu une entrée en vigueur de ce DPE « nouvelle version » à compter du 1er janvier 2021, « afin de laisser le temps nécessaire au plan de fiabilisation des diagnostics engagé par le gouvernement de produire ses effets » (609).

Le projet de loi relatif à l'énergie et au climat, dans sa version du 25 juillet 2019, part du constat réalisé par le Haut Conseil pour le climat selon lequel le DPE « manque de fiabilité pour renseigner les usagers ». Les modifications envisagées sont notamment les suivantes : à compter du 1er janvier 2022, le DPE devra mentionner le montant des dépenses d'énergie théorique ainsi que, si le logement était occupé, le montant des dépenses réelles sur les douze derniers mois ou, si elle est moindre, sur la durée d'occupation.

À compter du 1er janvier 2022, si la consommation énergétique dépasse un certain seuil, le DPE devra être complété par un audit énergétique et transmis à l'Ademe et l'Anah. Il est également prévu l'obligation de réaliser les travaux. De ce fait, la rédaction des actes en sera impactée. À compter du 1er janvier 2022, en cas de vente ou de location d'un bien immobilier dont la consommation énergétique excède un certain seuil, l'obligation de réaliser les travaux devra être mentionnée dans les actes ou les baux concernant ce bien. Puis, à compter du 1er janvier 2028, dans les mêmes actes, sera mentionné le non-respect de l'obligation de réaliser les travaux afin de rendre le logement non pas performant énergétiquement, mais permettant une consommation énergétique primaire inférieure ou égale à un certain seuil (610).

Avertissement

L'analyse de la loi Élan et le projet de loi sur l'énergie et le climat prévoient l'augmentation de l'exigence de la performance énergétique en passant de l'information à la sanction : l'obligation de travaux. Ce projet doit donc alerter les notaires sur la nécessité de sensibiliser leurs clients sur cette évolution prévisible. Le futur s'annonce écologique, et l'exigence croissante de performance énergétique aura un impact financier, dans un premier temps par une décote de la valeur du bien, et dans un second temps par l'obligation de travaux.

– L'audit ou le diagnostic de performance énergétique obligatoire des parties communes. – La loi no 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « loi Grenelle 2 », a créé l'obligation de réalisation d'un DPE ou d'un audit énergétique des parties communes, sans pour autant prévoir de sanction. **4335**

(607) L. no 2018-1021, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, promulguée le 23 nov. 2018 : *JO* 24 nov. 2018.
(608) C. Gijsbers, *L'impact de la loi Élan sur les ventes immobilières* : *RD imm.* janv. 2019, no 1, p. 8.
(609) A. Lebatteux, *Comment mener une rénovation énergétique en copropriété ?* : *Loyers et copr.* mai 2019, no 5, dossier 13.
(610) V. Zalewski-Sicard, *Performance énergétique et projet de loi relatif à l'énergie et le climat* : *Constr.-Urb.* sept. 2019, no 9.

Le « DPE copropriété » doit être réalisé à compter du 1er janvier 2012 et dans un délai de cinq ans, dans les immeubles équipés d'un dispositif commun de chauffage ou de refroidissement.

L'audit énergétique, quant à lui, doit être réalisé dans les immeubles en copropriété à usage principal d'habitation de plus de cinquante lots dont le dépôt de demande de permis de construire est antérieur au 1er janvier 2001.

4336 – Le diagnostic technique global (DTG). – En parallèle, la loi Alur est venue élargir le champ du « DPE parties communes » à l'ensemble du bâti au-delà des perspectives énergétiques en créant le diagnostic technique global (DTG), entré en vigueur le 1er janvier 2017.

Aux termes de l'article L. 731-1 du Code de la construction et de l'habitation : « Afin d'assurer l'information des copropriétaires sur la situation générale de l'immeuble, et, le cas échéant, aux fins d'élaboration d'un plan pluriannuel de travaux, l'assemblée générale des copropriétaires se prononce sur la question de faire réaliser par un tiers, disposant de compétences précisées par un décret, un diagnostic technique global pour tout immeuble à destination partielle ou totale d'habitation relevant du statut de la copropriété ». Le syndic doit donc inscrire la question de la réalisation d'un DTG à l'ordre du jour. La décision est adoptée à la majorité de l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965. Afin d'harmoniser les textes, il est à noter que la loi Élan a désormais soumis la décision à la majorité de l'article 25.

Ce diagnostic est réalisé par un professionnel disposant de compétences définies par un décret du 28 décembre 2016 (CCH, art. D. 731-1 et s.).

Toutefois, contrairement à l'audit énergétique ou le DPE, la réalisation du DTG n'est pas obligatoire, sauf pour la mise en copropriété d'un immeuble construit depuis plus de dix ans (611).

Les dispositions concernant le DPE et l'audit énergétique demeurent en vigueur. Toutefois, ces mêmes dispositions étant intégrées dans le DTG, ce dernier devrait progressivement remplacer le DPE et l'audit énergétique. En effet, l'article 24-4 de la loi du 10 juillet 1965 précise que doit être soumis au vote un plan pluriannuel de travaux issus du DPE ou de l'audit énergétique obligatoire, mais que « l'obligation prévue au premier alinéa est satisfaite si le plan pluriannuel de travaux, inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée générale en application de l'article L. 732-2 du Code de la construction et de l'habitation, comporte des travaux d'économie d'énergie ».

4337 – Le carnet numérique d'information, de suivi et d'entretien du logement. – Le carnet numérique du logement n'est pas une nouveauté. Créé par la « loi Transition énergétique » du 17 août 2015 qui prévoyait que ce carnet regroupe « l'ensemble des informations utiles à la bonne utilisation, à l'entretien et à l'amélioration progressive de la performance énergétique du logement et des parties communes lorsque le logement est soumis au statut de la copropriété », cette innovation était dans l'attente d'un décret d'application qui ne vit jamais le jour. La loi Élan décide de réactiver le dispositif, mais repousse substantiellement son entrée en vigueur : il s'appliquera à toute construction neuve dont le permis de construire a été déposé à compter du 1er janvier 2020 et pour tous les logements et immeubles existants faisant l'objet d'une mutation à compter du 1er janvier 2025 (612).

La loi prévoit que le carnet numérique est un service en ligne (site internet, application...) dont l'objectif est, d'une part, de connaître l'état du logement et du bâtiment, lorsque le

(611) Le DTG est venu remplacer le diagnostic SRU de mise en copropriété de l'article L. 111-6-2 du Code de la construction et de l'habitation.

(612) Ouvrage collectif, *Loi Élan*, Dalloz, coll. « Grand Angle », 2019, propos C. Gijsbers.

logement est soumis au statut de la copropriété, ainsi que le fonctionnement de ses équipements et, d'autre part, d'accompagner l'amélioration progressive de leur performance environnementale. Cet outil permet également l'accompagnement et le suivi de l'amélioration de la performance énergétique et environnementale du bâtiment et du logement pour toute la durée de vie de ceux-ci. La loi précise qu'il n'aura qu'une valeur informative.

Le texte précise que le carnet est « transféré à l'acquéreur du logement au plus tard lors de la signature de l'acte de mutation ». La logique du carnet numérique est que ce document soit transmis d'acquéreur en acquéreur.

Ce carnet numérique vient s'ajouter à la liste, déjà longue, des documents à fournir à l'acquéreur.

– Le contrôle des installations de gaz et d'électricité. – Les diagnostics d'installations intérieures de gaz et d'électricité ont été intégrés au dossier de diagnostic technique et sont entrés en vigueur respectivement le 1er novembre 2007 pour le gaz et le 1er janvier 2009 (613) pour l'électricité. **4338**

Ces deux diagnostics ont le même champ d'application, à savoir qu'ils s'appliquent aux ventes portant sur tout ou partie d'un immeuble à usage d'habitation, et ont pour but « d'évaluer les risques pouvant compromettre la sécurité des personnes ». L'installation doit avoir été réalisée depuis plus de quinze ans.

Les personnes habilitées à réaliser lesdits diagnostics doivent répondre à des critères de compétences et doivent être certifiées par un organisme accrédité par le Comité français d'accréditation (Cofrac). Les modalités d'établissement desdits diagnostics ont été fixées par différents arrêtés contenant les modèles de diagnostic, ainsi que les normes à respecter et les points de contrôle à effectuer. Le contenu desdits diagnostics a vocation à évoluer régulièrement au rythme de l'évolution des normes françaises en la matière.

Les diagnostics doivent être annexés à la promesse, ou à défaut de promesse à l'acte authentique de vente, et doivent avoir été établis moins de trois ans par rapport à la date de la promesse de vente ou à la date de l'acte authentique de vente.

En l'absence de ces diagnostics, le vendeur ne peut se prévaloir de la clause d'exonération de garantie pour vices cachés prévue à l'article 1643 du Code civil, dans la mesure où ces vices concerneraient les installations intérieures de gaz et d'électricité.

Conseil pratique

Si l'utilité de ces diagnostics ne fait aucun doute car ils permettent de protéger la sécurité des acquéreurs en les alertant sur la vétusté des installations et de leurs dangers, il est regrettable que le diagnostiqueur n'ait pas l'obligation de décrire techniquement les non-conformités, d'en déterminer les remèdes et d'en évaluer le coût. En effet, le notaire n'étant pas un technicien en la matière, il lui est souvent difficile de pleinement remplir son devoir de conseil et d'information face à ces normes et conclusions techniques. La délivrance d'informations techniques non compréhensibles pour un acquéreur non professionnel revient à l'absence d'information (614). En l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, la mention de la non-conformité de l'installation et la nécessité d'effectuer une remise aux normes suffisent à alerter l'acquéreur. Il lui appartient donc de requérir l'intervention d'un spécialiste par la suite (615).

(613) Ils sont codifiés respectivement pour le gaz à l'art. L. 134-6 du Code de la construction et de l'habitation, et pour l'électricité à l'article L. 134-7 du même code.
(614) *JCl. Géomètre expert - Foncier*, Fasc. 55, *Diagnostic technique de l'immeuble*, par J. Lafond.
(615) CA Pau, 1re ch., 9 janv. 2007 : *JurisData* no 2007-326515.

§ II L'information sur les normes à respecter

4339 De manière plus générale, le législateur est intervenu, au fil des ans, pour imposer un ensemble de normes concernant les équipements de l'immeuble, le plus souvent en vue d'améliorer la sécurité des occupants. Ces normes ont vu le jour notamment en raison des accidents domestiques à répétition concernant certains équipements. Elles concernent notamment les piscines, les ascenseurs, les portes de garage, les chaudières, les cheminées et leurs conduits, les poêles à bois, mais également la sécurité incendie, les normes d'accessibilité, la réglementation acoustique. Cette liste n'étant pas exhaustive.

Au contraire du dossier de diagnostic technique, aucune loi n'impose de relater ces informations dans le cadre des ventes immobilières. En l'état actuel de la législation, les auteurs traitant de cette question préconisent que l'acquéreur soit tenu informé de l'état de ces divers équipements au regard des obligations réglementaires et des normes qui leur sont applicables.

La justification de cette nouvelle pratique repose, d'une part, sur l'aggravation de l'obligation d'information du vendeur et, d'autre part, sur le fait que les dispositions concernant les équipements sont souvent assorties de sanctions pénales, et qu'il est apparu important dans l'intérêt de l'acquéreur de vérifier qu'elles ont bien été respectées.

La rédaction des actes en est bien entendu affectée, mais à des degrés divers selon la pratique des notaires et les logiciels de rédaction. Il y a donc d'un côté les notaires qui se sont organisés afin d'auditer au mieux le bien vendu par leur client au stade de l'avant-contrat en posant les bonnes questions concernant la présence et l'état des différents équipements existants, et ceux qui hésitent encore à le faire en arguant du caractère non obligatoire de cette énonciation.

Cette nouvelle pratique de l'énoncé des normes pousse à un audit complet de l'immeuble vendu, mais sans cadre défini à ce jour. Il est donc parfois difficile pour les praticiens de faire entendre à un vendeur cette nécessité d'auditer chaque équipement du bien, car ce dernier n'a généralement pas lui-même la connaissance de ces normes, et accepte mal de s'entendre dire qu'il ne les respecte pas, par peur de dévaloriser son bien.

Pour autant, cette démarche naissante d'audit des normes semble nécessaire pour protéger l'acquéreur, son absence pouvant avoir de lourdes conséquences pour ce dernier en raison de l'apparition de ces nouvelles sanctions pénales et financières. Sanctions pénales en cas d'accident survenu, sanctions financières en raison de l'obligation de mise aux normes de l'équipement.

Pour l'heure, la charge de la collecte des informations relatives à l'existence d'équipements soumis à ces normes repose sur le notaire. Les agents immobiliers, qui sont pourtant les yeux du notaire sur le terrain, se refusent à collecter ces informations non obligatoires, source de perturbation de la négociation.

L'audit du respect de la norme pose la question du degré de protection de l'acquéreur d'un bien immobilier et de l'étendue de ce nouveau droit à l'information de l'acquéreur. Jusqu'où le notaire doit-il aller dans cette démarche ? Doit-il suivre l'inflation législative en la matière ? A-t-il réellement le choix face à l'acquéreur non professionnel de se dispenser de cette démarche ?

L'objectif poursuivi est d'arriver au juste équilibre de la transmission d'une information à la fois utile et nécessaire à un consentement éclairé de l'acquéreur, et d'éviter les contentieux ultérieurs en assurant la sécurité juridique des transactions.

Il revient au notariat de sensibiliser les pouvoirs publics sur cette évolution de fait et de rentrer en concertation avec eux afin de poser un cadre juridique à cet audit des normes à l'occasion d'une vente immobilière. À défaut, il en résultera une inégalité de degré de collecte des informations dans les dossiers, source de conflit et de méfiance dans la relation entre vendeur et acquéreur.

§ III L'information sur la contenance et le mesurage

4340 **– Terrain nu et bornage. –** L'article L. 111-5-3 du Code de l'urbanisme, institué par la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (dite « loi SRU) du 13 décembre 2000, énonce que : « Toute promesse de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un terrain indiquant l'intention de l'acquéreur de construire un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel sur ce terrain mentionne si le descriptif dudit terrain résulte d'un bornage. Lorsque le terrain est un lot de lotissement, est issu d'une division effectuée à l'intérieur d'une zone d'aménagement concerté par la personne publique ou privée chargée de l'aménagement ou est issu d'un remembrement réalisé par une association foncière urbaine, la mention du descriptif du terrain résultant du bornage est inscrite dans la promesse ou le contrat ».

Cet article parle d'une description du terrain et non d'un mesurage de celui-ci. Le bornage fixe les limites de la propriété d'un fonds et non sa superficie à proprement parler, même si le bornage total permet de certifier cette superficie.

Rappelons que deux situations doivent être distinguées :

- si le terrain est isolé, l'acte doit simplement mentionner si le descriptif du terrain (limites et superficie) résulte ou non d'un bornage. Dans ce cas, le bornage est facultatif ;
- si le terrain fait partie d'un lotissement, ou est issu d'une division effectuée par l'aménageur d'une zone d'aménagement concerté ou d'un remembrement réalisé par une association foncière urbaine, l'acte doit mentionner le descriptif du terrain qui doit résulter d'un bornage. Dans ce cas, le bornage est obligatoire.

4341 **– Sanction. –** L'absence de l'une ou l'autre de ces mentions permettra au bénéficiaire de la promesse ou à l'acquéreur d'invoquer la nullité de l'acte dans un délai d'un mois à compter de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente.

Si la mention est omise à l'avant-contrat mais qu'elle figure dans l'acte authentique de vente, l'action en nullité ne pourra être intentée.

4342 **– Lot de copropriété et mesurage. –** L'article 46 de la loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, inséré dans la loi dite « loi Carrez » nº 96-1107 du 18 décembre 1996, impose la mention de la superficie des parties privatives de certains immeubles soumis au statut de la copropriété.

L'article 46 énonce que : « Toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot ou de cette fraction de lot ».

La loi Carrez a été instaurée afin de protéger le particulier des tromperies sur la superficie de lots de copropriété vendus. Son application continue d'engendrer un contentieux régulier à la défaveur des notaires, agents immobiliers et diagnostiqueurs.

À l'instar du bornage, la sanction est lourde puisque l'absence de mention de la superficie loi Carrez dans les ventes de lots de copropriété ou l'absence de mention du bornage pour les ventes de terrain à bâtir un immeuble à usage d'habitation sont sanctionnées par la nullité de l'acte. Nullité qui peut être invoquée dans le mois de la signature de l'acte. Quant

à l'erreur de superficie en défaveur de l'acquéreur, elle entraîne une possibilité d'action en diminution du prix si la superficie réelle de la partie privative est inférieure de plus de 1/20e à celle exprimée dans l'acte, et ce pendant un an à compter de la signature de l'acte.

Assurer la protection de l'acquéreur passe par une analyse des difficultés récurrentes d'application en la matière.

4343 – Lot accessoire et de faible superficie. – La loi n'est pas applicable aux caves, garages et emplacements de stationnement. Ces lots sont donc expressément exclus du dispositif. *A contrario*, les autres lots accessoires doivent faire l'objet d'un mesurage, sauf s'ils ont une superficie inférieure à huit mètres carrés. Précision étant ici faite que lorsque les lots concernés sont d'une superficie proche du seuil, ils devront faire l'objet d'un mesurage pour savoir s'ils sont ou non concernés par l'obligation de mesurage.

4344 – Lot réuni. – Lorsque la vente porte sur une unité d'habitation constituée par la réunion physique de plusieurs lots, la superficie des parties privatives à prendre en compte pour l'application de la loi est celle du local tel qu'il se présente matériellement.

Dans ce cas, la superficie des lots accessoires matériellement intégrés, après travaux, au lot principal, ou encore les lots d'une surface inférieure à huit mètres carrés sont soumis au mesurage (616).

En effet, le consentement éclairé de l'acquéreur est déterminé par la configuration réelle des locaux et non par leur définition telle qu'elle résulte des actes. La Cour de cassation a validé cette pratique, à condition que ces changements aient été autorisés par l'assemblée générale des copropriétaires et mentionnés dans l'acte de vente (617).

4345 – Vente en blocs d'un ensemble de lots. – La vente en bloc d'un ensemble de lots moyennant un prix unique est soumise à l'obligation de mesurage. Deux décisions de la Cour de cassation sont venues condamner la jurisprudence antérieure à ce sujet (618).

4346 – Vente en bloc de la totalité des lots. – N'est plus soumis au régime de la copropriété l'immeuble dont tous les lots ont été réunis entre les mains d'un même propriétaire, même si aucune modification des documents de la copropriété n'a été réalisée. Dans cette hypothèse, le mesurage « Carrez » ne s'applique pas aux lots considérés de cet ensemble immobilier. Par contre, si plusieurs vendeurs vendent aux termes d'un même acte la totalité des lots à un seul acquéreur, l'obligation de mesurage s'applique.

4347 – Partie commune affectée d'un droit de jouissance exclusif. – Selon les termes de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, la surface mentionnée dans l'acte doit être celle de la partie privative du lot à l'exclusion des parties communes, même si elles sont à l'usage exclusif du copropriétaire. Ainsi la partie de l'immeuble (balcon, terrasse, loggia, jardin, cour, couloir, palier) sur laquelle le propriétaire de l'appartement possède un droit de jouissance exclusif demeure avant tout une partie commune et ne peut être assimilée à une partie commune (619).

Après quelques divergences entre les juges du fond, la solution est maintenant clairement énoncée par la Cour de cassation : un tel lot (autonome ou pas) ne doit pas être l'objet d'un mesurage dans le cadre de la loi Carrez. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 octobre 2008, énonce qu'« un droit de jouissance exclusif sur une partie commune n'étant

(616) Cass. 3e civ., 13 avr. 2005, no 03-21.004 : *Bull. civ.* 2005, III, no 91.
(617) Cass. 3e civ., 5 déc. 2007, no 06-19.550 : *BPIM* 1/2008, inf. 71. – Cass. 3e civ., 2 oct. 2013, no 12-21.918 : *BPIM* 6/2013, inf. 414.
(618) Cass. 3e civ., 28 mars 2017, no 06-13.796. – Cass. 3e civ., 7 nov. 2007, no 06-18.519.
(619) Cass. 3e civ., 16 janv. 2008, no 06-21.696.

pas un droit de propriété et ne pouvant constituer la partie privative d'un lot, sa superficie doit être exclue du mesurage effectué en application de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 » (620).

En revanche, lorsque les lots considérés d'une hauteur égale ou supérieure à 1,80 mètre sont matériellement fermés, leur surface devra être prise en compte dans le mesurage.

4348 **– Ventilation du prix en présence de plusieurs lots. –** Nous rappellerons ici l'intérêt de ventiler le prix si les différents lots vendus sont de nature et donc de valeurs différentes, et que le mesurage est effectué par le vendeur lui-même.

Conseil pratique

Il est conseillé au notaire d'attirer l'attention des parties sur l'intérêt de procéder, en cas de vente portant sur plusieurs lots, à une ventilation du prix entre les différents lots afin que l'éventuelle réduction ne puisse jouer que sur la fraction du prix afférente au lot ayant fait l'objet d'une erreur de mesurage.

4349 **– Mesurage par le vendeur et responsabilité du notaire. –** Le notaire ne peut contraindre le vendeur à faire procéder à un mesurage par un professionnel, la loi ne l'imposant pas (621). Néanmoins, si le notaire n'est pas tenu de vérifier le mesurage, il ne doit pas manquer à son devoir de conseil ni à son obligation d'information. Il est alors tenu, par une jurisprudence constante, d'informer précisément le vendeur des modalités, notamment réglementaires, selon lesquelles la mesure doit être effectuée, ainsi que des risques encourus en cas de non-respect de la législation (622). La Cour de cassation a accentué le devoir de conseil du notaire en estimant que « les juges du fond auraient dû rechercher si, au vu des documents qui lui avaient été communiqués, le notaire ne disposait pas d'éléments de nature à le faire douter de l'exactitude des surfaces déclarées par le vendeur, et, partant, s'il avait rempli son obligation d'attirer l'attention des parties sur l'incidence juridique d'une moindre mesure » (623).

Conseil pratique

Le notaire doit donc, dès l'avant-contrat, se préconstituer la preuve des conseils et informations donnés au vendeur à ce sujet. La reproduction des dispositions légales applicables au mesurage dans l'avant-contrat satisfait à cette preuve.

4350 **– Remise et validité du certificat « loi Carrez ». –** Le certificat « loi Carrez » est valable sans limites de temps. Il pourrait donc servir lors de ventes successives, en l'absence de travaux modifiant la consistance du lot vendu. Il faut néanmoins attirer l'attention du vendeur sur le risque d'un mesurage antérieur erroné dont il devra assumer les conséquences. Par ailleurs, si le bien est vendu dans un délai supérieur à un an, le dernier vendeur ne pourra plus agir contre son propre vendeur. De même, il est fortement déconseillé de reprendre la superficie indiquée dans un acte de vente en l'état futur d'achèvement, d'une part car la superficie n'est pas calculée conformément aux règles techniques de la loi, d'autre part en raison du mesurage sur plan et de la tolérance contractuelle (pouvant aller jusqu'à 5 %).

(620) Cass. 3e civ., 8 oct. 2008, no 07-16.540.
(621) CA Versailles, 3e ch., 30 janv. 2004, no 02/02407.
(622) T. Dubaele, *Les clairs-obscurs de la loi Carrez* : *Opérations immobilières* mars 2011, no 33, dossier 13880503.
(623) Cass. 1re civ., 25 mars 2010, no 09-66.282.

Il est donc recommandé de faire établir un nouveau mesurage à l'occasion de chaque vente.

Par ailleurs, il est rappelé que la loi énonce que le notaire doit remettre aux parties, contre émargement ou récépissé une copie de l'acte signé ou un certificat reproduisant la clause de l'acte mentionnant la superficie de la partie privative du lot ou de la fraction du lot vendu, une copie des dispositions légales lorsqu'elles ne sont pas reprises intégralement dans l'acte ou le certificat. En pratique les notaires établissent un certificat en trois exemplaires signés par le notaire, l'acquéreur et le vendeur ; un exemplaire est remis à chacune des parties, le dernier exemplaire étant conservé par le notaire. Sur ce sujet, il est à noter que la signature des parties sur le document vaut émargement ou récépissé, et que même si la loi n'a pas prévu de sanction en cas d'omission de cette formalité, le notaire engage sa responsabilité délictuelle dans les conditions de droit commun si cette omission, constitutive d'une faute, cause un préjudice à l'acquéreur (624).

CHAPITRE II Le formalisme d'information appliqué à l'immeuble non bâti

Section I L'information sur l'état du sol et du sous-sol et l'environnement de l'immeuble

4351 **– L'état des risques et pollution. –** L'état des risques est codifié à l'article L. 125-5 du Code de l'environnement. Ses dispositions sont entrées en vigueur depuis le 1er janvier 2006. Il crée une obligation d'information sur les risques (naturels, miniers, technologiques, sismiques...) affectant le bien immobilier, ainsi qu'une obligation d'information sur les sinistres résultant de catastrophes technologiques ou naturelles reconnues, ayant affecté tout ou partie de l'immeuble concerné. L'état des risques a été intégré au dossier de diagnostic technique.

4352 **– Champ d'application. –** Le champ d'application de cet état des risques a évolué à plusieurs reprises par rajout d'informations sur différents risques, savoir le risque sismicité, le risque minier, le risque radon, le risque de pollution des sols.

Le contenu des plans de prévention des risques est en perpétuelle évolution, des prescriptions de travaux y ont été incluses.

Cet état doit être produit en cas de mise en vente ou de mise en location de l'immeuble, quelle que soit sa consistance ou son affectation. Il a une durée de validité de six mois.

La question s'est posée de savoir si les actes à titre gratuit ou les échanges étaient concernés par l'obligation d'information sur les risques et les sinistres. La réponse officielle résulte d'une lettre du ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire adressée à la Chambre interdépartementale des notaires de Paris en date du 12 juillet 2007, qui indique que : « Les donations, partages successoraux ou actes assimilés ainsi que les contrats de réservation en état futur d'achèvement doivent annexer à leurs pièces écrites un état des risques naturels et technologiques, ainsi qu'une déclaration de sinistre si le bien a fait l'objet d'une indemnisation suite à la reconnaissance de l'état des catastrophes naturelles (ou technologiques) ».

(624) Cass. 3e civ., 5 juill. 2006, no 05-16.469 : *Bull. civ.* 2006, III, no 168.

Cette interprétation ne fait pas l'unanimité, car elle est contraire à l'article L. 125-5 du Code de l'environnement qui ne mentionne que les acquéreurs et les locataires ou les vendeurs ou les bailleurs en tant que bénéficiaires ou débiteurs de l'obligation d'information. Dès lors, on pourrait considérer qu'un contrat qui n'est pas relatif à un immeuble et n'a pas la nature d'une vente ou d'un bail ne saurait être résolu ou voir son prix diminué au motif qu'il ne comporterait pas en annexe un état des risques ou une information sur les sinistres. Par ailleurs, on voit mal comment un donataire pourrait demander à bénéficier de cette protection légale en ce qui concerne les sanctions (625). En ce sens, on voit mal le donataire poursuivre la résolution de la donation.

– Établissement et contenu de l'état des risques. – L'état des risques peut être établi par le vendeur lui-même. Il n'y a aucune obligation d'avoir recours à un diagnostiqueur professionnel. Cet état des risques est établi conformément à un modèle défini par arrêté du ministre chargé de la prévention des risques à ce titre ; il est signé par le ou les vendeurs. Le contenu de l'état des risques est donné par l'article R. 125-26 du Code de l'environnement : « L'état des risques (...) mentionne les risques dont font état les documents et le dossier mentionnés à l'article R. 125-24 et auxquels l'immeuble faisant l'objet de la vente ou de la location est exposé. Cet état est accompagné des extraits de ces documents et dossier permettant de localiser cet immeuble au regard des risques encourus ». **4353**

L'auteur de l'état doit donc fournir le modèle d'imprimé complété et localiser clairement l'immeuble sur la cartographie des risques. Cette cartographie doit être en couleur pour faire apparaître les zones délimitées, et est obligatoirement fournie.

Il est à noter que le décret d'application du 15 février 2005 a prévu que les chambres des notaires soient directement destinataires de l'ensemble de ces plans de prévention. En conséquence, les notaires sont effectivement appelés à jouer un rôle essentiel dans la recherche et la diffusion de ces informations.

– Sanction du défaut d'information. – En cas d'absence lors de la signature de l'acte authentique de vente de l'imprimé réglementaire complété **et de la cartographie**, l'acquéreur peut poursuivre, en application de l'article L. 125-5, II, alinéa 2 du Code de l'environnement, la résolution de la vente ou demander au juge une diminution du prix (diminution du loyer pour le locataire). **4354**

– Responsabilité du notaire. – La sévérité de la sanction doit amener le notaire à sensibiliser le vendeur sur la nécessité de faire réaliser le diagnostic par un professionnel. En effet, en l'état actuel, les informations relatives aux arrêtés disponibles sur les sites internet des préfectures ne sont pas aisées à trouver et à exploiter, et le site internet georisques.gouv.fr n'a pas de valeur juridique. **4355**

Cette obligation de vigilance sur l'établissement de l'état des risques est renforcée par l'arrêt du 19 septembre 2019 rendu par la Cour de cassation (626) à propos de l'inscription d'un bien en zone de plan de prévention des risques naturels prévisibles (PPRNP) entre la promesse de vente et la vente. La Haute juridiction décide « qu'il résulte des dispositions combinées de l'article L. 125-5 du Code de l'environnement et des articles L. 271-4 et L. 271-5 du Code de la construction et de l'habitation, dans leur rédaction alors applicable, que, si, après la promesse de vente, la parcelle sur laquelle est implanté l'immeuble objet de la vente, est inscrite dans une zone couverte par un PPRNP, prescrit ou approuvé, le dossier

(625) *JCP* N 22 févr. 2008, n° 8, 1128 ; 104e Congrès des notaires de France, Nice, 2008, *Développement durable*, cf. *Le développement durable : un défi pour le droit le notaire et l'état des risques naturels et technologiques*, par P. Narbey et M. Raunet.

(626) Cass. 3e civ., 19 sept. 2019, nos 18-16.700, 18-16.935 et 18-17.562, FS-PBI.

de diagnostic technique est complété, lors de la signature de l'acte authentique de vente, par un état des risques ou par une mise à jour de l'état des risques existants. Dès lors, à défaut d'information sur l'existence des risques visés par le PPRNP donné par le vendeur dans l'acte authentique établi le 24 mars 2009, il y a lieu de prononcer la résolution de la vente ».

Conseil pratique

Cet arrêt de la Cour de cassation doit amener les notaires à plus de vigilance et d'anticipation, et à une bonne connaissance des secteurs géographiques où ils officient, afin d'anticiper les changements en la matière.
Il convient également d'être vigilant lorsqu'il est indiqué des prescriptions de travaux en raison de l'existence d'un risque. Le notaire doit dans ce cas produire à l'acquéreur, pour sa parfaite information, le contenu de ces prescriptions de travaux, car la collectivité pourra exiger la réalisation de ces travaux, notamment en cas de dépôt ultérieur d'une demande de permis de construire ou de déclaration de travaux. Le coût pourra en être conséquent pour l'acquéreur, qui alors reprochera au notaire son manque d'information et d'avertissement en la matière. Par exemple, en matière de risques technologiques, il peut être prescrit de réaliser une pièce de confinement sur un bâti existant. L'acquéreur, averti dès l'avant-contrat, pourra se renseigner sur les éventuelles aides et subventions de la commune ou du département pour la réalisation desdits travaux.

4356 – Secteur d'information sur les sols. – L'article L. 125-6 du Code de l'environnement prévoit que l'État élabore, au regard des informations dont il dispose, des secteurs d'information sur les sols (SIS). Ceux-ci comprennent les terrains où la connaissance de la pollution des sols justifie, notamment en cas de changement d'usage, la réalisation d'études de sols et la mise en place de mesures de gestion de la pollution pour préserver la sécurité, la santé ou la salubrité publiques et l'environnement.

Le décret n° 2015-1353 du 26 octobre 2015 relatif aux secteurs d'information sur les sols prévus par l'article L. 125-6 du Code de l'environnement et portant diverses dispositions sur la pollution des sols et les risques miniers précise les modalités d'application, notamment les modalités de création et de diffusion des secteurs d'information sur les sols.

Le nouvel article L. 125-7 du Code de l'environnement issu de la loi Alur impose au vendeur d'informer l'acquéreur du fait que le terrain est ou non situé dans un secteur d'information sur les sols. L'acte de vente doit attester de l'accomplissement de cette formalité. À défaut, si une pollution était avérée, l'acquéreur pourrait demander la résolution de la vente dans les deux ans de la découverte.

Sur un terrain répertorié sur un secteur d'information sur les sols, le maître d'ouvrage fournit dans le dossier de demande de permis de construire ou d'aménager une attestation, **réalisée par un bureau d'études certifié dans le domaine des sites et sols pollués ou équivalent**, garantissant la réalisation d'une étude des sols et de sa prise en compte dans la conception du projet de construction ou de lotissement (627).

L'élaboration des secteurs d'information sur les sols par l'État est en cours sur l'ensemble du territoire. Leur publication sur le site georisques.gouv.fr est prévue par département après consultation des collectivités. Les SIS publiés sont consultables sur ce site dans l'onglet « Cartes interactives » ou « Secteur d'information sur les sols ».

En matière de sites et sols pollués, le notaire doit, au-delà de l'information sur le SIS figurant dans l'imprimé d'état des risques, consulter les bases Basol, Basias, ICPE et Info

(627) C. env., art. L. 556-2.

terre sites et sols pollués, ainsi que Casias, la carte des anciens sites industriels et activités de services publiée par l'État, issue de la loi Alur.

Ces bases constituent un inventaire des sites industriels et activités de services issues pour Basias des inventaires historiques régionaux, un inventaire des sites et sols pollués (ou potentiellement pollués) appelant à une action des pouvoirs publics à titre préventif ou curatif pour Basol. La base des installations classées permet, quant à elle, d'accéder aux installations soumises à autorisation ou enregistrement.

Les résultats de la consultation de ces bases de données doivent être annexés aux actes de vente.

Il est à noter qu'à terme, les nouveaux certificats d'urbanisme de l'article L. 410-1 du Code de l'urbanisme devront mentionner si le terrain vendu est situé sur un site répertorié comme pollué.

– Les clauses environnementales. – Notre propos ici n'est pas de rentrer dans le détail de la législation relative à la pollution des sols, mais d'attirer l'attention du notaire sur la perpétuelle nécessité d'identifier l'historique environnemental du bien vendu, et ce dans un but de protection des intérêts respectifs du vendeur et de l'acquéreur. **4357**

La consultation des bases de données ci-avant visées constitue la base du travail d'audit à fournir. Elle doit s'accompagner d'une bonne connaissance du secteur géographique concerné par le notaire. Ce dernier, dans le cadre de son devoir de conseil et d'information, doit recueillir un certain nombre d'informations auprès du vendeur et de l'acquéreur lui permettant de déterminer les clauses environnementales à insérer dans l'acte et les actions éventuelles à conduire avant la vente (diagnostic environnemental à produire, chiffrage de la dépollution éventuelle, déclaration à faire en préfecture).

Il convient d'analyser le titre de propriété du vendeur, de l'interroger sur l'existence actuelle ou passée d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE), sur les éventuelles destinations précédentes du site, si la cessation d'activité du dernier exploitant a été vérifiée, si la remise en état du site a été faite et justifiée auprès des autorités administratives, s'il a reçu une injonction du préfet. Il convient également de demander au vendeur s'il existe d'autres installations classées pour la protection de l'environnement à proximité.

Il est à noter que le notaire peut voir sa responsabilité engagée lorsque son acte ne mentionne pas l'absence de respect des textes en vigueur en matière de dépollution par le dernier exploitant.

L'acquéreur doit, quant à lui, être interrogé sur la destination qu'il entend donner à l'immeuble, si la question de la pollution/dépollution a été abordée, et celle de sa prise en charge si des rapports environnementaux lui ont été fournis.

Deux situations doivent être envisagées :

- **la première est celle de l'installation classée située à proximité du bien vendu :** le silence du vendeur à ce sujet est considéré comme fautif par la Cour de cassation, cette information étant souvent considérée comme « essentielle et déterminante du consentement de l'acheteur » (628). L'environnement du bien vendu doit faire l'objet d'une étude par l'interrogation du vendeur à ce sujet ;
- **la seconde est celle de l'ICPE exploitée sur le terrain vendu :** dans ce cas, le vendeur doit en informer l'acquéreur. Ce dernier doit connaître les dangers ou inconvénients consécutifs à cette exploitation. La nature des substances manipulées ou stockées (chimiques ou radioactives) doivent être connues de l'acquéreur qui, à défaut, peut dans

(628) Cass. 3e civ., 25 mai 2011, no 09-16.677 : *JurisData* no 2011-009899.

un délai de deux ans à compter de la découverte de la pollution demander la résolution de la vente ou la restitution partielle du prix de vente. Il peut également exiger une réhabilitation du terrain aux frais du vendeur (629).

4358 – L'étude de sols issue de la loi Élan. – La loi Élan crée à l'article L. 112-20 du Code de la construction et de l'habitation une nouvelle sous-section consacrée à « la prévention des risques de mouvement de terrain différentiel consécutif à la sécheresse et à la réhydratation des sols ». Il s'agit du problème des terrains argileux, dont on sait que la variation de la teneur en eau, après des épisodes de grande sécheresse, peut être à l'origine de fissures dans les murs des maisons, voire d'effondrements. Ce problème est pris très au sérieux par les pouvoirs publics, car il représente l'un des premiers postes d'indemnisation des catastrophes naturelles en France (630).

L'article L. 112-21 du Code de la construction et de l'habitation énonce :

« En cas de vente d'un terrain non bâti constructible, une étude géotechnique préalable est fournie par le vendeur.

Cette étude est annexée à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente. En cas de vente publique, l'étude est annexée au cahier des charges. Elle reste annexée au titre de propriété du terrain et suit les mutations successives de celui-ci.

Les ventes de terrains non bâtis destinés à la construction dans des secteurs où les dispositions d'urbanisme applicables ne permettent pas la réalisation de maisons individuelles n'entrent pas dans le champ d'application du présent article ».

Le texte vise un terrain non bâti constructible qui se situe dans une zone où les dispositions d'urbanisme permettent la réalisation de maisons individuelles. Même si le texte ne fournit pas de précisions sur cette notion de terrain non bâti constructible, il conviendra à notre sens de se référer au classement du terrain par le plan local d'urbanisme ou par un document d'urbanisme en tenant lieu. De même, le fait d'exclure « les secteurs où les dispositions d'urbanisme ne permettent pas la réalisation de maisons individuelles », doit-il être compris comme excluant de l'obligation les terrains vendus à des promoteurs en vue de réaliser de l'habitat collectif ?

Par ailleurs, l'article L. 112-24 du Code de la construction et de l'habitation impose, lorsqu'est vendu un terrain sur lequel a été bâtie une maison individuelle et qu'était obligatoire la réalisation d'études géotechniques, que celles-ci soient annexées à la promesse de vente, ou à défaut à l'acte authentique de vente, ou, en cas de vente publique, au cahier des charges.

Le décret visé à l'article L. 112-25 du Code de la construction et de l'habitation est paru le 23 mai 2019. Il définit le champ d'application de l'étude géotechnique en créant quatre zones distinctes : exposition forte, exposition moyenne, exposition faible, exposition résiduelle. Le décret distingue également le contenu des études géotechniques suivant qu'il s'agit d'une étude géotechnique préalable ou d'une étude géotechnique de conception. Le contenu précis de ces deux études doit être défini par arrêté. Enfin, le décret apporte des précisions sur la durée de validité des études. Pour l'étude géotechnique préalable, sa durée est de trente ans, mais ce uniquement si aucun remaniement du sol n'a été effectué. Pour l'étude géotechnique de conception, elle n'est valable que pour le projet en vue duquel elle a été réalisée (631).

(629) A. Robert-Chary, *Vente d'un terrain ayant supporté une installation classée* : 2014, Lexis Nexis.
(630) C. Gijsbers, *L'impact de la loi Élan sur les ventes immobilières* : *RD imm.* janv. 2019, n° 1, p. 8.
(631) V. Zalewski-Sicard, *Études géotechniques et actes de vente* : *JCP* N 31 mai 2019, aperçu rapide n^{os} 22-23.

Sous réserve de parution des arrêtés attendus, ces études géotechniques devront être produites à compter du 1er janvier 2020.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, les textes ne parlent ni de la sanction de la non-production de ces études, ni des professionnels en charge de ces études (compétences, assurances...). Espérons qu'il sera remédié à ces carences avant l'entrée en vigueur des dispositions.

Section II L'information sur les équipements en sous-sol

Le développement de la protection de l'environnement a amené les pouvoirs publics à se préoccuper des réseaux existant en tréfonds des terrains bâtis, et notamment des réseaux humides, savoir les eaux usées et les eaux pluviales. Par ailleurs, les cuves enterrées ou non sur les terrains font également l'objet d'une attention particulière. **4359**

– Le contrôle de l'assainissement non collectif. – Le nombre d'installations d'assainissement non collectif est estimé à 5,1 millions en France et concerne 10,3 millions d'habitants, essentiellement des logements individuels en zone d'habitat dispersé (632). Ces installations peuvent présenter des dangers pour la santé des personnes et un risque avéré de pollution pour l'environnement. **4360**

La loi no 2006-1772 du 30 décembre 2006 a créé un nouveau diagnostic technique obligatoire en cas de vente. Le contrôle de l'installation d'assainissement non collectif a intégré le dossier de diagnostic technique prévu aux articles L. 271-4 et L. 271-5 du Code de la construction et de l'habitation.

L'article L. 1331-11-1 du Code de la santé publique est applicable lors de la vente « de tout ou partie d'un immeuble à usage d'habitation ». Le diagnostic doit avoir été établi depuis moins de trois ans au moment de la signature de l'acte authentique de vente et est obligatoirement réalisé par le service public d'assainissement non collectif géré par les communes.

Trois situations peuvent se rencontrer selon que le contrôle antérieur date de moins de trois ans, de plus de trois ans, ou en cas d'absence de contrôle antérieur.

– Existence d'un contrôle antérieur de moins de trois ans. – S'il existe déjà un contrôle de l'assainissement collectif datant de moins de trois ans au moment de la signature de l'acte authentique de vente, il est inutile d'effectuer un nouveau contrôle et il convient de joindre le document à l'acte de vente. **4361**

Par contre, il est nécessaire d'analyser les conclusions de ce contrôle et de vérifier si les préconisations ont été suivies. En cas de travaux prescrits, il est également nécessaire de contrôler que ces derniers ont été réalisés, et dans les règles de l'art. Une contre-visite de la commune peut être sollicitée dans ce cas.

– Contrôle antérieur datant de plus de trois ans. – Si le contrôle antérieur date de plus de trois ans à la date de signature de l'acte authentique de vente, un nouveau contrôle du Service public d'assainissement non collectif (Spanc) devra intervenir. Il s'agira du contrôle périodique prévu par l'article 4 de l'arrêté du 27 avril 2012. **4362**

(632) Rapport effectué au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire déposé le 1er avr. 2010, dans le cadre des travaux préparatoires à la loi du 12 juill. 2010, dite « Grenelle II ».

4363 – Absence de contrôle antérieur. – Si l'installation n'a jamais été contrôlée, le Spanc devra être sollicité afin d'établir le document prescrit par l'article L. 1331-11-1 du Code de la santé publique, intégré au dossier de diagnostic technique.

Dans tous ces cas, le notaire devra faire attester le vendeur que, depuis le contrôle intervenu, il « assure l'entretien régulier et qu'il fait périodiquement vidanger » l'installation par une personne agréée par le préfet, « afin d'en garantir le bon fonctionnement » comme l'exige l'article L. 1331-1-1, alinéa 1er du Code de la santé publique.

4364 – Sanction. – La non-production du contrôle d'assainissement non collectif entraîne pour le vendeur une impossibilité de s'exonérer de la garantie des vices cachés prévue par l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation.

4365 – Conséquence de la non-conformité de l'installation. – Si le contrôle révèle une non-conformité de l'installation et des prescriptions de travaux, la charge en incombe normalement au vendeur, mais d'autres conventions peuvent être conclues.

Ainsi, si les travaux restent à charge du vendeur, ils devront être réalisés avant la signature de l'acte authentique de vente afin de permettre une contre-visite pour s'assurer que les travaux ont été correctement exécutés.

Si les travaux restent à la charge de l'acquéreur, moyennant une diminution du prix, il convient de les faire chiffrer afin que la décision soit prise en toute connaissance de cause. Un devis sera établi et annexé à l'acte de vente.

Dans ce cas, c'est à l'acquéreur qu'il incombera de faire procéder aux travaux de mise en conformité dans un délai d'un an après l'acte de vente.

Conseil pratique

Il est conseillé au notaire de faire preuve de vigilance dans la lecture des conclusions du diagnostic d'assainissement non collectif et de faire réaliser un chiffrage systématique du coût des travaux avant signature, afin d'éviter toute déconvenue de l'acquéreur après signature.

4366 – La réglementation relative à l'assainissement collectif. – En matière d'assainissement, nombreuses sont les ventes où l'effectivité et/ou la conformité du raccordement « au tout-à-l'égout » posent question. En effet, il n'est pas rare que les vendeurs affirment être raccordés sans jamais l'avoir vérifié.

4367 – Le contrôle de l'effectivité du raccordement. – En l'état actuel des textes, il existe un principe édicté par l'article L. 1331-1 du Code de la santé publique : l'obligation de raccordement des immeubles dans le délai de deux ans à compter de la mise en service du réseau.

Dès lors, le maire d'une commune peut, d'une part, obliger au raccordement au réseau collectif même dans le cas où l'installation d'assainissement non collectif est conforme à la réglementation et, d'autre part, prendre un arrêté obligeant le vendeur à effectuer le contrôle de la conformité du raccordement au réseau d'assainissement collectif.

Il est donc recommandé de se procurer le règlement d'assainissement de la commune avant la vente afin de vérifier si le contrôle est obligatoire ou pas. Le défaut d'information pourra être reproché au notaire et au vendeur puisque des travaux de mise aux normes pourront être, par la suite, imposés à l'acquéreur par la commune.

4368 – Le contrôle de la conformité du raccordement. – L'article L. 1335-5 du Code de la santé publique impose au propriétaire, à ses frais, dès le raccordement au réseau collectif, de mettre hors d'état de servir ou de créer des nuisances à venir les fosses et autres installations de même nature.

L'administration a précisé que les dispositifs de traitement et d'accumulation ainsi que les fosses mises hors service ou rendues inutilisables pour quelque raison que ce soit devaient être vidangés, désinfectés et comblés ou démolis.

Si cette obligation n'est pas respectée, la commune peut, après mise en demeure, procéder d'office et aux frais de l'intéressé aux travaux indispensables.

Cette législation applicable doit conduire le notaire à conseiller préalablement à la vente :
- au vendeur, en cas de doute sur la réalité du raccordement à l'assainissement collectif, de faire procéder à un contrôle du raccordement par le service de l'assainissement collectif ;
- à l'acquéreur, en cas de doute sur la conformité du raccordement, d'exiger la justification que les installations antérieures ont bien été vidangées, désinfectées, comblées ou démolies et que le raccordement a bien été effectué en direct pour la totalité de l'installation.

Il convient également de faire déclarer le vendeur qu'il n'existe pas de sanibroyeur dans son logement, et que, s'il en existe un, son évacuation se fait bien par la colonne de descente du réseau « eaux usées » et non par la colonne du réseau « eaux pluviales ». En cas de raccordement sauvage, le règlement sanitaire départemental peut prévoir le classement du bien en insalubrité.

Conseil pratique

Même en l'absence de diagnostic obligatoire dans le cadre des ventes, cette bonne pratique a pour but de protéger les intérêts du vendeur et de l'acquéreur et d'éviter d'avoir à gérer des contentieux postérieurs à la vente. À défaut de contrôle du raccordement, il convient *a minima* de faire déclarer le vendeur qu'il est situé dans une zone d'assainissement collectif, qu'il est effectivement raccordé à ce réseau, qu'il entretient régulièrement les ouvrages, qu'il ne rencontre aucun problème de fonctionnement avec cette installation, et qu'il n'a reçu des services compétents aucune mise en demeure de mettre l'installation en conformité avec les normes existantes.

– L'évacuation des eaux de pluie. – La réglementation de l'évacuation des eaux de pluie est gérée par les collectivités territoriales. Ces dernières sont tenues d'assurer un service d'évacuation et de traitement des eaux pluviales. **4369**

Le raccordement au réseau d'eaux pluviales, s'il en existe un, est soumis à autorisation de la commune. Le raccordement peut également être imposé par les règlements d'assainissement ou les documents d'urbanisme (PLU) en fonction de la nature des sols (problème d'imperméabilité des sols), de la situation géographique des terrains (forte pente...). Par exemple, en l'absence de réseau d'évacuation des eaux pluviales, la commune peut prescrire la création d'un puits d'infiltration sur le terrain.

Des dispositions particulières peuvent aussi figurer dans le règlement sanitaire départemental. Par exemple, l'interdiction de déverser les eaux pluviales dans le réseau d'eaux usées.

Les ouvrages d'évacuation des eaux pluviales doivent être maintenus en bon état de fonctionnement et d'étanchéité et il est interdit d'y jeter des détritus et autres immondices.

Le maire peut, dans le cadre de ses pouvoirs de police, faire respecter cette obligation dans le cadre de la lutte contre les accidents, les inondations et la pollution.

Le déversement des eaux pluviales est régi par les articles 640 à 643 du Code civil. L'article 681 du Code civil énonce, quant à lui, que : « Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin ». Ainsi les voies publiques doivent recevoir les eaux qui s'écoulent naturellement des propriétés riveraines, et éventuellement celles qui proviennent des toits par l'intermédiaire de gouttières.

4370 – La réglementation de la récupération des eaux de pluie. – La réglementation de la récupération des eaux de pluie repose, quant à elle, sur un arrêté du 21 août 2008. Cet arrêté encadre strictement la récupération des eaux de pluie à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments, et ce pour des raisons sanitaires.

L'arrêté concerne les eaux de pluie qui sont récupérées en aval de toitures inaccessibles pour tout type de bâtiment, lesdites toitures ne devant pas être en amiante-ciment ou en plomb. Il précise les conditions d'utilisation des eaux de pluie à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments. Dans tous les cas, les équipements de récupération des eaux de pluie ne doivent pas présenter des risques de contamination du réseau d'eau potable. Les cuves de stockage doivent être conformes aux règles de sécurité et dotées d'un dispositif anti-noyade et d'une grille antimoustiques.

Le propriétaire doit veiller à l'entretien et à la surveillance du dispositif (cuve et réservoir), car l'eau stagnante est toujours source de développement de bactéries.

La réglementation est encore plus stricte lorsque l'eau est utilisée à l'intérieur des bâtiments.

Lors d'une vente, le notaire se doit d'interroger son client sur l'existence d'un dispositif de récupération des eaux de pluie. Et dans l'affirmative, informer par écrit l'acquéreur des dispositions en la matière en insistant sur les risques sanitaires de ce type de dispositif.

4371 – Les cuves de fioul. – En matière de chauffage au fioul, le constat est là : en France, 3,4 millions de ménages, soit 12 % des foyers, utilisent ce mode de chauffage.

Le gouvernement a récemment annoncé sa volonté de supprimer dans les dix ans à venir tous les chauffages individuels au fioul en France (633). À ce titre, l'éco-prêt à taux zéro (éco-PTZ) finance les dépenses de dépose des cuves de fioul et, depuis la loi de finances pour 2019, la dépose des cuves ouvre également droit au bénéfice des aides et crédit d'impôt pour la transition énergétique (Cite).

Dès lors, se pose légitimement la question du devenir de ces cuves de stockage de fioul, enterrées ou non, qui ne sont plus utilisées dans des habitations individuelles ou collectives à la suite d'un changement de mode de chauffage.

Ces cuves présentent des dangers en cas d'incendie et peuvent provoquer une pollution du sol des habitations en cas de fuite.

En l'état actuel, la législation prévoit que les réservoirs enterrés abandonnés doivent être vidangés et comblés de matériaux inertes (634).

Au vu de l'évolution prévisible de la législation en la matière lors d'une vente, il est conseillé au notaire d'informer et de sensibiliser le vendeur et l'acquéreur sur le sujet.

En présence d'un mode de chauffage au fioul en fonctionnement au moment de la vente, outre la justification de l'entretien de la chaudière, il conviendra de réclamer au vendeur les éventuels documents relatifs à la pose de la cuve et à son entretien, de lui faire déclarer le type de cuve, sa date d'installation et le fait que la cuve est en bon état de fonctionnement et qu'elle est bien étanche et non fuyarde.

En présence d'une cuve de fioul non utilisée, il revient au vendeur de justifier à l'acquéreur que la cuve a bien été dégazée, vidangée et comblée ou enlevée, et qu'elle ne présente aucun danger pour la sécurité des personnes ou l'environnement.

(633) Question écrite (sans réponse) n° 8279 de M. Éric Bocquet (ministère de la Transition écologique et solidaire), 20 déc. 2018, *Fin des chaudières au fioul*.

(634) A. 26 févr. 1974 : *JO* 22 mars 1974.

Conseil pratique

L'attention des notaires est attirée sur le fait que la neutralisation des cuves de fioul a un coût certain et que la législation risque d'évoluer en la matière. Il est donc fortement conseillé de poser la question au vendeur avant la vente de l'existence d'une cuve de fioul, d'effectuer des déclarations à l'acte sur le sujet, afin d'éclairer le consentement de l'acquéreur par l'information sur les risques et les coûts, et d'éviter la responsabilité du vendeur en la matière.
À notre sens, la simple information sur l'existence d'une cuve par le vendeur n'est pas suffisante, en raison de la législation applicable. Le vendeur ayant l'obligation de neutraliser d'éventuelles cuves abandonnées sur son terrain, l'acquéreur est en droit de l'exiger lors d'une vente, et ce aux frais du vendeur, ou bien d'en faire son affaire personnelle moyennant une baisse du prix de vente.

– Propos conclusifs. – Ce tour d'horizon du formalisme d'information en matière de vente immobilière nous amène à constater que la législation dans ce domaine ne fait que s'épaissir et se morceler au fur et à mesure des années. Il serait donc souhaitable, à notre sens, d'harmoniser et de simplifier les règles des diagnostics existants, de passer pour certains diagnostics d'une simple information sur le risque à des préconisations et des devis travaux, et de fixer des règles et des limites quant à l'information et au contrôle des normes applicables aux équipements de l'immeuble lors d'une vente. **4372**

Au-delà du formalisme d'information préalable à la vente, le notaire est le gardien et le responsable d'un autre formalisme qui assure la protection des droits des parties. Il s'agit du formalisme de l'enregistrement et de la publicité foncière des actes.

TITRE II

Le formalisme d'enregistrement et de publicité foncière

Une fois le contrat formé, en respectant le formalisme ci-avant développé, la protection des droits des parties est également assurée, d'une part par l'enregistrement de l'acte (**Sous-titre I**), et d'autre part par la publication de l'acte au service de la publicité foncière (**Sous-titre II**). **4373**

SOUS-TITRE I

La formalité d'enregistrement

La formalité d'enregistrement nécessite préalablement la détermination du régime fiscal permettant la liquidation de l'impôt, puis le dépôt de l'acte accompagné du versement de l'impôt correspondant. **4374**

CHAPITRE I La protection par la liquidation de l'impôt

4375 En confiant au notaire la rédaction des actes translatifs relatifs à leur patrimoine, les clients souhaitent à la fois une sécurité fiscale et une optimisation fiscale.

La sécurité fiscale passe par l'assurance pour le client que l'impôt sera correctement déterminé et exactement calculé. L'optimisation fiscale, quant à elle, est le souhait du client de bénéficier de conseils poussés du notaire, professionnel de la fiscalité du patrimoine, en vue d'une solution fiscalement plus avantageuse. Néanmoins, l'enjeu est de faire bénéficier les clients d'une fiscalité contenue sans pour autant basculer dans l'abus de droit fiscal.

Section I Le notaire et la détermination du régime fiscal de l'acte

§ I La distinction entre les dispositions dépendantes et indépendantes

4376 **– Principe. –** Lors de l'établissement de l'acte, le notaire doit déterminer les droits exigibles au titre de l'acte emportant mutation immobilière en analysant les conventions qu'il contient, afin de rechercher les dispositions susceptibles d'être taxées.

Le texte de base en la matière est l'article 671 du Code général des impôts : « Lorsque, dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire ou extrajudiciaire, il y a plusieurs dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, une taxe ou un droit particulier. La quotité en est déterminée par l'article du présent code dans lequel la disposition se trouve classée, ou auquel elle se rapporte ».

Alors qu'un acte contenant plusieurs dispositions dépendantes n'est soumis qu'à un seul droit, il convient, en présence de plusieurs dispositions indépendantes, de tenir compte des droits afférents à chacune d'elles pour procéder à la liquidation de l'impôt.

4377 **– Recherche de définition. –** La difficulté de cet exercice réside dans l'absence de signes distinctifs dans le texte de l'article permettant de reconnaître la dépendance ou l'indépendance de plusieurs dispositions à l'acte.

Il résulte de la documentation administrative (635) les dispositions suivantes :

« D'après la Cour de cassation (636), les dispositions multiples d'un acte ne dépendent l'une de l'autre, au sens de l'article 671 du Code général des impôts, que si le lien qui les unit résulte non de la seule volonté des parties (critère subjectif), mais de la loi elle-même (critère objectif) : « il faut non seulement que ces dispositions aient été liées entre elles dans l'intention des parties contractantes, mais que, prises abstractivement, elles concourent ensemble à la formation d'un contrat principal et en constituent les éléments corrélatifs et nécessaires ». Toutefois, la Cour suprême ne paraît pas dénier dans ses décisions toute influence à l'intention des parties, de sorte qu'il est impossible d'énoncer un critère précis ».

(635) BOI-ENR-DG-20-20-60, 12 sept. 2012, nos 20/30/40/70.

(636) Cass. civ., 21 août 1871 : *DP* 1873, 1, 81 ; *S.* 1872, 1, 442. – Cass. civ., 5 mars 1907 : *DP* 1908, 1, 209 ; *S.* 1909, 1, 46.

Il est cependant possible de formuler quelques principes repris dans le *Guide de la publicité foncière* (637) :

- sont dépendantes les deux obligations réciproques qui forment la cause l'une de l'autre, le mot « cause » étant pris dans le sens de « mobile immédiat auquel le débiteur a obéi », toujours le même dans un contrat déterminé (mutation du bien vendu et obligation de payer le prix dans une vente, double mutation réciproque dans un échange) ;
- sont également dépendantes toutes les dispositions du même acte qui règlent les rapports juridiques résultant nécessairement, d'après la loi civile, du contrat unique intervenu entre les parties (clauses réglant le mode de paiement du prix de vente ; donation et partage des biens donnés dans une donation-partage) ;
- les dispositions dépendantes sont celles qui se trouvent reliées entre elles par un lien nécessaire et qui forment un tout indivisible ;
- en revanche, constituent des dispositions indépendantes les clauses du même acte qui ont pour résultat la formation, la modification ou la dissolution de deux contrats distincts (acte portant à la fois vente d'un fonds de commerce et location du local commercial correspondant par le propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds).

Un auteur, Pilon, qui a analysé la jurisprudence de la Cour de cassation, propose une définition assez éclairante (638) : « Lorsqu'un acte renferme plusieurs dispositions, est indépendante toute disposition qui pourrait être éliminée de l'acte sans qu'il cesse d'être complet en lui-même et de produire ses effets juridiques normaux, compte tenu à la fois de l'intention des parties et des dispositions de l'acte prises abstractivement ».

4378 **– Règles de taxation des dispositions dépendantes. –** Aux termes de l'article 670 du Code général des impôts : « Lorsqu'un acte renferme deux dispositions tarifées différemment mais qui, à raison de leur corrélation, ne sont pas de nature à donner ouverture à la pluralité des droits ou taxe, la disposition qui sert de base à la perception est celle qui donne lieu au taux le plus élevé ».

L'interprétation littérale de ce texte, de principe en matière d'enregistrement, ne permet d'établir de comparaison, pour régler la perception, qu'entre les « tarifs » et non entre le « montant effectif » des droits afférents aux diverses dispositions corrélatives.

Dès lors que les tarifs des droits sont divisés en trois catégories, droits fixes, droits proportionnels et droits progressifs, la règle de l'article 670 du Code général des impôts n'est susceptible de s'appliquer, en principe, que dans les cas où les diverses dispositions dépendantes sont assujetties à des tarifs de même nature.

Dans le cas où les diverses dispositions dépendantes sont, considérées isolément, assujetties à des tarifs de nature différente, la comparaison résultant de l'article 670 du Code général des impôts est impossible, et la disposition à taxer est « la disposition principale », c'est-à-dire la disposition dont l'objet est le plus important d'après la nature de l'acte et le but poursuivi par les parties. Ainsi, dans une donation-partage, la donation est considérée comme la disposition principale et le droit progressif de donation est exigible à l'exclusion du droit proportionnel de partage.

Mais il arrive souvent que ni les termes de l'acte ni les circonstances ne permettent de discerner l'intention des contractants et de reconnaître la stipulation principale. Dans ce cas, quelle règle suivre ? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que l'administration a le droit de frapper la disposition donnant ouverture au droit le plus élevé, les

(637) J. Lafond, *Guide de la publicité foncière*, LexisNexis, 2018, Fasc. 60 : *Acte contenant plusieurs dispositions*.
(638) *Principes et techniques des droits d'enregistrement*, Dalloz, 1929, n° 601.

parties ne pouvant s'en prendre qu'à elles-mêmes si elles n'ont pas mieux précisé leur volonté (639).

Ainsi, lorsqu'un acte de vente contenant quittance du prix donne ouverture à un droit de mutation inférieur au minimum de perception, il y a lieu de percevoir ce minimum sans égard au fait qu'il puisse être inférieur au droit fixe des actes innommés applicables aux quittances. L'acte de vente est en effet la disposition principale.

4379 **– Règles de taxation des actes contenant des dispositions indépendantes. –** Pour les actes comportant plusieurs dispositions indépendantes, le principe selon lequel chacune d'entre elles doit être assujettie à l'impôt ne joue pleinement que lorsque ces dispositions sont toutes soumises à des droits proportionnels ou progressifs. Tous les droits proportionnels ou progressifs ou dégressifs doivent être perçus.

En effet, par mesure de simplification, lorsque les dispositions indépendantes d'un même acte donnent toutes, considérées isolément, ouverture à des droits fixes, seul est perçu le droit fixe le plus élevé.

De plus, lorsqu'un acte contient plusieurs dispositions indépendantes donnant ouverture, les unes au droit proportionnel (ou progressif ou dégressif), les autres au droit fixe, il n'est rien perçu sur ces dernières dispositions, sauf application du droit fixe le plus élevé comme minimum de perception, si le montant du droit proportionnel ou progressif ou dégressif est inférieur à ce droit (640). En pareil cas, les droits proportionnels ou progressifs ne sont perçus que si leur total est supérieur au droit fixe le plus élevé susceptible d'être exigé. Pour l'application de cette règle, seuls sont à considérer les droits proportionnels ou progressifs effectivement exigibles, c'est-à-dire compte tenu, s'il y a lieu, des réductions ou abattements susceptibles d'être appliqués.

4380

Exemples d'application

Principe en matière de vente

Toutes clauses d'un acte de vente relatives au consentement des parties, à la désignation et à la consistance de l'immeuble, ou au prix, sont des clauses nécessaires à la formation du contrat et non des conventions indépendantes de la disposition principale, c'est-à-dire de la vente. Elles échappent donc à tout droit particulier si elles sont souscrites par les parties contractantes.

Mais si des tiers interviennent à l'acte, la convention qui les intéresse, tout en se rattachant à l'un des éléments constitutifs de la vente, suppose des engagements spéciaux qui auraient pu faire l'objet d'un acte distinct et qui entraînent la perception d'un droit particulier.

Les exemples sont nombreux. Nous en donnerons quelques-uns, à titre d'illustrations, issus du *Guide de la publicité foncière* (641) :

Doivent être considérés comme des dispositions indépendantes :

- la cession par l'un des acquéreurs indivis d'un immeuble à son coacquéreur de l'usufruit de sa part ;
- le partage du prix entre les vendeurs d'un immeuble indivis, constaté dans l'acte de vente. Le droit de partage est en principe exigible, mais par mesure de tempérament il n'est pas perçu ;
- l'inclusion d'un acte de prêt dans l'acte de vente ;
- la stipulation d'un pacte de préférence au profit du vendeur ;
- la garantie fournie dans l'acte par un tiers pour le paiement du prix ;
- le consentement par les enfants à la vente consentie par le père à l'un d'eux, si la vente n'entre pas dans les prévisions de l'article 918 du Code civil (642). À l'inverse, les consentements prévus

(639) Laon, 26 sept. 1850 : *Journ. enr.* 1850, p. 15170 ; *Journ. not.* 1850, p. 14277. – Saint-Marcellin, 17 mai 1879 : *Journ. enr.* 1879, p. 21454.

(640) CGI, art. 672.

(641) J. Lafond, *Guide de la publicité foncière*, Fasc. 60 : *Acte contenant plusieurs dispositions*, *op. cit.*.

(642) Rép. min. Finances, 23 mai 1932 ; Instr. DGI 4056, § 34.

par les articles 918, 929, 930-5 et 924-4 du Code civil doivent être considérés comme des dispositions dépendantes ;

- les constitutions de servitudes dans les actes de vente par le vendeur ou au profit du vendeur s'analysent en des dispositions indépendantes soumises à la contribution de sécurité immobilière au tarif proportionnel.

Doivent être considérées comme des dispositions dépendantes ne donnant ouverture à aucun droit particulier :

- une mainlevée d'hypothèque ;
- la renonciation par le précédent vendeur des biens transmis à son privilège et à son action résolutoire ;
- la renonciation par le donateur des biens vendus au droit de retour et à son action résolutoire ;
- la renonciation d'un donateur à une interdiction d'aliéner.

Il est à noter que la clause de réversion dans un acte de vente constitue une disposition indépendante passible d'un droit particulier, à moins qu'elle n'émane de deux époux. Entre époux mariés sous le régime de la communauté, la réversion n'emporte pas mutation et ne doit pas être considérée comme disposition indépendante.

4381

Applications à d'autres actes (643)

I) Donation-partage

Lorsque, par le même acte de donation, un ascendant opère le partage de ses biens entre ses enfants ou lorsqu'une donation est faite avec charge (à condition que la charge soit inférieure à la libéralité), il y a dispositions dépendantes, mais la taxation porte sur la donation, considérée comme étant la plus importante dans l'esprit des parties.

À l'inverse, il y a dispositions indépendantes si la donation-partage faite par un ascendant comprend d'autres biens que ceux de l'ascendant, ou bien si les ascendants se reconnaissent débiteurs vis-à-vis de l'un leurs enfants et lui attribuent un immeuble en paiement. Dans ce dernier cas, deux droits sont exigibles, l'un sur la donation-partage, l'autre sur la dation en paiement.

De même, si une donation-partage contient le partage des biens donnés et d'autres biens non compris dans la donation, le droit de partage est dû sur ces derniers, même si leur partage est une condition de la donation. Dans ce schéma, on peut s'interroger sur un point : la soumission au droit de partage des biens, antérieurement donnés, et soumis au rapport civil dans le cadre de la donation-partage ou de la succession. D'un point de vue fiscal, l'administration joue sur la qualification de l'acte pour percevoir ce droit de partage. Sous prétexte que l'acte antérieur était une donation simple ou un don manuel, elle considère que le bien n'a pas été partagé et qu'il convient de le taxer à nouveau au moment du rapport effectué à la donation-partage ou au partage de la succession. Cette taxation fiscale sur la base d'un raisonnement civil nous semble critiquable et non fondée.

2) Partage successoral

En matière de partage successoral, la clause d'un partage aux termes de laquelle un copartageant est payé en argent ou en valeurs assimilées d'une créance qu'il possède contre la masse est libératoire pour toute la partie dépassant la quote-part du copartageant sur cette créance même, et qui, par la suite ne s'éteint pas par confusion. Une telle clause est considérée comme une disposition indépendante assujettie au droit fixe prévu par l'article 680 du Code général des impôts.

Par ailleurs, les sommes données et rapportées à la masse par les cohéritiers sont censées, par la fiction de la loi, avoir toujours appartenu à la succession. Il en résulte qu'en ce qu'il constate ce rapport et le paiement par le cohéritier qui le doit, le partage ne renferme qu'une disposition dépendante. Est également une disposition dépendante, en raison de son caractère secondaire, la libération que le paiement de la dette rapportée opère entre la succession du défunt, créancier de la somme prêtée, et l'héritier soumis au rapport, ou celle que ce même paiement opère entre celui-ci et ses cohéritiers, en éteignant l'obligation spéciale de rapporter, dont il était tenu à leur égard.

(643) Exemples issus du *JCl. Enregistrement Traité*, Fasc. 40, *Partage : dispositi ons dépendantes et indépendantes, questions diverses*, p ar G. Laval et F. Collard.

3) Partage du prix de vente

Le droit de partage est un droit d'acte. Il n'est donc exigible que si un écrit est établi. Un partage verbal qui ne contient aucune inégalité dans la répartition des valeurs communes n'est assujetti à aucun droit, même s'il est immobilier.

Le droit de partage est dû sur l'acte répartissant entre les covendeurs le prix de la vente antérieure d'un bien indivis, même si le partage a été prévu dans l'acte de vente, car dans l'intervalle de la vente et du partage l'indivision a été reportée de l'immeuble sur le prix et c'est à cette indivision nouvelle que met fin le partage du prix.

L'administration reprend dans sa base la réponse ministérielle Beaugritte qui énonce que le droit de partage est en principe exigible sur la partie du prix de vente qui n'est pas payée comptant en espèces ou en valeurs assimilées et immédiatement répartie entre les vendeurs conformément à leurs droits respectifs. Toutefois, par mesure de tempérament, inspirée d'un souci de simplification et d'allègement, il est admis que ce droit ne sera plus réclamé, à l'avenir, sur les contrats de vente de biens indivis contenant des clauses relatives au partage de prix (644).

Dans ce cas, aucun droit de partage n'est exigé de l'administration si cette vente est mentionnée ultérieurement dans un nouvel acte comme une convention ou un jugement de divorce.

Ainsi le « partage » du prix de vente d'un bien commun qui intervient avant le prononcé du divorce n'est pas, selon une réponse ministérielle, soumis au droit de partage (645).

En dehors de l'analyse des dispositions dépendantes et indépendantes de l'acte, le notaire doit déterminer le régime fiscal de chaque type d'acte qu'il reçoit. Nous avons fait le choix d'analyser ci-après, à titre d'illustration de la complexité de nos règles fiscales et de leur difficulté d'application, deux types de régime fiscal, source d'erreur et d'interprétation.

§ II Des exemples de cas particuliers de détermination du régime fiscal de l'acte

A/ La séparation des concubins et des partenaires de Pacs : partage ou licitation ?

4382 Lorsqu'un couple se sépare, le notaire est sollicité afin d'établir les conventions destinées à régler le sort de son patrimoine. La question se pose souvent de savoir si l'opération doit être présentée sous la forme d'un partage ou d'une licitation en raison notamment d'une différence de taxation de l'acte.

4383 **– Définition du partage et de la licitation. –** D'un point de vue civil, le partage et la licitation sont tous deux dotés de l'effet déclaratif. Le partage, en application de l'article 838 du Code civil, est le contrat par lequel des cohéritiers ou des copropriétaires divisent entre eux des biens communs, en déterminant ceux de ces biens qui reviennent à chacun d'eux. Il a pour conséquence d'attribuer à chaque propriétaire un droit exclusif sur certains biens en échange de droits indivis qu'il possédait sur l'ensemble des valeurs à partager et de lui permettre d'en disposer seul. L'article 883 du Code civil énonce l'effet déclaratif du partage. La licitation, en application de l'article 1686 du Code civil, est la vente aux enchères d'une chose commune suivie du partage de son prix. Dans la pratique, le terme « licitation » est utilisé dans des situations différentes qui constituent souvent des cessions de droit indivis mettant fin à l'indivision, y compris de gré à gré. Dès lors qu'elle intervient au profit d'un indivisaire, elle est également pourvue de l'effet déclaratif. D'un point de vue fiscal, en

(644) Rép. min. n° 4813 : *JOAN* 18 mai 1960, p. 909-1, M. Beaugritte ; BOI-ENR-PTG-10-10, BOI-ENR-PTG-10-10, 3 sept. 2015, n° 65.

(645) Rép. min. n° 9548 : *JOAN* Q 2013, p. 825, Cl. Valter : *JCP* N 2013, n° 5, act. 223.

matière de droits d'enregistrement, l'administration suivant le type de partage ou de licitation va *a contrario* refuser l'effet déclaratif (646).

Dès lors il existe deux régimes : un régime de droit commun et un régime de faveur.

I/ Le régime de faveur : une taxation identique du partage et de la licitation

4384 Le régime de faveur introduit par la loi du 26 décembre 1969 entrée en vigueur le 1er juillet 1970 a connu une lente évolution pour aboutir à sa version actuelle après adoption de la loi de finances pour 2008. La rédaction de l'article 748 du Code général des impôts pour les partages et de l'article 750, II du même code pour les licitations a été modifiée pour s'appliquer, **outre aux partages d'indivision successorale ou de dissolution de communauté conjugale, aux indivisions nées d'une donation-partage, aux indivisions entre époux quel que soit leur régime matrimonial, aux indivisions entre partenaires de Pacs, quelle que soit la date d'acquisition (avant, pendant ou après le mariage ou le Pacs) et quelle que soit la date du partage ou de la licitation (avant ou après la dissolution du mariage ou la rupture du Pacs)** (647).

Dans ce régime de faveur, le partage ne donne ouverture qu'au seul droit de partage sur l'actif net partagé, les soultes n'étant pas soumises au droit de vente, mais n'étant pas non plus admises en déduction de l'assiette du droit de partage. La licitation, quant à elle, est soumise au taux du droit de partage sur une assiette variant selon que la licitation met ou ne met pas fin à l'indivision : si elle ne met pas fin à l'indivision, le droit est perçu sur le prix des parts cédées ; si elle met fin à l'indivision, le droit est perçu sur la valeur totale du bien licité (648).

Lorsque la licitation met fin à l'indivision, la taxe de publicité foncière est perçue sur la valeur des biens licités sans soustraction de la part de l'acquéreur, déduction faite du passif en application de la doctrine administrative (649) ; dans le partage, le droit de partage est assis et liquidé sur le montant de l'actif net partagé, à savoir l'actif brut déduction faite du passif grevant la masse indivise, en application de l'article 747 du Code général des impôts (650).

Le régime fiscal étant identique en cas de cessation de l'indivision, les droits à verser sont exactement les mêmes.

La question du passif déductible. En matière de partage ou de licitation immobilière, on peut s'interroger sur la notion de passif déductible. En effet, en application de la doctrine administrative (651), le passif déductible de l'actif brut est **notamment**, savoir :

- les droits de mutation par décès et les frais de l'acte de partage ;
- les dettes du défunt envers les héritiers ;
- les legs particuliers de sommes faits par le défunt ;
- les récompenses dues par la succession à la communauté.

(646) S. Lamiaux, *Enregistrement, partage et licitation en droits d'enregistrement : existe-t-il une différence ?* : *JCP* N 2 sept. 2016, nº 35, 1252.
(647) R. Gentilhomme et M. Hérail, *Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages*, Defrénois.
(648) S. Lamiaux, *Enregistrement, partage et licitation en droits d'enregistrement : existe-t-il une différence ?* : *JCP* N 2 sept. 2016, nº 35, 1252.
(649) BOI-ENR-PTG-20-10, 29 janv. 2013, § 60.
(650) BOI-ENR-PTG-10-10-20150903, § 90.
(651) E. Simon-Michel, *Le droit de partage dans tous ses états (première partie)* : *RFP* févr. 2019, cah. prat. nº 2.

Dès lors, qu'en est-il de la déductibilité du **solde de l'emprunt** contracté par les copartageants ou colicitants non visé par le *Bulletin officiel des impôts* ? Le terme « notamment » signifie que la liste n'est pas exhaustive. Ainsi, même si aucun texte ne mentionne expressément la déduction du passif lié au solde d'un prêt immobilier, cette possibilité de déduction semble évidente en matière immobilière puisque le prêt constitue généralement le principal et unique passif, et elle est donc admise par l'administration fiscale.

II/ Le régime de droit commun : une taxation différente entre partage et licitation

4385 Le régime de droit commun concerne **les indivisions conventionnelles**, et notamment les acquisitions indivises de bien immobilier réalisées par les concubins. Le régime fiscal de droit commun est fixé par les articles 746 et 747 du Code général des impôts pour les partages et par l'article 750, I du même code pour les licitations.

Le partage est partiellement translatif à hauteur des soultes (652). La licitation est assimilée à une vente, donc comme étant purement translative (653).

En conséquence, le partage donne ouverture au droit de partage sur l'actif net partagé (valeur de l'immeuble déduction faite du solde de l'emprunt), déduction faite des soultes, qui sont alors imposées au droit de vente au tarif afférent aux ventes immobilières. On en conclut que dans le cas du régime de droit commun, le partage entraîne deux perceptions : le droit de partage et le droit de vente (654).

La licitation est, quant à elle, assimilée purement et simplement à une vente et rend exigible, lorsqu'elle porte sur un immeuble, le droit de vente sur le prix des parts indivises cédées. Elle ne rend donc exigible qu'une seule perception : le droit de vente.

En matière de partage, il convient de s'interroger sur la notion de soulte. On parle de soulte directe lorsque le copartageant la verse en espèces, en numéraire ; et de soulte indirecte lorsqu'elle résulte de la répartition inégalitaire du passif grevant la masse indivise.

Cela signifie que lorsque l'attributaire de l'immeuble prend à sa charge la part contributive du solde de l'emprunt en cours, il procure un avantage indirect à son copartageant, qui constitue la soulte indirecte. Il en est de même pour la prise en charge des frais de partage.

L'assiette du droit de vente est donc composée de la soulte directe en numéraire et de la soulte indirecte qui constitue la prise en charge du solde du prêt en cours (à hauteur de la quote-part dans les droits indivis) et de l'éventuelle prise en charge des frais de partage.

Il est à noter, concernant les soultes déductibles de l'assiette du droit de partage, que l'administration n'accepte que la déduction des soultes directes, considérant que la déduction de la soulte indirecte résultant de la prise en charge du passif fait double emploi avec celle du passif proprement dit (655) (le passif proprement dit étant déjà déduit dans le cadre de la détermination de l'actif net partagé).

En matière de licitation, l'assiette du droit de vente est uniquement le prix de la fraction cédée, même si la licitation met fin à l'indivision. Ici la règle spéciale de taxation sur la valeur totale du bien ne s'applique pas (656). Dans ce cas, la prise en charge du passif par l'indivisaire acquéreur se traduira par une modalité de paiement du prix de la licitation avec

(652) BOI-ENR-PTG-10-20, § 1.
(653) BOI-ENR-PTG-20-20, § 1.
(654) S. Lamiaux, *Enregistrement, partage et licitation en droits d'enregistrement : existe-t-il une différence ?* : *JCP* N 2 sept. 2016, n° 35, 1252.
(655) BOI-ENG-PTG-10-20, 12 sept. 2012, § 270.
(656) BOI-ENR-PTG-20-20, 12 sept. 2012, § 50.

un prix payé pour partie comptant en espèces et le surplus par compensation de la prise en charge de la quote-part d'emprunt.

Conclusion

Dès lors qu'en régime de droit commun l'opération ne porte que sur un seul immeuble indivis, il est plus intéressant de procéder à une licitation qu'à un partage afin d'éviter le droit de partage.

B/ La détermination du régime de TVA dans la vente immobilière : l'application de l'article 257 *bis* du Code général des impôts

4386 **– Principe posé par l'article 257 *bis* du Code général des impôts. –** À l'occasion de la vente de biens immobiliers à usage professionnel, commercial, artisanal, le notaire doit déterminer le régime applicable en matière de taxe sur la valeur ajoutée. Un certain nombre de questions doivent être posées aux clients : le vendeur et l'acquéreur sont-ils redevables de la TVA ? Le vendeur a-t-il construit l'immeuble ? Des travaux ont-ils été réalisés depuis l'acquisition ? Le bien vendu est-il loué ? Le bien est-il loué par bail soumis à la TVA ? L'acquéreur a-t-il l'intention de poursuivre la location ? Des régularisations de TVA sont-elles applicables ?

Il convient de rappeler le principe suivant : lorsque le prix ou la valeur des biens est mentionné sans précision particulière dans un acte ou une déclaration, il y a lieu de considérer que les parties ont entendu énoncer un prix ou une valeur « taxe comprise ». Dès lors, si la vente est analysée *a posteriori* comme soumise à TVA, le net perçu par le vendeur s'en trouvera diminué.

Dès lors, le notaire qui ne s'interroge pas sur le régime de TVA, dans le cadre d'une vente d'immeuble loué par bail soumis à la TVA, risque de voir sa responsabilité engagée au regard des enjeux fiscaux en la matière.

En fonction du contexte, deux situations peuvent se présenter : soit l'acquéreur a l'intention de poursuivre l'activité locative par bail soumis à la TVA de l'immeuble vendu, soit il cessera cette activité locative.

Se pose alors la question de la dispense ou non de régularisation de la TVA, donc de l'application ou non de l'article 257 *bis* du Code général des impôts. Cet article dispense de TVA « la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit, ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens ».

Par rescrit en date du 12 septembre 2006, l'administration fiscale a précisé que la dispense de TVA s'applique « aux cessions d'immeubles attachés à une activité de location immobilière avec reprise ou renégociation des baux en cours, qui interviendrait entre deux redevables de la TVA au titre de cette activité dès lors que ces cessions s'inscrivent dans une logique de transmission d'entreprise ou de restructuration réalisées au profit d'une personne qui entend exploiter l'universalité transmise » (657).

Dès lors, la dispense de TVA joue de plein droit lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies, savoir lorsqu'un assujetti à TVA cède un immeuble loué par bail soumis à la TVA à un autre assujetti qui va poursuivre l'activité locative.

La règle paraît simple d'application, mais le notaire est confronté dans sa pratique quotidienne à des cas plus complexes qui rendent la détermination du régime de TVA plus ardue.

(657) RES n° 2006/34 TCA, 12 sept. 2006.

I/ Les cas d'application de l'article 257 *bis* du Code général des impôts

4387 La dispense de TVA en matière de vente s'applique dans les différents cas particuliers suivants (658) :

- lorsque la vente porte sur un bien loué par bail soumis à la TVA avec reprise ou renégociation du bail en cours par l'acquéreur, à savoir la reprise de l'activité locative ;
- lorsque la vente porte sur un bien loué par bail soumis à la TVA, et que ce bail est résilié par l'acquéreur pour en conclure un nouveau avec un autre locataire. La circonstance du changement de locataire est sans effet sur l'application du texte ;
- lorsque l'immeuble est vacant, mais que son propriétaire est en mesure « de démontrer la recherche active d'un locataire ». Il est fait application ici de la réponse ministérielle Gérard (659). En outre, cette réponse énonce que « (...) la vacance des locaux cédés peut se justifier notamment par la conjoncture du marché immobilier, un changement de locataire, par des travaux ou à l'issue d'un sinistre, sans que l'intention de louer le bien en TVA n'ait été remise en cause. En conséquence, la durée de la période de vacance ne constitue pas un critère d'appréciation au sens de l'article 257 *bis* du CGI, seule l'intention démontrée de louer le bien étant retenue en cas de vacance. De même, les circonstances ayant motivé le départ du locataire ne sont pas, à elles seules, de nature à remettre en cause l'application du dispositif ».

II/ La non-application de la dispense de l'article 257 *bis* du Code général des impôts

4388 La dispense énoncée par l'article 257 *bis* du Code général des impôts n'a pas vocation à s'appliquer dans deux cas très clairement énoncés : d'une part, dans le cadre de l'acquisition par la société d'exploitation de ses locaux auprès d'une SCI qui louait précédemment par bail soumis à la TVA avec résiliation du bail en cours sans conclusion d'un nouveau bail et, d'autre part, dans le cas où le propriétaire résilie le bail de son bâtiment afin de le vendre libre de toute occupation. Dans ce dernier cas, il est fait application de la réponse ministérielle Gérard précitée qui fait renvoi à l'intention de louer le bien. Le raisonnement devrait être le même lorsque le propriétaire donne congé à son locataire (qui peut être sa propre société d'exploitation) en vue de la vente, ou encore lorsque le bien est partiellement soumis à une activité locative (660).

Dans ce cas, il convient de procéder à une régularisation de la déduction des vingtièmes de TVA restant pour le vendeur. La TVA acquittée est en effet récupérée par vingtièmes chaque année sur une durée de vingt ans.

Les calculs de cette régularisation doivent être effectués en amont de la vente par l'expert-comptable qui délivrera une attestation mentionnant les montants à régulariser. La somme totale des régularisations est généralement négociée dans le cadre de la vente, comme une charge augmentative du prix. Elle est réglée par l'acquéreur en sus du prix et reversée au Trésor public par le vendeur. Même si la régularisation entraîne un décaissement de trésorerie supplémentaire pour l'acquéreur, elle demeure une opération blanche pour ce dernier, car il la récupère en suite de la vente en sa qualité d'assujetti.

(658) V. Kerrest, *CGI, art. 257 bis : aspects pratiques* : *Cah. Cridon Lyon* nov. 2016, n° 77, Droit fiscal.
(659) Rép. min. Gérard n° 90962, 8 mars 2016, p. 2040.
(660) Application du rescrit n° 2008-4 (TCA) repris au *BOFiP* sous le n° BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-10-201221001, n° 30 aux termes duquel l'administration refuse l'application de la dispense de TVA « en cas de cession isolée d'un immeuble (...) affecté jusqu'alors de manière partielle à une activité locative au titre de laquelle les loyers perçus étaient en tout ou partie soumis effectivement à la TVA ».

Le raisonnement et la méthode semblent d'application simple. Mais, là encore, à l'instar des conditions de la poursuite de l'activité locative, il est des cas où la situation se complique.

Qu'en est-il lorsqu'un immeuble de bureaux est affecté à une activité locative par son propriétaire après construction, et que celui-ci le cède dans les conditions de l'article 257 *bis* à un investisseur, lequel poursuit l'activité locative jusqu'à ce qu'il décide à son tour de vendre à un acquéreur revendeur qui entend mettre fin à la location par l'acquisition par sa propre société d'exploitation ?

Dans ce cas, comment déterminer le régime de TVA applicable à la revente ? En bout de chaîne, la dispense de l'article 257 *bis* n'est pas applicable, l'activité locative n'étant pas reprise. La vente est donc soumise à la régularisation de TVA. Encore faut-il, dans ce cas, disposer des éléments pour effectuer le bon calcul de régularisation, car il convient d'être en possession des montants de régularisation du précédent vendeur.

Dans ce cas, le *Bulletin officiel des impôts* (661) énonce que lorsque l'acquisition de l'immeuble s'est faite dans le cadre d'une transmission d'universalité totale ou partielle de biens et a bénéficié de la dispense de TVA prévue à l'article 257 *bis* du Code général des impôts, il y a lieu en cas de revente de se référer au régime de l'acquisition antérieure à celle réalisée par le bénéficiaire de la transmission pour déterminer les règles applicables à la base d'imposition.

Ainsi, dans le cas précité, les règles applicables à la vente entre les derniers vendeur et acquéreur seront déterminées en considération des conditions dans lesquelles le propriétaire initial a lui-même acquis le bien.

Il en résultera une taxation en TVA sur le prix total s'il avait construit l'immeuble ou avait été en droit de déduire la TVA comprise, par hypothèse, dans le prix de son acquisition, ou une taxation sur la marge s'il avait reçu l'immeuble sans que l'acquisition lui ouvre droit à déduction.

Mais qu'en est-il si le vendeur n'est pas en mesure de déterminer le régime fiscal de son acquisition ?

Le *Bulletin officiel des impôts* précité énonce que : « Lorsque pour un même immeuble ou fraction d'immeuble, qu'il s'agisse d'une parcelle de terrain à bâtir ou d'un immeuble bâti, le cédant n'est pas en mesure d'établir dans quelles conditions de qualification fiscale au regard de l'article 268 du Code général des impôts, il est entré en possession de tout ou partie du bien en cause, il y a lieu si l'opération est imposée de soumettre l'ensemble de la cession **à la taxe sur le prix total** ». Et l'administration de donner des exemples : « Il peut en aller ainsi notamment de la cession d'une entité cadastrale qui résulte de diverses opérations de remembrement ou de remaniement parcellaire, ou encore de celle d'un lot immobilier issu de travaux de rénovation d'un bâtiment qui ont conduit à une reconfiguration de l'état descriptif de division, ou lorsque l'origine de propriété se perd dans l'histoire ».

Il en résulte que lorsque le vendeur final n'aura pas l'historique de régularisation du propriétaire initial, ni le régime fiscal d'acquisition du propriétaire initial, il conviendra, dans ces cas, de considérer que l'on se trouve dans l'hypothèse visée par l'administration de « l'origine de propriété qui se perd dans l'histoire » et d'appliquer une TVA sur prix total qui viendra écraser la régularisation des vingtièmes de TVA.

(661) BOI-TVA-IMM-10-20-10-20160302.

En conséquence, la vente en dispense de régularisation de TVA n'entraîne pas une remise à zéro des délais de régularisation et requiert un transfert d'information relative à la TVA entre le vendeur et l'acquéreur. Le notaire sera bien inspiré d'exiger de l'expert-comptable du vendeur une attestation de l'état des droits à déduction, destinée à la transmission des informations nécessaires au suivi de la TVA. À ce sujet, il pourra être utile de se servir d'un formulaire dit « 257 *bis* » proposé par les fiscalistes William Stemmer et David Colin sur le site taximmo.fr (662). Ce formulaire servira à l'acquéreur devenu vendeur pour effectuer une régularisation correcte de TVA en cas de cessation ultérieure de l'activité locative.

Au-delà de la détermination du régime fiscal de l'acte, le notaire est tenu à un devoir d'optimisation fiscale en tant qu'ingénieur du patrimoine ayant comme limite l'abus de droit.

Section II Le notaire, l'optimisation fiscale et la problématique de l'abus de droit

4389 **– Le principe : le devoir d'optimisation. –** Le constat est là : la pression fiscale sur le patrimoine n'a fait que s'accroître ces dernières années.

En témoigne un exemple concernant les droits de succession : jusqu'en 2011, avec une espérance de vie de dix-huit ans, un homme de soixante-six ans pouvait transmettre sans droit 573 000,00 € à chacun de ses enfants, contre seulement 132 000,00 € aujourd'hui, soit quatre fois moins. Cette situation résulte de l'effet cumulé de la réduction des abattements et de la durée minimale entre chaque donation allongée de quinze ans (663).

En parallèle de l'augmentation de l'impôt, la fiscalité du patrimoine s'est complexifiée. Il en découle une dégradation du consentement à l'impôt et une demande toujours plus croissante d'optimisation fiscale.

Dans ce contexte, comment le notaire doit-il réagir ?

Doit-il exécuter les instructions de ses clients sans analyser si elles correspondent à leurs intérêts patrimoniaux et familiaux ?

La réponse est bien entendue négative. Même si la double casquette d'officier public collecteur d'impôt et de professionnel libéral est ambiguë, le notaire doit assister ses clients dans le cadre de sa mission.

En application de son devoir de conseil, le notaire est tenu d'un devoir absolu d'information, contrôlé par la jurisprudence. Il doit éclairer ses clients sur les conséquences fiscales de leurs actes. Il a l'obligation de s'informer, par une formation continue, dans le domaine de la fiscalité des particuliers et des entreprises.

Ainsi le notaire, dans le cadre de sa mission de conseil, doit prodiguer des conseils avisés à ses clients, en analysant leur situation particulière, en leur proposant les différentes options possibles, et en leur conseillant la solution la mieux adaptée à l'objectif poursuivi. Le notaire a donc un double devoir : celui de conseil et celui d'optimisation, tout en assurant la sécurité fiscale des clients.

À ce sujet, le professeur Jean Prieur a écrit : « On a découvert chez le notaire un véritable ingénieur patrimonial, au service d'une même cause : l'optimisation, c'est-à-dire la recherche

(662) Http://taximmo.fr/category/formulaire-257-bis.
(663) M. Giray, *Le notaire et l'optimisation fiscale* : *JCP* N 14 févr. 2014, n° 7.

de la pertinence et de la performance des choix » (664). Le conseil se doit d'être pertinent et exhaustif, et porter sur les conséquences immédiates et futures des actes qu'il reçoit. L'erreur ou l'approximation ne sont donc pas tolérées. Il est donc fortement conseillé de se préconstituer la preuve du conseil donné au moment du montage du dossier sous forme de lettre ou de consultation. En effet, l'instabilité fiscale que l'on connaît depuis plusieurs années expose le notaire à de brusques changements de fiscalité pouvant remettre en cause son conseil fiscal. Ce qui, en l'absence de datation, peut lui valoir une mise en cause de sa responsabilité.

4390 **– La conséquence : une lourde responsabilité. –** Responsabilité, voilà le mot qui fait peur au notaire et à juste titre car, en matière fiscale, le défaut de conseil ou le mauvais conseil (erroné ou incomplet) est durement sanctionné par les tribunaux. En témoignent les nombreuses décisions de jurisprudence en matière d'opérations immobilières ou de règlement des successions.

La Cour de cassation, dans ses arrêts, utilise souvent le terme suivant : le notaire ne « pouvait pas ignorer »... le notaire est donc un sachant, et la Cour de cassation de préciser « qu'il est tenu d'informer et d'éclairer les parties sur la portée, les effets et les incidences fiscales, ainsi que sur les risques de l'acte auquel il prête son concours et le cas échéant de le leur déconseiller ».

Le notaire est donc présumé connaître, d'une part, toutes les lois fiscales et, d'autre part, la motivation fiscale de ses clients, et les éclairer à ce sujet.

Il en résulte plusieurs conseils de bon sens : d'une part, il convient dans la phase de préparation du dossier de procéder à une analyse et à un audit de la situation globale du client, d'écouter et de questionner avec pertinence son client, de le faire parler, de collecter toutes les informations utiles et nécessaires avec discernement, de savoir lui dire « non » de manière pédagogique pour sa bonne compréhension et, d'autre part, de se documenter, de se former de manière continue pour être à jour de l'actualité fiscale. La non-maîtrise de la fiscalité entraîne souvent un conseil trop prudent pour être pertinent et adapté au client. De même, un excès de confiance par l'application de schémas répétitifs et trop appliqués sans tenir compte de la situation particulière du client entraînera le risque de mise en cause de la responsabilité du notaire. Une chose à retenir : « un bon fiscaliste ne répond jamais sur l'instant ».

Enfin, une fois le travail d'audit préalable terminé, le notaire doit présenter à son client toutes les solutions possibles pour atteindre le résultat souhaité. Il doit également prendre position sur le schéma le plus pertinent et le plus en adéquation avec l'objectif poursuivi par son client. L'anticipation fiscale et l'habileté fiscale, en toute légalité, sont les qualités attendues de l'ingénieur patrimonial qu'est devenu le notaire.

4391 **– La limite : l'abus de droit. –** Difficile équilibre à trouver que d'élaborer une stratégie d'optimisation fiscale pour ses clients en prodiguant des conseils éclairés et pertinents sans pour autant basculer dans l'abus de droit, la dissimulation ou la fraude fiscale. La frontière est souvent ténue. Mais l'abus de droit peut aussi être commis par le notaire par ignorance ou mauvaise connaissance de la loi fiscale. Dans ce cas, même s'il s'agit d'une faute par omission, il s'agit tout de même d'une faute.

4392 **– Principe de liberté des choix fiscaux. –** Il est un principe : celui de la liberté pour les contribuables de gestion de leur patrimoine et de leurs choix fiscaux. Le choix de la voie la

(664) J. Prieur, *Patrimoine professionnel : contractualisation et sécurité juridique. Rapport de synthèse. Journées notariales du patrimoine, 29-30 sept. 2008* : *JCP* N 2008, n° 49, 1352.

moins onéreuse est admis tant par le juge national que communautaire que par l'administration fiscale. La remise en cause de la sincérité des actes passés par l'administration doit rester exceptionnelle et se justifier seulement dans des situations abusives.

Pour autant, on assiste depuis quelques années à la multiplication des textes tant au niveau international (665) et européen (666) qu'au niveau national (667), permettant de réprimer l'utilisation abusive des règles fiscales.

4393 **– Définition et caractéristiques de l'abus de droit fiscal de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. – 1) La fictivité :** la procédure de l'abus de droit fiscal de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, applicable depuis le 1er janvier 2009, donne une définition générale de l'abus de droit qui concerne tous les impôts sans aucune restriction et qui peut être mise en œuvre lorsque l'abus porte sur l'assiette, la liquidation de l'impôt ou encore son paiement. L'article L. 64 du Livre des procédures fiscales vise les opérations fictives, ou simulées, qui vont révéler une différence objective entre l'apparence juridique d'un acte et la réalité. On pense bien entendu dans ce cas à la donation déguisée sous forme de vente (668).

2) La fraude à la loi : une autre approche de l'abus de droit est celle de la fraude à la loi, qui suppose de réunir deux conditions cumulatives : une condition objective et une condition subjective.

La condition objective renvoie au but poursuivi par le contribuable, celui de rechercher « le bénéfice d'une application littérale du texte ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs ».

La condition subjective est définie par les actes qui n'ont pu être inspirés par « aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles », à savoir **un but exclusivement fiscal poursuivi par le contribuable**.

4394 **– Sanctions. –** La sanction de l'abus de droit est lourde puisque le contribuable encourt des pénalités qui varient en fonction de la gravité du comportement fautif. Un taux de 40 % est appliqué pour le contribuable dit « passif » qui n'a pas initié le montage contesté. Ce taux est porté à 80 % lorsqu'il est établi que le contribuable a eu l'initiative principale des actes abusifs ou en a été le principal bénéficiaire.

4395

Exemples d'application

D'un point de vue patrimonial, nous donnerons ci-après quelques exemples de montage exposés à la procédure de l'abus de droit.

I) La donation déguisée

Il s'agit d'une donation masquée par une vente dont le prix ne sera jamais payé (stipulé à terme), ou avec un prix dérisoire.

Si l'opération est juridiquement régulière, l'administration peut établir le véritable caractère de l'acte en démontrant que la vente est fictive et qu'il s'agit d'une donation. L'administration se basera sur un faisceau d'indices concordants, notamment l'âge du vendeur, l'intention libérale, la qualité

(665) Clauses anti-abus spéciales ou générales dans les conventions internationales.

(666) Clauses anti-abus spéciales ou générales dans les directives européennes et principe général du droit de l'Union européenne de prohibition de l'abus de droit, en matière de TVA (CJUE, 21 févr. 2006, aff. C-255/02, *Halifax*) et d'impôts directs (CJUE, Gde ch., 26 févr. 2019, aff. jtes C-16 et s.).

(667) L. nº 2018-898, 23 oct. 2018 et L. fin. pour 2019.

(668) *JCl. Ingénierie du patrimoine*, Fasc. 200, *Abus de droit fiscal*.

d'héritier de l'acquéreur, le prix de vente inférieur au marché, les modalités de paiement du prix (rente viagère ou paiement à terme).
Le schéma étant à ce jour bien identifiable et identifié par les notaires, il semble de moins en moins utilisé.

2) La donation avant cession

Ce schéma consiste à inverser l'ordre des opérations de vente puis donation en une donation avant la vente. Il permet, en effectuant d'abord la donation, d'évaluer le bien donné (actions de sociétés ou immeuble) à sa valeur au jour de la donation et de le revendre au même prix, le tout en franchise de plus-value. Seul l'éventuel droit de donation est dû. L'économie fiscale porte sur l'impôt sur la plus-value.
Cette opération, qui constitue une réelle optimisation fiscale, peut-elle être considérée comme un abus de droit ?

a) Le non-respect de la chronologie des opérations

L'administration fiscale a tenté, dans un premier temps, de contester la chronologie des opérations, en arguant de la signature préalable à la donation de promesses unilatérales de vente, de protocoles sous seing privé avec des conditions suspensives levées. En pratique, il est donc conseillé de respecter strictement le bon ordre des opérations.
La question se pose de la date retenue pour le transfert de propriété. En matière immobilière, on appliquera l'article 1589 du Code civil : la vente est parfaite lorsqu'il y a accord sur la chose et le prix. En matière de cession d'actions, il convient d'appliquer l'article L. 228-1 du Code de commerce qui dispose que « le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur » (669).
Qu'en est-il du délai ? La jurisprudence, par trois arrêts du Conseil d'État en 2014 (670), considère qu'une donation même réalisée avec un bref délai avant la vente n'est pas constitutive d'un abus de droit fiscal.

b) La fictivité de l'opération

Il résulte de la jurisprudence que l'opération est souvent contestée sur le terrain de l'abus de droit par fictivité (671). Cette dernière est démontrée lorsque le donateur s'est réapproprié, en suite de la donation, le prix de cession des biens donnés. Tel est le cas lorsque, en suite d'une cession d'actions, est mise place une convention de quasi-usufruit sur le prix de cession permettant au donateur quasi-usufruitier de conserver la maîtrise du portefeuille d'actions (672). La substitution au bien donné d'une « simple créance de restitution » ne permet pas de satisfaire à la condition de l'article 894 du Code civil qui énonce que « le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».
Il est à noter que, dans un autre arrêt (673), le Conseil d'État a jugé qu'une donation avec réserve de quasi-usufruit, sans garantie, suivie d'une cession, n'est pas constitutive d'un abus de droit par simulation. En l'espèce, le juge a considéré que le quasi-usufruitier restait redevable d'une créance de restitution de montant équivalent qui ne faisait pas obstacle au dépouillement effectif et irrévocable du donateur. Il est à noter que, dans cette affaire, le quasi-usufruit était prévu dans l'acte de donation et non postérieurement à la vente (674).
Reste que les restrictions apportées au droit de propriété des donataires et le délai assez bref entre la donation et la cession sont sans incidence sur l'appréciation de l'intention libérale (675).

Après analyse de la jurisprudence récente du Conseil d'État, on peut en conclure que cette dernière est plutôt favorable aux contribuables sauf en l'absence d'intention libérale ou de

(669) L. Guilmois, *Le notaire et l'abus de droit fiscal* : *JCP* N 31 août 2018, n° 356.
(670) CE, 9 avr. 2014, n° 353822 : *JurisData* n° 2014-008219. – CE, 28 mai 2014, n° 359911. – CE, 19 nov. 2014, n° 370564 : *JurisData* n° 2014-028381.
(671) CE, 30 déc. 2011, n° 330940 : *JurisData* n° 2011-031696.
(672) CE, 14 nov. 2014, n°s 369908 et 361482.
(673) CE, 9e et 10e ch. réunies, 10 févr. 2017, n° 387960 : *JurisData* n° 2017-002348.
(674) S. Lamiaux, *Enregistrement, partage et licitation en droits d'enregistrement : existe-t-il une différence ?* : *JCP* N 2 sept. 2016, n° 35, 1252.
(675) CE, 9 avr. 2014, n° 3533822 : *JurisData* n° 2014-008219.

réel appauvrissement du donateur. La définition extensive de la notion d'abus de droit par la loi de finances pour 2019 conduit cependant à s'interroger sur le risque de requalification induit par un tel montage, surtout, à notre sens, lorsque aucune garantie n'est proposée au nu-propriétaire pour assurer le recouvrement de sa créance en fin d'usufruit.

4396 – Définition et caractéristiques du nouvel abus de droit de l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales. L'article 109 de la loi de finances pour 2019 a créé une nouvelle procédure en matière d'abus de droit. Codifiée à l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales, elle permettra à l'administration fiscale, en complément de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, de lutter contre des opérations de fraude à la loi, poursuivant un but principalement fiscal.

Son entrée en vigueur est décalée. Elle s'appliquera aux rectifications notifiées à compter du 1er janvier 2021 portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1er janvier 2020.

À l'instar de l'abus de droit de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, l'abus de droit de l'article L. 64 A du même livre, baptisé « mini abus de droit », devra réunir deux conditions :

- une condition objective qui renvoie au but poursuivi par le contribuable, celui de rechercher « le bénéfice d'une application littérale du texte ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs » ;
- une condition subjective définie par les actes qui « n'ont pour motif principal que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles », à savoir **un but principalement fiscal poursuivi par le contribuable**.

4397 – Définition de la notion de but « principalement » fiscal. – Si l'on veut comprendre les enjeux de cette nouvelle procédure d'abus de droit, il convient de s'interroger sur le sens entendu et attendu du terme « principalement » fiscal. Au sens premier, « principal » est synonyme d'« **essentiel** », de « fondamental », de « capital ». Dans un second sens, le principal est « ce qui prime sur d'autres choses de nature analogue, par son importance » ; « principal » est ici synonyme de « majoritaire » (plus de 50 %). Il résulte d'une analyse comparative et combinée de la notion de but « principalement fiscal » dans la doctrine administrative et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'abus de droit en matière de TVA et d'impôt sur les sociétés (qui doit être rapproché de l'abus de droit en matière d'enregistrement ou d'impôt sur la fortune immobilière), que la notion de but « principalement » fiscal se rapproche de la notion de but « essentiellement » fiscal, et non « majoritairement », qui elle-même se rapproche de la notion de but « exclusivement » fiscal (676).

Conclusion

Cette notion de but « principalement fiscal » devrait être entendue comme une extension à la marge du but « exclusivement fiscal ». Cette interprétation restrictive, si elle est retenue par l'administration, permettrait de ne pas regarder la liberté de gestion comme abusive.

4398 – Sanctions. – En contrepartie de la définition plus large de l'abus de droit, aucune pénalité spécifique n'est prévue lorsque l'administration fiscale a recours à cette procédure. Les majorations de 40 % ou 80 % énoncées par l'article 1729, *b* du Code général des impôts

(676) Analyse détaillée comparative dans le colloque de l'Association Rencontres Notariat-Université (ARNU) « L'abus de droit et la pratique notariale », Paris, 14 oct. 2019, propos de F. Deboissy et G. Bonnet.

lorsque l'administration a recours à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ne seront pas applicables. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucune sanction ne sera infligée. Les pénalités de droit commun pour insuffisance de déclaration resteront encourues. En particulier, sous réserve de preuves, l'administration fiscale pourra appliquer la majoration de 40 % pour manquement délibéré ou celle de 80 % pour manœuvres frauduleuses (677).

4399 **– La conséquence immédiate : un climat d'insécurité juridique. –** La loi de finances pour 2019 a donc créé une fusée à deux étages de l'abus de droit : la procédure classique de démonstration du but exclusivement fiscal avec application des pénalités, et la procédure du nouvel article L. 64 A du Livre des procédures fiscales qui se contentera de caractériser un but principalement fiscal mais ne pourra pas appliquer les majorations (678).

Cet élargissement de la notion d'abus de droit fiscal est critiquable, car elle instaure un climat d'insécurité juridique au regard de l'atteinte potentielle au principe de liberté des choix fiscaux.

En effet, cet élargissement ouvre la porte à différents risques : tout d'abord, un risque d'arbitraire par une interprétation extensive et subjective de la notion par les agents de l'administration et les juges du fond. Ensuite, un risque d'interprétation divergente de la notion par la jurisprudence et l'administration. L'effectivité de ces deux risques aura pour conséquence d'entraîner un délai relativement long pour une prise de position claire et cohérente des différentes juridictions amenées se prononcer sur le sujet. Dans l'intervalle, l'incertitude engendrera une frilosité et un attentisme des contribuables et leurs conseils n'allant pas dans le sens d'un dynamisme des transactions et d'une productivité économique.

Enfin, cet élargissement crée également un climat anxiogène, car il est perçu par les contribuables et leurs conseils comme une immiscion dans les opérations patrimoniales familiales (changement de régime matrimonial, donation, *etc.*) pour en analyser les motivations et dont on sait pertinemment que leur hiérarchisation est très délicate (679). Il ne va pas non plus dans le sens d'un apaisement des relations entre l'administration et les contribuables, malmenées par ailleurs avec l'adoption de la loi relative à la lutte contre la fraude.

Tout ceci vient à rebours du dispositif présenté par la loi de finances de 2014 et invalidé par le Conseil constitutionnel. Ce dernier n'a ni validé ni censuré les dispositions de l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales, ce qui laisse la voie ouverte à la recevabilité d'un recours en constitutionnalité exercé par voie de QPC soit à l'occasion d'un contentieux, soit à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la doctrine administrative. Le recours sera fondé à la fois sur la violation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (principe de la légalité des délits et des peines) et de l'article 34 de la Constitution, par atteinte à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, et sur un pouvoir d'appréciation trop important donné à l'administration fiscale. C'est sans compter sur le fait que la loi de finances pour 2019 a pris soin de ne pas assortir cette nouvelle procédure de pénalités automatiques...

Affaire à suivre de près pour les notaires fortement exposés à cette procédure et aux sanctions qui en découlent, et aggravées par la loi du 23 octobre 2018 ci-après analysée.

La conséquence pratique : l'impact sur les stratégies patrimoniales. En matière de stratégies patrimoniales, cet élargissement de la notion d'abus de droit sonne-t-il le glas des montages optimisés fiscalement ? Le notaire pourra-t-il encore conseiller le montage le

(677) *Loi de finances pour 2019 : une réforme contestable de l'abus de droit* : *JCP* N 4 janv. 2019, nº 1, act. 101.
(678) CGI, art. 1729, a.
(679) *Loi de finances pour 2019 : une réforme contestable de l'abus de droit* : *JCP* N 4 janv. 2019, nº 1, act. 101.

moins coûteux fiscalement ? Les montages sans risques à ce jour le seront-ils encore à compter du 1er janvier 2020 ?

Tout d'abord, face aux critiques et aux craintes exprimées concernant la donation avec réserve d'usufruit, le ministère de l'Action et des Comptes publics a publié un communiqué rassurant le 19 janvier 2019 indiquant : « En ce qui concerne la crainte exprimée d'une remise en cause des démembrements de propriété, la nouvelle définition de l'abus de droit ne remet pas en cause les transmissions anticipées de patrimoine, notamment celles pour lesquelles le donateur se réserve l'usufruit du bien transmis, sous réserve bien entendu que les transmissions concernées ne soient pas fictives ».

Cette position a été réaffirmée dans deux réponses ministérielles, la première concernant les transmissions avec démembrement de propriété (680), la seconde concernant la donation de biens consomptibles par le premier usage avec réserve de quasi-usufruit (681).

On en déduit qu'un certain nombre d'opérations patrimoniales ne pourront être remises en cause en application de l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales comme le pacte Dutreil, la donation d'usufruit temporaire... Le notaire devra néanmoins faire preuve de vigilance en ce qui concerne l'exercice des options fiscales et l'application à la lettre de la doctrine administrative pour la réalisation d'un montage.

La position de la doctrine fiscale en matière d'option fiscale est la suivante : « Si l'exercice d'une option offerte par la législation fiscale n'est pas en soi constitutive d'un abus de droit, les conditions qui ont permis de se trouver en situation d'exercer cette option peuvent en revanche être abusives et encourir la procédure de l'abus de droit fiscal » (682). L'analyse poussée par le notaire de l'opération réalisée, et ce en amont de l'option fiscale exercée, lui permettra de détecter les montages sans substance économique, seuls susceptibles d'encourir la procédure de l'abus de droit fiscal (683).

Par ailleurs, si l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales garantit contre tout redressement le contribuable qui applique à la lettre la doctrine administrative, en matière d'abus de droit une divergence de position sur le sujet entre l'administration (684) et le Comité de l'abus de droit fiscal (685) doit conduire le notaire à une certaine vigilance, l'administration pouvant néanmoins remettre en cause le montage sur le fondement de l'abus de droit avec pour motif l'abus de doctrine administrative.

En revanche, certaines opérations de pure optimisation fiscale susceptibles d'annuler une taxation seront soumises à l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales, dans l'hypothèse où elles auront été conçues dans le but essentiel d'éluder l'impôt normalement dû.

Dans ce contexte, on peut s'interroger sur le devenir du changement de régime matrimonial sans homologation par adoption du régime de communauté d'acquêts, de communauté universelle ou par l'adoption d'une société d'acquêts, permettant de limiter le coût de la transmission. La donation-partage qui s'en suit permet de faire bénéficier aux enfants sur les biens propres du conjoint, devenus communs, du double abattement fiscal prévu en ligne directe et de la progressivité des tranches d'imposition. Le changement de régime matrimonial sans homologation, lorsque les enfants du couple sont tous majeurs et non opposants

(680) Rép. min. Procaccia n° 09965 : *JO* Sénat Q 13 juin 2019.
(681) Rép. min. Malhuret n° 08670 : *JO* Sénat Q 27 juin 2019.
(682) BOI-CF-IOR-30, n° 50.
(683) CADF, 29 janv. 2015, aff. 2014-33, *SCI X*.
(684) Réponse négative de l'administration : BOI-CF-IOR-30, nos 80 à 100.
(685) Réponse positive du Comité de l'abus de droit fiscal : une instruction fiscale n'est pas au nombre des décisions visées par l'article 64 du Livre des procédures fiscales : CADF, 6 nov. 2015, avis n° 2015-09.

et en l'absence d'opposition des tiers, a eu comme conséquence de faire disparaître la consécration judiciaire de l'intérêt de la famille. Cette absence d'homologation a fragilisé l'opération au regard de l'abus de droit. Néanmoins, jusqu'à ce jour, le risque est resté limité. Les motivations du changement de régime matrimonial sont multiples et fondées sur l'intérêt de la famille. L'administration pourra-t-elle plus facilement remettre en cause le montage en invoquant son but essentiellement fiscal par le bénéfice d'un double abattement de manière indue ? Ne va-t-elle pas se heurter néanmoins à la difficile preuve de la condition objective, savoir l'absence d'intérêt pour la famille ? La volonté d'enrichir ses enfants n'est-elle pas une raison suffisante pour justifier de l'intérêt de la famille ?

Dans un autre ordre d'idées, qu'adviendra-t-il des démembrements entre parents et enfants de parts de société et des revenus perçus par cette société ? L'affectation systématique de ces revenus en réserve permet aux nus-propriétaires, à l'extinction de l'usufruit, de recueillir la pleine propriété des parts revalorisées sans droits de succession. Les réserves peuvent également être distribuées et soumises à un quasi-usufruit faisant naître une créance de restitution déductible de l'actif successoral taxable, permettant de diminuer, voire de supprimer les droits de succession. Dès lors, ce montage pourra-t-il être remis en cause sur le fondement de l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales ? Le doute est permis. Il conviendra de pouvoir justifier, dans ce cas, la mise en réserve par l'intérêt social, *via* le rapport de la gérance, avec notamment comme motif le financement de travaux. Quant à la constitution du quasi-usufruit sur les sommes distribuées, il conviendra d'éviter l'enchaînement rapide du montage « affectation en réserve – distribution – constitution de quasi-usufruit » ; un délai fixé entre chaque opération fera son œuvre afin d'éloigner le risque d'abus de droit.

Dans tous les cas, il conviendra de faire preuve de bon sens dans le montage des opérations et d'avoir à l'esprit que si la justification économique du projet n'est pas avérée, le risque d'abus de droit sera augmenté. À l'inverse, si le but principal poursuivi par le contribuable est, par exemple, l'enrichissement de ses enfants, ce motif ne nous semble pas critiquable et susceptible de taxer l'opération en cause au titre de l'abus de droit.

4400 **– Les sanctions applicables à l'encontre des conseils. –** Outre la fraude ou la fictivité dans les stratégies patrimoniales, le notaire ne peut non plus favoriser une dissimulation. L'illicéité de l'opération envisagée par le client doit amener le notaire à refuser d'instrumenter. Il en est ainsi également en matière d'expatriation qualifiée de « fiscale ». D'un point de vue éthique et déontologique, le notaire ne peut conseiller ou inciter à l'expatriation de son client poursuivant un objectif exclusivement fiscal (686).

À défaut, les sanctions pour le notaire-conseil sont de plus en plus lourdes. Outre l'article 1742 du Code général des impôts qui a instauré le délit de complicité de fraude fiscale aux conseils du contribuable (687), dont la sanction peut aller de cinq à sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € à 3 000 000 € d'amendes, la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude (688) a instauré, dans son volet répressif, de nouvelles sanctions administratives, fiscales et sociales aux personnes qui concourent par leurs prestations de services à l'élaboration de montages frauduleux ou abusifs.

L'une des sanctions est une amende fiscale prévue par le nouvel article 1740 A *bis* du Code général des impôts. Elle est applicable aux professionnels qui fournissent des conseils à

(686) M. Giray, *Le notaire et l'optimisation fiscale* : *JCP* N 14 févr. 2014, n° 7, F. Fruleux.
(687) Pour les délits visés à l'article 1741 du Code général des impôts.
(688) Publiée au *JO* 24 oct. 2018.

caractère juridique, financier ou comptable, ou détiennent des biens ou des fonds pour le compte de tiers. Les notaires font donc partie de cette catégorie de professionnels.

L'amende fiscale est appliquée lorsque deux conditions cumulatives sont réunies, savoir :

Première condition : lorsque l'administration fiscale a prononcé à l'encontre du contribuable une majoration de 80 % sur le fondement de :

- **l'article 1728-1, *c* du Code général des impôts :** défaut de production dans les délais prescrits d'une déclaration ou d'un acte comportant des éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ayant conduit l'administration à découvrir une activité occulte ;
- **l'article 1729, *b* et *c* du Code général des impôts :** inexactitudes, omissions dans les déclarations fiscales souscrites ou les actes produits ou obtention indue du versement d'une créance fiscale résultant de manœuvres frauduleuses, d'une dissimulation d'une partie du prix stipulé dans un contrat ou d'actes constitutifs d'un abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ;
- **l'article 1729-0 A du Code général des impôts :** insuffisance de déclarations des avoirs détenus à l'étranger ou des actifs placés dans un trust ;

et que, dans ces cas, le conseil a intentionnellement fourni à ce contribuable une prestation permettant directement la commission par ce contribuable des agissements, manquements ou manœuvres ainsi sanctionnés, le conseil est redevable d'une amende dans les conditions prévues au II du présent article.

Seconde condition : les prestations énumérées sont celles qui consistent à permettre au contribuable :

- de dissimuler son identité par la fourniture d'une identité fictive ou d'un prête-nom ou par l'interposition d'une personne physique ou morale ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger ;
- de bénéficier à tort d'une déduction du revenu, d'un crédit d'impôt, d'une réduction d'impôt ou d'une exonération d'impôt par la délivrance irrégulière de documents ;
- de réaliser pour le compte du contribuable tout acte destiné à égarer l'administration.

L'amende est égale à 50 % des revenus tirés de la prestation fournie au contribuable. Son montant ne peut être inférieur à 10 000 €.

Pour appliquer cette amende, l'administration supporte la charge de la preuve et doit démontrer le lien entre la prestation fournie et les manquements ou abus qui en résultent. Cette preuve risque d'être difficile à rapporter en raison du secret professionnel opposable par le notaire (689).

En cas de désaccord portant sur les agissements, manquements ou manœuvres du contribuable ci-dessus visés, les garanties et voies de recours qui lui sont offertes bénéficient également à la personne contre laquelle l'amende a été prononcée.

Lorsque les majorations visées ci-dessus font l'objet d'un dégrèvement ou d'une décharge pour un motif lié à leur bien-fondé, l'amende qui a été prononcée à l'encontre du tiers fait l'objet d'une décision de dégrèvement.

Ces amendes sont applicables depuis le 25 octobre 2018. Il est à noter que la sanction administrative fiscale créée ne s'applique pas lorsque le conseil est sanctionné au titre du délit de complicité de fraude fiscale (CGI, art. 1742).

(689) C. Giuliani, *Chronique droit fiscal : nouvelles sanctions administratives, fiscales, sociales applicables à l'encontre des conseils* : *Cah. Cridon Lyon* mars 2019, n° 83.

Il est à craindre une augmentation de la pénalisation des dossiers en application de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales modifié par la loi du 23 octobre 2018, qui rend automatiques et obligatoires, d'une part, la dénonciation au procureur de la République, par les finances publiques, des faits ayant donné lieu aux majorations les plus importantes sur des droits dont le montant est supérieur à 100 000 € et, d'autre part, la transmission des infractions fiscales au parquet. À cela s'ajoutent l'obligation de publicité par l'affichage et la diffusion de la décision constatant l'infraction pénale.

Conseil pratique

Le renforcement des sanctions potentielles à l'égard des conseils dans un contexte fiscal mouvant et incertain ne peut qu'inciter les notaires à la prudence en matière de conseil fiscal, tout en gardant sa pertinence.
La situation du notaire est néanmoins distincte de celle des conseils ci-dessus visés : en effet, l'article 1742 du Code général des impôts rappelle que les dispositions des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, relatives à la complicité, sont applicables aux officiers publics et ministériels. En d'autres termes, le notaire qui a prêté son ministère à un acte qui ressortit de l'abus de droit relevant tant de l'article L. 64 que de l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales, et lorsque les conditions relatives au montant des pénalités sont remplies, verra automatiquement sa responsabilité pénale engagée au titre de la complicité de fraude fiscale. Si ce délit est retenu à son encontre, il va de soi que le procureur de la République ne manquera pas d'en tirer les conséquences quant au maintien de l'activité professionnelle du notaire ainsi pris en faute.

– Le rescrit et le Comité de l'abus de droit fiscal comme garantie pour le contribuable ? – Le contribuable a la possibilité d'interroger par écrit l'administration fiscale, préalablement à l'opération envisagée, en application de l'article L. 64 B du Livre des procédures fiscales. Il doit, dans ce cas, fournir tous les éléments nécessaires à l'analyse par l'administration fiscale de la nature et de la portée véritable de l'opération. La demande est adressée au service juridique de la fiscalité « Bureau des agréments et rescrits ». Il s'agit de la procédure du rescrit. **4401**

En l'absence de réponse dans un délai de six mois à compter de la demande, il y a acceptation tacite de l'administration sur l'opération qui ne pourra plus être remise en cause sur le terrain de l'abus de droit.

L'administration peut également fournir une réponse dans le délai de six mois en n'émettant pas d'objection et se trouve liée par sa réponse. Mais l'administration peut également émettre des réserves et, dans ce cas, si le contribuable réalise l'opération malgré tout, elle pourra le redresser sur le fondement de l'abus de droit.

Même si ce procédé constitue une garantie pour le contribuable, car il permet de sécuriser les opérations complexes à forts enjeux, il n'est que peu utilisé en raison principalement des délais de réponse de l'administration (690).

Le contribuable ou l'administration peuvent également soumettre leurs désaccords subsistants sur les redressements notifiés à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal.

Le comité est composé de trois magistrats, d'un universitaire et de trois représentants des professions juridiques (avocat, expert-comptable, notaire). Il procède aux auditions du contribuable et de son conseil ainsi que de l'administration selon la procédure du débat oral et contradictoire.

(690) Quarante-sept rescrits abus de droit en 2016 ; trente-trois en 2017 ; trente en 2018 surtout en matière d'IR ou IS/RCM et plus marginalement en matière d'enregistrement.

Depuis le 1er janvier 2019, l'administration supporte la charge de la preuve quel que soit l'avis rendu par le comité, sauf en présence de graves irrégularités comptables. Il peut être opportun de saisir le Comité de l'abus droit fiscal, l'administration s'étant rangée dans près de 60 % des cas aux avis défavorables de l'abus de droit rendus par le comité. L'avis favorable du comité en faveur du contribuable et suivi par l'administration permet de suspendre le recouvrement de l'impôt.

Il est à noter que les rescrits de portée générale et les avis du Comité de l'abus de droit fiscal, ainsi que la position de l'administration suite à ces avis sont publiés au *Bulletin officiel des impôts* chaque année. En outre, l'administration fiscale publie désormais sur son site impots.gouv.fr une carte des pratiques et montages abusifs, composée de fiches descriptives, dans un but de prévention et de dissuasion.

CHAPITRE II La protection par la collecte de l'impôt

Section I Le notaire et l'accomplissement de la formalité d'enregistrement

4402 **– Définition et finalité de l'enregistrement. –** L'enregistrement est la formalité accomplie par le comptable public consistant en l'analyse d'opérations juridiques ou de déclarations de mutation (actes juridiques ou mutations verbales) au vu desquelles est normalement perçu l'impôt.

Cette formalité a pour but essentiel de procurer des recettes fiscales. Elle a tantôt le caractère d'un impôt indirect, tantôt le caractère d'un impôt sur le capital (pour les successions notamment).

Cette formalité est obligatoire ou facultative selon les opérations en cause. Elle est soumise à des conditions de délais et de compétence territoriale des comptables publics.

4403 **– Actes et opérations soumis à enregistrement et dispense. –** Les actes notariés sont soumis à la formalité de l'enregistrement sur acte (691). Néanmoins, depuis un arrêté du 4 mai 2016, la liste des actes des notaires qui sont dispensés d'enregistrement, celui-ci ayant lieu sur états mensuels, a été étendue, englobant la plupart des actes concernant les règlements successoraux (inventaires, renonciations, délivrance de legs mobiliers, option du conjoint survivant, consentement à exécution, certificats de propriété...) ainsi qu'aux promesses unilatérales de vente et d'achat authentique. Ces promesses, constatées par acte notarié, doivent désormais obligatoirement être enregistrées dans le mois de leur date, sur états.

Formalité fusionnée. La formalité fusionnée ou formalité unique concerne les actes soumis obligatoirement à enregistrement et obligatoirement ou facultativement à publicité foncière, sous réserve de quelques exceptions. Pour ces actes, la formalité de l'enregistrement n'a pas à être accomplie, la publication au service de la publicité foncière en tenant lieu.

4404 **– Délais. –** Les parties disposent d'un délai d'un mois à partir de l'acte pour requérir l'enregistrement ou la formalité fusionnée.

(691) CGI, art. 635, 1, 1°.

4405 **– Effets. –** Indépendamment de l'aspect fiscal de l'enregistrement, l'exécution de la formalité produit un certain nombre d'effets civils :

- elle donne date certaine aux actes sous seing privé ;
- elle est nécessaire à la validité de certains actes : promesses unilatérales de vente (immeubles, fonds de commerce, droit au bail, actions et parts de société immobilière d'attribution) ;
- elle confère une certaine publicité aux actes, dont l'exercice du droit de recherche et de communication ;
- elle contribue à assurer la régularité des actes et peut, éventuellement, fournir un commencement de preuve.

4406 **– Sanctions. –** L'enregistrement de l'acte n'est pas, en règle générale, une condition de sa validité. Toutefois, le défaut d'enregistrement peut entraîner la nullité de l'acte ou l'inefficacité de ses effets.

Ainsi l'article 1589-2 du Code civil frappe de nullité absolue tout acte sous seing privé constatant une promesse unilatérale de vente d'immeubles, de droits immobiliers, de fonds de commerce, de droit au bail d'immeubles ou de parts de sociétés immobilières transparentes à défaut d'enregistrement dans les dix jours de l'acceptation.

La cession du bénéfice de la promesse de vente sous seing privé est également soumise à l'obligation d'enregistrement dans les dix jours. En revanche, la substitution dans le bénéfice de la promesse n'est pas soumise à cette obligation (692). Cette nullité est d'ordre public et ne peut être couverte par la renonciation, même expresse, des parties à s'en prévaloir (693).

Section II Le notaire et sa mission de collecte de l'impôt

4407 **– Principes. –** En vertu des dispositions de l'article 1701 du Code général des impôts, les droits applicables aux actes et aux mutations par décès sont payés avant l'exécution de la formalité de l'enregistrement, de la publicité foncière et de la formalité unique, aux taux et quotités fixés par la loi, et nul ne peut en différer le paiement sous quelque motif que ce soit, sous peine de refus. Seules deux exceptions existent : en cas de paiement fractionné ou différé, et en cas de paiement des droits sur état (694).

L'article 1705, 1° du Code général des impôts énonce : « Les droits des actes à enregistrer ou à soumettre à la formalité fusionnée sont acquittés par les notaires pour les actes passés devant eux ».

Il en va ainsi en ce qui concerne les droits d'enregistrement, la taxe de publicité foncière, l'impôt sur la plus-value immobilière et la taxe forfaitaire sur les terrains devenus constructibles.

Cette obligation ne doit pas être assimilée à une simple solidarité du notaire avec les parties à l'acte pour le paiement des droits. Le notaire est le seul et unique débiteur légal de ces droits : il les encaisse de ses clients et les reverse au Trésor public. Il est simplement titulaire d'une action récursoire à l'encontre des parties.

Il convient de rappeler que cette règle de l'article 1705-1 du Code général des impôts n'est pas applicable en matière de déclaration de succession puisqu'il s'agit d'une mutation par

(692) Cass. 3e civ., 27 mai 1987 : *JurisData* n° 1987-001275.
(693) Cass. 3e civ., 7 juill. 1982 : *JurisData* n° 1982-701890 ; *Ind. enr.* 1983, n° 14040.
(694) M. Suquet-Cozic, *Le notaire collecteur d'impôt* : *JCP* N 28 nov. 2008, n° 48, 1334.

décès et non d'un acte. Ces droits doivent être payés par les héritiers, donataires ou légataires (695). Par suite, si le notaire acquitte ces droits, ce ne peut être qu'en qualité de mandataire des parties. Il est donc nécessaire d'être titulaire d'une procuration par les héritiers, donataires ou légataires pour ce faire, et d'en conserver trace au dossier.

L'analyse du régime fiscal applicable à l'acte est donc primordiale afin de déterminer correctement le montant de l'impôt à acquitter, car la matière fiscale est un terrain propice à la mise en cause de la responsabilité du notaire.

Il est important de rappeler que l'article 1840-C du Code général des impôts est extrêmement clair et sévère, puisqu'il énonce : « Les notaires (...) qui ont négligé de soumettre à l'enregistrement ou à la formalité fusionnée, dans les délais fixés, les actes qu'ils sont tenus de présenter à l'une ou l'autre de ces formalités sont personnellement passibles de la majoration prévue au 1 de l'article 1728 [du Code général des impôts] [de 10 % à 80 %]. Ils sont, en outre, tenus du paiement des droits ou taxes, sauf leur recours contre les parties pour ces droits ou taxes seulement ». Cela signifie que les éventuelles pénalités seront réclamées directement au notaire et qu'elles ont un caractère personnel au notaire qui en aura la charge. En outre, les pénalités ne sont pas couvertes par le contrat d'assurance responsabilité civile professionnelle (696).

L'absence ou l'insuffisance de provision ne peut en aucun cas justifier le retard de paiement des droits.

Cette situation placerait le notaire en contravention tant avec l'obligation de consignation préalable d'une provision suffisante (697) qu'avec l'interdiction de réaliser des opérations de prêt (698).

4408 – Conseils. – Le maître mot en la matière est donc l'anticipation. Il convient, dès l'avant-contrat, de faire un point sur la fiscalité applicable à chacune des parties en établissant, d'une part, des décomptes prévisionnels concernant les droits d'enregistrement ou la taxe de publicité foncière et, d'autre part, des simulations de calculs de plus-value et taxes afin d'éviter toute mauvaise surprise à la signature de l'acte authentique.

Une concertation avec le client s'impose afin d'obtenir tous les renseignements nécessaires et utiles à la détermination du régime fiscal, et ce par l'intermédiaire de questionnaires élaborés à cet effet. Par ailleurs, il n'est pas rare que des arbitrages et des choix soient à effectuer. Dans ce cas, il convient de se prémunir de la preuve des échanges à ce sujet avec le client, notamment en matière de calcul de plus-value immobilière. À ce sujet, l'usage de la procuration pour les ventes se développant, il est fortement conseillé de faire signer l'imprimé de plus-value au vendeur en amont de l'acte authentique de vente. En effet, en cas de mandat, l'administration peut exiger que le mandat soit joint à l'appui de la déclaration et comporte des mentions obligatoires (699).

4409 – Objectifs. – Nous rappellerons ici que, outre la sécurité fiscale et l'optimisation fiscale comme objectifs recherchés par le client, ainsi qu'il a été développé en amont, une autre personne trouve également avantage à la collecte de l'impôt par le notaire : il s'agit de l'État.

(695) CGI, art. 1709.
(696) P. Becqué, *Le notaire et la collecte de l'impôt* : *JCP* N 14 févr. 2014, n° 7, 1094.
(697) D. n° 78-262, 8 mars 1978, art. 6.
(698) D. n° 45-117, 19 déc. 1945, art. 14. – Règl. national des notaires, art. 19.
(699) L'acceptation du mandataire, l'indication des nom, prénoms, et adresse du mandant, l'habilitation du mandataire à signer les déclarations, et, le cas échéant, à verser l'impôt correspondant à celles-ci ainsi que la reconnaissance, par le mandant, qu'il demeurera personnellement responsable de l'impôt, et notamment des suppléments de droits et pénalités qui pourraient être réclamés à la suite d'un contrôle (Instr. 14 janv. 2004 : *BOI* 8 M-1-04, fiche n° 8, n° 3 ; *JCP* N 2004, n° 6, 1083).

Ainsi, d'une part, le notaire est l'interlocuteur unique de l'État. Il se substitue aux parties à l'acte pour le versement de l'impôt, supprimant le risque d'insolvabilité des contribuables. D'autre part, le notaire, collecteur d'impôt, est rémunéré directement par ses clients, les contribuables. Il en résulte une économie de frais pour l'État, même si cela crée une confusion dans l'esprit des clients qui, aujourd'hui encore, parlent de « frais de notaire », sans tenir compte de la part revenant au Trésor public et celle revenant au notaire à titre d'émoluments.

Par ailleurs, la collecte de l'impôt à la source par le notaire permet de limiter le risque d'évasion fiscale. En effet, le notaire se charge de rappeler à ses clients leurs obligations fiscales, et évite ainsi l'absence de déclaration ou la déclaration erronée. De plus, l'organisation de la profession a toujours permis, lorsque l'État lui a confié la collecte à la source de nouveaux impôts, d'optimiser les rentrées fiscales (plus 30 % de collecte pour l'impôt sur la plus-value prélevé lors des ventes immobilières).

Au-delà de la liquidation et de la collecte de l'impôt, le notaire remplit une autre mission, tout aussi importante, mais méconnue du grand public. Il s'agit de la publication des actes authentiques au fichier immobilier, c'est-à-dire de la formalité dite « de publicité foncière ». Cette tâche est très formelle, mais indispensable à l'information et l'opposabilité des actes aux tiers. Elle permet d'assurer la protection et la tranquillité de l'acquéreur dans son titre et le respect des droits des créanciers du vendeur.

SOUS-TITRE II

La formalité de publicité foncière

4410 **– Bref historique de la publicité foncière. –** En 1804, le domaine de la publicité foncière était étroitement limité par le Code civil. Il a été successivement étendu par la loi du 23 mars 1855, notamment pour les ventes immobilières et, dans une mesure plus large, par le décret du 4 janvier 1955. C'est avec ce décret qu'est apparue l'expression « publicité foncière ». Jusque-là, on parlait de « formalités de transcription ». Pour rappel, depuis 1955, le champ d'application des règles de publicité foncière s'étend à tous les actes translatifs de propriété immobilière mais également constitutifs de droits réels immobiliers.

Le système actuel de publicité foncière, tel qu'il a été mis en place par le décret du 4 janvier 1955, se distingue très nettement des systèmes antérieurs, en particulier par sa précision : outre des mentions obligatoires identifiant les immeubles et les parties, il impose surtout l'acte authentique pour tout acte à soumettre à la publicité foncière, alors qu'auparavant il n'était requis que pour les constitutions d'hypothèques. Le décret a également posé le principe dit de « l'effet relatif des formalités » selon lequel aucune formalité ne peut être accomplie à défaut de publicité préalable ou simultanée du titre constatant le droit du disposant ou dernier titulaire ; la chaîne de transmission et constitution de droit doit être ininterrompue. Afin de faire respecter ces mesures, les conservateurs se sont vu octroyer le pouvoir d'écarter la publicité soit immédiatement (refus du dépôt), soit après examen approfondi de la demande (rejet de la formalité). À compter du 1er janvier 1956 a été créé le répertoire des formalités tenu sur fiches et dénommé « fichier immobilier », avec la distinction entre deux types d'immeubles : les immeubles urbains et les immeubles ruraux. La loi du 6 avril 1998 et ses décrets d'application ont défini les principes applicables à une gestion informatisée des données hypothécaires, système dénommé « Fidji » avec la numé-

risation des fiches du fichier immobilier (700). S'en est suivi le développement des échanges dématérialisés entre le notariat et la Direction générale des impôts avec la création de la plateforme Planète et la mise en place de Télé@ctes. La première a permis de dématérialiser les demandes d'état hypothécaire et la seconde a créé la formalité de dépôt électronique de l'acte papier, devenu électronique depuis.

Dès lors, nous rappellerons tout d'abord le fonctionnement et les finalités du système de la publicité foncière (**Chapitre I**). Puis, à travers l'analyse du rapport de la commission de réforme de la publicité foncière intitulé « Pour une modernisation de la publicité foncière », remis le 12 novembre 2018 à Mme Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, nous verrons comment il est proposé de l'améliorer en renforçant sa sécurité juridique et en le modernisant (**Chapitre II**).

CHAPITRE I Le fonctionnement et les finalités de la publicité foncière

4411 **– Introduction. –** Nous ne nous attarderons pas ici sur l'organisation administrative et matérielle de la publicité foncière. Les services de la publicité foncière ont pour rôle de procéder aux différentes mesures de publicité et à leur éventuelle radiation. Ils conservent les différents registres et les différents fichiers et informent les tiers, qui leur en font la demande, des indications figurant sur les différents registres (701). Depuis le 1er janvier 2013, les services de publicité foncière ont remplacé les conservateurs des hypothèques et la responsabilité des services a été transférée à l'État. Afin d'effectuer leur mission, ils disposent des registres qui leur permettent de réaliser la publication, ainsi que du fichier immobilier qui s'analyse en un instrument de recherche qui regroupe les divers renseignements se trouvant sur les différents registres (fiches réelles et personnelles).

Nous analyserons plutôt la formalité de publicité foncière en détaillant les conditions nécessaires pour publier ainsi que la demande de renseignements permettant d'obtenir les informations sur les publications et la confirmation de la publication (**Section I**), puis nous détaillerons les finalités de la publicité foncière (**Section II**), le tout inspiré du passionnant rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière.

Section I Le fonctionnement de la publicité foncière

§ I La formalité de publicité foncière

4412 L'importance du formalisme dans l'opération de publicité foncière s'explique par l'idée que pour être véritablement fiable, la publicité doit être précise et complète. **La protection du droit de propriété dépend de la fiabilité du système de publicité foncière.** La formalité de publication consiste à déposer, au service de la publicité foncière, l'acte sujet à publicité et à en faire mention sur les registres. Deux conditions préalables sont donc posées par le décret du 4 janvier 1955 pour publier : l'authenticité de l'acte et le respect du principe de l'effet relatif.

(700) H. Susset, *in* 43e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, *Le livre et la plume. Publicité foncière et notariat : quel avenir ?*, Grenade (Espagne), 2012.

(701) J. Piédelièvre et S. Piédelièvre, *La publicité foncière*, Defrénois, 2014.

4413 **– La nécessité d'un acte authentique. –** L'article 4, alinéa 1 du décret du 4 janvier 1955 a posé la règle suivant laquelle « tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique ». L'article 1er de l'article 710-1 du Code civil prévoit en effet que : « Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative ».

La condition d'authenticité n'a pas toujours été la règle. Avant le décret de 1955, la transcription des actes sous seing privé était possible et faisait l'objet de vives critiques, notamment quant à la fiabilité de ce type d'actes.

Une évolution sur le sujet s'est fait jour par le décret-loi du 30 octobre 1935 qui est venu imposer comme condition préalable à la publication d'un acte sous seing privé l'obligation de dépôt dudit acte au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois suivant sa signature.

Mais ce dépôt, pouvant être effectué par l'une des parties à l'acte sans reconnaissance d'écriture et de signature et sans vérification de son contenu et de sa régularité par le notaire, n'était pas non plus satisfaisant. Le décret de 1955 est venu corriger cette lacune et a entériné le dépôt des actes sous seing privé effectué « par toutes les parties et avec reconnaissance d'écriture et de signature ». Ce type de dépôt a finalement été définitivement supprimé par la loi du 28 mars 2011 qui a modifié l'article 710-1 du Code civil en ses termes : « Le dépôt au rang des minutes d'un notaire d'un acte sous seing privé, contresigné ou non, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne peut donner lieu aux formalités de publicité foncière ». La loi du 28 mars 2011 a donc parachevé le principe législatif de pleine et entière authenticité pour les actes sujets à publicité foncière, sous réserve des exceptions mentionnées par le texte lui-même (702).

Dès lors, pourquoi cette exigence d'authenticité ? **Son fondement tient à la nécessité d'avoir un système de publicité foncière fiable, garantissant la sécurité juridique.** L'acte authentique est un acte instrumentaire dressé, vérifié et conservé par un officier ministériel détenteur du sceau de la République et qui fait foi jusqu'à preuve du contraire. Cette catégorie d'acte permet, par définition, d'assurer la fiabilité du registre de publicité foncière. Par ailleurs, l'officier ministériel qu'est le notaire, par sa compétence, est le seul à pouvoir effectuer ce formalisme particulier nécessaire à la publication des actes, et ainsi assurer l'efficacité de la publicité. En effet, le notaire qui dresse l'acte authentique doit établir la désignation des parties et des immeubles à l'acte dans le respect des conditions édictées par le décret de 1955. Il doit vérifier la fiabilité et l'exactitude des informations relatives aux personnes et aux immeubles, et contrôler la qualité de propriétaire en établissant une durée de propriété continue sur trente ans. Toutes ces démarches permettent de garantir la fiabilité et l'exactitude du registre de publicité foncière. **Ainsi le principe d'authenticité des actes soumis à publicité par l'intervention d'un officier public est érigé en condition indispensable à la sécurité juridique et à la fiabilité des registres.**

4414 **– Le respect du principe de l'effet relatif. –** Le respect du principe de l'effet relatif du contrat est prévu par l'article 3 du décret du 4 janvier 1955, qui dispose qu'« aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret ».

(702) Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, « Pour une modernisation de la publicité foncière ».

L'objectif de cette règle est d'éviter toute rupture dans la chaîne des mutations de propriété. Si la dernière publication n'a pas été effectuée, le service de la publicité foncière doit refuser le dépôt ou rejeter la formalité. En effet, l'article 32, 2 du décret du 14 octobre 1955 énonce que tout extrait, toute expédition, toute copie ou tout bordereau déposé dans un service de publicité foncière doit contenir les références « de la formalité donnée au titre du disposant au dernier titulaire du droit, ou à l'attestation notariée de la transmission par décès à son profit ».

Le domaine de l'effet relatif est général et il s'applique aussi bien aux publications qu'aux inscriptions.

Pour autant, il est à noter que le service de la publicité foncière ne vérifie pas la régularité du dépôt au fond. La garantie fournie est moindre que celle du livre foncier. Le système français de publicité foncière fournit une sécurité juridique, mais elle n'est pas absolue.

4415 – Les exceptions à l'effet relatif. – En effet, le principe de l'effet relatif de la publicité foncière ne peut pas avoir une portée absolue. Il existe deux exceptions : celle portant sur les situations antérieures au 1er janvier 1956 et celle des droits qui sont acquis sans titre.

Tout d'abord, l'article 35, 1 du décret du 14 octobre 1955 prévoit que les dispositions relatives à l'effet relatif ne s'appliquent pas si le titre du disposant ou du dernier titulaire, ou la transmission par décès à son profit, est antérieur au 1er janvier 1956. Le document déposé doit indiquer la nature du titre et contenir la déclaration que le titre ou la transmission ne sont pas postérieurs à cette date. L'omission de cette déclaration conduit le service de la publicité foncière à refuser le dépôt. Ensuite, il est également impossible d'imposer le respect de la règle de l'effet relatif lorsque le droit du disposant est acquis sans titre. Il s'agit des cas de prescription, d'accession, ou de la consolidation du droit de propriété par le décès de l'usufruitier. La réversion d'usufruit, quant à elle, a fait l'objet d'une évolution. En effet, la clause de réversibilité a longtemps été considérée comme une donation de biens à venir, qui engendrait pour le deuxième usufruitier des droits de nature successorale qui devaient faire l'objet de la publication d'une attestation immobilière. Puis, par deux arrêts, la Cour de cassation a précisé que le droit du deuxième usufruitier n'a pas à être publié au décès du premier usufruitier au motif que « la clause qui stipule la réserve de l'usufruit au profit des donateurs et du survivant d'entre eux, avec donation éventuelle réciproque, s'analysant en une donation à terme de biens présents, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis dès le jour de l'acte, la cour d'appel a exactement retenu que l'exercice de ce droit, différé au jour du décès du donateur, ne constituait pas la manifestation de la volonté de son bénéficiaire d'accepter la succession du défunt » (703).

Au-delà de la formalité de publicité foncière, le service de la publicité foncière doit également fournir les renseignements sur lesdites publications et inscriptions aux usagers. En effet, toute publicité doit pouvoir faire l'objet d'une information, *via* une demande de renseignements.

§ II La demande de renseignements

4416 – Le principe de l'accessibilité aux informations. – Les demandes de renseignements, appelées dans le jargon notarial, « état hors formalité » ou « état sur formalité », ou encore « réquisition » constituent une part importante du fichier immobilier, avec comme principe l'accessibilité aux informations contenues dans les registres de la publicité foncière.

(703) Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : *Bull. civ.* 2007, ch. mixte, n° 6 ; *RTD civ.* 2007, 605, obs. Grimaldi.

En effet, l'article 2449 du Code civil énonce : « Les services chargés de la publicité foncière sont tenus de délivrer, à tous ceux qui le requièrent, copie ou extrait des documents, autres que les bordereaux d'inscriptions, qui y sont déposés dans la limite des cinquante années précédant celle de la réquisition, et copie ou extrait des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il n'existe aucun document ou inscription entrant dans le cadre de la réquisition. Ils sont également tenus de délivrer sur réquisition, dans un délai de dix jours, des copies ou extraits du fichier immobilier ou certificat qu'il n'existe aucune fiche entrant dans le cadre de la réquisition ».

4417 **– La mixité du fichier. –** Il existe deux systèmes de publicité foncière, l'un en considération des parties à l'acte, dit « **personnel** », l'autre en considération des immeubles concernés par l'opération, dit « **réel** ».

La publicité personnelle repose sur des fiches nominatives établies au nom des propriétaires qui font apparaître toutes les opérations sur différents immeubles au nom d'un même propriétaire.

La publicité réelle, quant à elle, regroupe les informations sur l'immeuble. Les fiches contiennent la liste des actes passés sur un bien déterminé.

La réforme de 1955 a instauré un fichier mixte, rendu possible par la rénovation du cadastre. Des fiches d'immeubles et de parcelles se sont ajoutées aux fiches personnelles. Ce double système élargit le périmètre des recherches et les rend plus simples et efficientes. Il en découle une meilleure fiabilité du système.

4418 **– L'informatisation du fichier. –** Par le passé, les réquisitions de renseignements se faisaient sur demande papier. Aujourd'hui, le système s'est informatisé et les demandes sont dématérialisées grâce à Télé@actes. La réquisition répond à des règles strictes. De l'exactitude de la demande dépend la fiabilité de la réponse.

Pour aller encore plus loin dans la dématérialisation, les pouvoirs publics, en collaboration avec les notaires, ont souhaité s'inspirer du livre foncier d'Alsace-Moselle, librement consultable grâce au dispositif Amalfi (704).

Par une convention-cadre du 6 juin 2016 entre la DGFiP et le notariat, a été créé « l'Accès des notaires au fichier immobilier », dit « ANF ». Son déploiement sur l'ensemble du territoire est en cours.

Concrètement, avec ce système le notaire, *via* son logiciel de rédaction d'acte et la plateforme d'échange Planète et à l'aide de sa clé Real effectue sa demande de renseignements. Ce dispositif permet la délivrance d'un état-réponse dématérialisé instantané, sur la base de la dernière journée d'enregistrement connue. L'objectif poursuivi est d'alléger le travail de renseignement des services de publicité foncière au profit du travail d'alimentation du registre. **Cela entraîne deux effets bénéfiques, l'un immédiat consistant en la fin des délais d'attente de délivrance des renseignements pour les notaires demandeurs et l'autre, à terme, savoir la diminution attendue des délais de publication des actes de la part des services de publicité foncière.**

À ce sujet, il est à noter l'une des conclusions du rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière : « Le rôle joué par les notaires dans le fonctionnement de la publicité foncière (Télé@actes, ANF...), dont ils contrôlent et nourrissent le contenu et sont les principaux usagers, conduit naturellement à se demander, si, dans une perspective de rationalisation, il ne devrait pas être envisagé de confier la gestion même du service

(704) Alsace-Moselle Application pour un Livre Foncier Informatisé.

de la publicité foncière au notariat, sous le contrôle de l'État, dont l'une des missions essentielles est d'assurer la sécurité juridique ».

L'avenir nous dira si les pouvoirs publics acquiesceront à cette idée.

Section II Les finalités de la publicité foncière

4419 Pour bien comprendre la publicité foncière, il convient de s'interroger sur ses finalités. À quoi sert le système de publicité foncière ?

Nous reprendrons ici les propos développés dans le rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, intitulé « Pour une modernisation de la publicité foncière », ci-dessus visé.

4420 **– Assurer l'opposabilité des droits sur les immeubles. –** La formalité de publicité foncière est une mission de service public qui a pour objectif principal d'assurer l'opposabilité des droits en matière immobilière à l'égard des tiers, afin de prévenir ou de trancher les conflits de droits.

Il convient de rappeler que le système français de publicité foncière n'est pas constitutif de droit, car en application du principe du consensualisme, le simple échange des consentements opère le transfert de propriété ; le droit réel préexiste donc à sa publication. Il est plutôt qualifié de « confortatif » de droit. Dans ce système, ce sont les actes qui font l'objet de publication et non les droits.

Pour autant, il existe des exceptions à ce principe d'opposabilité. D'une part, les demandes de renseignements permettent aux tiers d'être informés du chef de l'immeuble ou du propriétaire concerné, et ainsi éviter des situations conflictuelles. Le système se veut préventif et non curatif.

D'autre part, la règle de résolution des conflits avérés de publication consiste à donner la préférence au publiant le plus diligent. Concrètement, le droit publié en premier est, du seul fait de cette antériorité, rendu opposable au concurrent.

Celui qui effectue la formalité de publicité foncière ou qui l'effectue rapidement s'assure la sécurité de son droit. Il en est ainsi en matière de sûretés immobilières, la date d'inscription déterminant le rang des créanciers hypothécaires.

Cette fonction d'opposabilité des droits sur l'immeuble est l'essence même du système de publicité foncière qui, à son commencement rappelons-le, ne concernait que les hypothèques.

4421 **– Informer les usagers. –** Le décret du 4 janvier 1955 a allongé la liste des actes devant être publiés à titre d'information, aboutissant à un principe de généralité de la publication au-delà des seuls droits réels immobiliers. Ainsi la publication des opérations translatives, telles que les acquisitions, les successions, les expropriations, mais également les baux de longue durée, les charges, les servitudes, les règlements de copropriété, le classement en monument historique permet d'avoir une vision exhaustive du statut juridique de l'immeuble et de sa valeur. Toutes ces informations contribuent à la fiabilité du système, mais un débat s'est installé sur le rôle de la publicité foncière. Doit-elle être le réceptacle de toutes les informations relatives à l'immeuble ou bien, au contraire, se recentrer sur son rôle premier qui est d'assurer l'opposabilité de certains droits ? L'objectif de rationalisation de la publicité foncière affiché par les pouvoirs publics ne va pas, selon nous, dans le sens de ce principe de généralité de la publication.

– Participer à la collecte de l'impôt. – Publicité foncière et collecte de l'impôt ne font qu'un. En effet, la formalité de publicité foncière génère la collecte de l'impôt. Les services de publicité foncière sont tenus de recouvrer la taxe de publicité foncière ainsi que la contribution de sécurité immobilière, versée en contrepartie de la sécurité apportée par le service public de publicité et la responsabilité étatique corrélative. Ce lien a été renforcé par la consécration de la formalité fusionnée qui a permis de traiter ensemble les formalités d'enregistrement et de publicité pour les actes soumis à cette double exigence. Sont venus s'ajouter dans le temps l'impôt sur les plus-values immobilières des particuliers et celle de la taxe sur les terrains devenus constructibles. Mais, là encore, le système fait l'objet de critiques qui pointent le dévoiement vers un rôle accru de la collecte de l'impôt au détriment de la sécurisation des transactions immobilières. **4422**

Face à ces constats et critiques du système actuel de la publicité foncière, une commission s'est réunie et a établi le rapport ci-avant visé dans le but de trouver des voies de modernisation et de rationalisation du système français de publicité foncière. Nous nous attacherons dans le prochain chapitre à résumer les différentes propositions du rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, permettant ainsi aux praticiens que sont les notaires de se projeter dans la publicité foncière de demain.

CHAPITRE II Le renforcement de la protection par la réforme de la publicité foncière

Au-delà d'une modernisation sur la forme visant à rassembler et moderniser les textes en les rendant plus lisibles et en les adaptant à la réalité, afin globalement de renforcer l'accessibilité du service, les propositions de la Commission de réforme de la publicité foncière visent, sur le fond, d'une part notamment à accroître la sécurité juridique des publications, et d'autre part, à en moderniser l'organisation. Les évolutions proposées vont dans le sens d'un renforcement de l'efficacité du système par la création d'une théorie générale de la publicité foncière. **4423**

Section I Les propositions de renforcement de la sécurité juridique

– Hiérarchiser les fonctions. – La commission souhaite redonner à la finalité d'opposabilité la place centrale qui doit être la sienne dans le droit de la publicité foncière, comme instrument de la sécurité juridique. Elle propose donc d'écarter les actes soumis à publicité informative non générateurs de conflits ou sans incidence sur la sécurité du commerce, notamment les baux de plus de douze ans, les contrats de promotion immobilière, les classements en monument historique. **4424**

Elle propose une nouvelle liste des actes à soumettre à publicité foncière. La première catégorie vise les actes de nature à anéantir ou restreindre un droit réel concurrent et susceptible, à ce titre, de faire naître un conflit, ainsi que la règle de résolution des conflits par la préférence au premier publiant.

La seconde catégorie vise les actes qui ne risquent pas de créer un conflit entre droits concurrents. Il s'agit d'actes ou de décisions qui, dans l'ensemble, modifient l'exercice ou le contenu d'un droit réel ou risquent de le modifier. Leur opposabilité permettra de s'assurer que les tiers pourront non seulement avoir connaissance de l'acte, ce qui permet de

renforcer la sécurité juridique des transactions immobilières, mais seront également tenus de le respecter. Il est donc prévu la publication d'actes qui organisent des restrictions à l'usage ou à la disposition d'un droit réel immobilier, ou qui font peser une menace sur un droit réel précédemment publié. **Ainsi la commission propose d'intégrer à l'obligation de publication notamment les pactes de préférence et les promesses unilatérales, à titre d'opposabilité, et non plus seulement à titre informatif.**

4425 – La valeur des mentions sur le fichier immobilier. – Il est bon de rappeler que la formalité de publicité est accomplie par l'enliassement de l'acte dans le registre adéquat. Le fichier immobilier n'est ensuite annoté que dans un but de fournir un outil de recherche performant. Dès lors, le fichier immobilier n'a qu'une valeur informative. En cas de divergence entre le fichier et les différents registres, ce sont les registres qui font foi, alors même que ce sont les mentions du fichier qui sont communiquées dans les réquisitions.

La commission fait le choix sur ce point de ne pas se rapprocher du système du Livre foncier en ne transformant pas le rôle et la valeur juridique du fichier immobilier. Le fichier conserve donc sa valeur de pur instrument d'information pour les tiers. **La publicité continuera d'être réputée effectuée au jour du dépôt de l'acte auprès du service de publicité foncière, et non pas au jour de l'annotation du fichier immobilier.** Ainsi l'absence de mention au fichier, d'une clause ou convention contenue dans l'acte est sans incidence sur son opposabilité dès lors que l'acte a été déposé.

4426 – La portée de la condition de publicité du titre antérieur. – La commission rappelle que la condition de publicité du titre antérieur est issue du décret de 1955 et a pour fonction d'établir un chaînage rigoureux et ininterrompu des constitutions et transmissions de droits réels afin de renforcer la fiabilité des registres de publicité foncière.

Elle prend comme exemple la pratique des conservateurs aboutissant à la création de doubles chaînes de propriété. En effet, la publication d'un acte était acceptée dès lors que l'auteur avait rendu public son propre titre, peu important qu'il n'apparaisse pas sur les registres comme le dernier titulaire en date. En 1996, la Cour de cassation avait mis fin à cette pratique dans un arrêt *Hédreul* (705), en décidant que l'agent chargé de la publicité foncière ne devait pas se contenter de vérifier que le titre du disposant avait bien été publié, mais qu'il devait également vérifier la concordance de ce titre avec les informations des registres, c'est-à-dire s'assurer que le titre de l'auteur n'avait pas cessé de produire ses effets.

La commission propose de consacrer dans la loi cette solution jurisprudentielle. Elle a également souhaité préciser la mise en application de ce principe dans certains cas particuliers.

Elle souhaite que la publication d'un acte ou d'une attestation soit exigée lorsque le droit de l'auteur n'a pas fait l'objet de la rédaction d'un acte, notamment en matière d'usucapion, afin d'harmoniser la pratique des services de publicité foncière en la matière.

Par ailleurs, elle reprend la règle selon laquelle doivent être publiés **les actes constatant la réalisation d'une condition suspensive** sans quoi un ayant cause d'un acquéreur sous condition suspensive advenue ne serait pas en mesure de publier son propre titre.

4427 – Le traitement des avant-contrats immobiliers.

a) Les promesses unilatérales de vente et les pactes de préférence

Actuellement seules les promesses unilatérales sont visées par le texte qui les soumet à une publicité facultative et « pour l'information des usagers ». Les pactes de préférence sont,

(705) Cass. 3e civ., 12 juin 1996, no 94-18.004.

quant à eux, ignorés par le décret. C'est la jurisprudence qui a formé leur régime, qui finalement s'aligne sur celui des promesses unilatérales. Leur publicité facultative s'explique par le fait que ces avant-contrats ne confèrent pas de droit réel à leur bénéficiaire et ne sont donc pas créateurs de conflit entre ayants cause. Il n'en demeure pas moins, selon la Commission de réforme de la publicité foncière, qu'à défaut d'opposabilité de son acte, le bénéficiaire ne dispose d'aucune protection à l'égard du tiers qui publierait son titre au cours de la période qui précède la levée d'option (pour la promesse unilatérale) ou l'acceptation de l'offre de contrat (pour le pacte de préférence).

Le système de prénotation n'étant pas envisageable en raison de son effet rétroactif incompatible avec l'absence de création de droit réel, la commission propose **d'assortir la publicité des promesses unilatérales et des pactes de préférence de l'opposabilité aux tiers, tout en laissant les parties libres d'y renoncer**. Pour ce faire, elle propose de rattacher le pacte de préférence et la promesse unilatérale à la catégorie des restrictions au droit de disposer. Cette catégorie, au sens du droit de la publicité foncière, ne serait donc plus limitée aux restrictions à caractère réel.

b) Les promesses synallagmatiques de vente

Sous réserve de la réalisation des conditions stipulées, la promesse synallagmatique de vente vaut vente. Par conséquent, en l'état du droit positif, la réception d'un tel acte en la forme authentique rendrait sa publication obligatoire (706). Elle est donc toujours établie sous seing privé afin d'éviter le coût de sa publication. Ce défaut de publication est regrettable, car l'inopposabilité de la promesse favorise le risque de conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble et tenant leur droit d'une même personne.

La commission souhaite remédier à cette situation et encourager la publication des promesses synallagmatiques de vente. Elle propose de supprimer la contribution de sécurité immobilière (CSI) de 0,1 % pour la publication de ces promesses et de lui substituer une contribution fixe de 15 €. La CSI ne serait perçue qu'une seule fois, au moment de la publication de l'acte définitif de vente.

– La publication des demandes en justice. – La commission s'interroge ici sur le régime de publicité des demandes en justice tendant à obtenir la résolution, la révocation ou l'annulation d'actes soumis à publicité foncière. Ces demandes sont soumises à publicité obligatoire. La sanction actuelle est la fin de non-recevoir et non l'inopposabilité de la demande ou de la décision finale. **4428**

En la matière, le recours à la prénotation conduirait ainsi au mode de règlement suivant : l'absence de prénotation d'une demande en justice empêcherait d'opposer la décision d'annulation ou de résolution aux tiers ayant acquis, du titulaire du droit anéanti, des droits sur l'immeuble litigieux publiés pour leur acte d'acquisition. Symétriquement et surtout, seuls les ayants droit du titulaire du droit anéanti qui auraient publié leurs droits postérieurement à la prénotation de la demande en justice pourraient se voir opposer la décision d'annulation ou de résolution. Là où, dans le système actuel, la décision d'annulation produit un effet rétroactif sans limites dans le temps, elle ne rétroagirait plus qu'à la date de prénotation.

La Commission propose d'insérer dans le Code civil un paragraphe consacré aux hypothèses de prénotations, permettant d'unifier le régime d'opposabilité des causes d'anéantissement légales et conventionnelles, en reprenant, d'une part, l'hypothèse de prénotation en cas de refus de réitération ou de réalisation d'un acte en la forme authentique et, d'autre part, celle des demandes en justice tendant à l'anéantissement d'un acte publié.

(706) En application des articles 28, 1°, *a* et 32 du décret du 4 janvier 1955.

4429 – Le rôle de bonne foi dans le règlement des conflits. – La Commission de réforme de la publicité foncière a souhaité aborder la notion de bonne foi dans le règlement de conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier, ayant traité avec une même personne.

Elle évoque le cas bien connu d'un propriétaire d'un immeuble qui a aliéné cet immeuble à un premier acquéreur, puis à un second. Toutefois, au rebours de l'ordre de conclusion des actes, le second a publié son acte en premier. Dans ce cas, en l'état actuel de notre droit, le conflit doit mécaniquement se trancher en faveur du second acquéreur, la première vente lui étant inopposable. Dès lors, la règle de la priorité des publications peut-elle être évincée en cas de mauvaise foi du second acquéreur ?

La réforme du droit des obligations et des contrats est venue donner une réponse à cette question en rédigeant ainsi l'article 1198, alinéa 2 du Code civil : « 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 ». Par ce texte, la « bonne foi » est expressément intégrée à la règle de conflit elle-même. La commission regrette cette confusion. En effet, la « bonne foi » contractuelle, qui impose une loyauté entre les parties au contrat, n'est pas assimilable à la « bonne foi » du droit des biens, laquelle consiste simplement en la « connaissance effective » d'une situation donnée.

La commission constate que ce nouvel article du Code civil aboutit à la mise en place d'un « double système d'opposabilité », l'un fondé sur la règle de conflit foncière (ordre des publications), l'autre sur la connaissance effective (psychologie). Double système qui aboutit à un effet pervers : le blocage de toute possibilité de vente, dès lors que l'acquéreur pressenti, ou le notaire, a connaissance d'une vente précédente non publiée, quelle que soit la validité ou l'efficacité de celle-ci ; la sécurité des transactions immobilières s'en trouve fortement ébranlée. Pour cette raison et d'autres, la Commission propose que les termes « à condition qu'il soit de bonne foi » qui figurent à la fin du second alinéa de l'article 1198 du Code civil soient abrogés.

En complément des mesures proposées au titre du renforcement de la protection juridique de la publicité foncière, des mesures de modernisation de la publicité foncière sont également préconisées par la Commission de réforme de la publicité foncière.

Section II Les propositions de modernisation de l'organisation

4430 Selon le rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, même si l'informatisation a amélioré le fonctionnement de la publicité foncière en la rendant plus fiable et en réduisant les délais à la fois de publication et de réquisition, la modernisation de l'organisation passe, d'une part, par une amélioration de la tenue des registres et, d'autre part, par une meilleure accessibilité aux informations de publicité foncière.

4431 – Améliorer la tenue des registres.

a) Généraliser la dématérialisation du dépôt

La commission fait le constat que 10 % des formalités ne sont pas effectuées par les notaires et ne peuvent donc pas, à ce jour, faire l'objet d'un dépôt informatique.

Le Conseil national des barreaux a émis le vœu de pouvoir publier, de manière dématérialisée, les actes pour lesquels les avocats interviennent : hypothèques judiciaires, commandements à fin de saisie, vente par adjudications... une concertation est en cours avec la DGFiP à ce sujet. La commission indique que la solution technique la plus rationnelle

consisterait en l'utilisation de la plateforme Télé@ctes par les autres usagers de la publicité foncière, au moyen de conventions à conclure entre le notariat et les autres professions intéressées. La commission est favorable à un tel élargissement de la dématérialisation du dépôt électronique à l'ensemble des actes soumis à publicité foncière, ce qui permettrait de réduire les délais de publication. Il conviendrait néanmoins, pour l'inscription des sûretés légales ou judiciaires (hypothèques des jugements de condamnation, hypothèque judiciaire provisoire), que soit mise en place une procédure spécifique de vérification des bordereaux déposés, en imposant le recours à un avocat ou un notaire.

b) Simplifier les règles de refus et de rejet

Sans juger de leur validité au fond, les agents de la publicité foncière ont un pouvoir de contrôle des actes déposés. Il s'agit des procédures de refus de la formalité, en cas d'irrégularité flagrante ou de rejet de la formalité. Le refus de dépôt empêche l'annotation au registre des dépôts et ne permet donc pas de prendre date. Inversement, si une formalité est rejetée, elle est mentionnée au fichier comme étant « en attente », et si elle est par la suite régularisée, la publicité sera réputée effectuée à la date du dépôt initial.

Les règles relatives aux procédures de refus et de rejet font l'objet de nombreuses critiques, notamment quant à la différence de sanctions. De plus, ces règles ne sont plus en adéquation avec la dématérialisation en cours du dépôt de la formalité. En effet, les logiciels de rédaction procèdent à un contrôle préalable des actes avant signature permettant de détecter une cause de refus de l'acte. Enfin, il existe une divergence de pratiques selon les services, qui résulte de la complexité du régime, susceptible de multiples interprétations. Le régime de recours contre les décisions de refus ou de rejet fait lui aussi l'objet de critiques.

En conséquence, la commission propose une unification des règles de refus et de rejet, l'informatisation du dépôt devant conduire à la suppression des causes actuelles de refus. Elle indique que la dématérialisation du dépôt implique nécessairement une adaptation de la procédure de rejet de dépôt par un assouplissement et une rationalisation des causes de rejet qui pourrait s'inspirer des rubriques existant dans l'application Fidji.

Quant au recours à l'encontre d'une procédure de rejet, la commission propose de consacrer la pratique retenue quant à l'irrecevabilité de l'assignation, et de préciser que seul le rejet définitif peut faire l'objet d'un recours. Elle préconise également la création d'un recours par voie gracieuse.

c) Développer les cas de radiation

Avec le temps, les praticiens font remarquer que les états-réponses transmis depuis Fidji sont de plus en plus difficiles à lire. La commission s'est penchée sur la façon d'augmenter la lisibilité du fichier par le développement des cas de radiation, afin d'alléger le fichier immobilier des mentions ayant perdu toute efficacité juridique.

En l'état actuel, la procédure de radiation n'existe que pour les inscriptions. Néanmoins, certains actes soumis à publication font également l'objet d'une péremption, ou peuvent devenir sans objet. La commission souligne qu'il serait opportun d'organiser les modalités de suppression de la mention correspondante. En premier lieu, la commission vise les actes publiés qui deviennent automatiquement caducs par l'écoulement du délai. Il en va ainsi des commandements de payer valant saisie qui cessent de plein droit de produire effet si, dans les deux ans de sa publication, il n'a pas été mentionné en marge de cette publication un jugement constatant la vente du bien saisi. La commission propose que la formalité soit radiée d'office dès lors qu'elle a cessé de produire effet, mais également d'instaurer la radiation des publications des demandes en justice en lieu et place d'une nouvelle publication, afin d'éviter la superposition des mentions.

En second lieu, la commission a fait l'inventaire des publications portant sur des actes qui, relatifs à un droit réel principal, sont eux-mêmes temporaires, notamment les commandements et les assignations, mais également les avant-contrats et les prénotations dont la publicité n'est pas soumise à un délai de péremption mais qui se distingue par son caractère éphémère.

Dans ces deux cas, la commission a souhaité permettre la radiation volontaire de ces mentions lorsqu'elles sont devenues sans objet. **À cet effet, elle propose de permettre la radiation sur présentation d'un acte établi par notaire ou avocat et attestant que l'acte est devenu sans objet, à l'instar de la procédure de mainlevée simplifiée.**

Cette amélioration souhaitée de la tenue des registres se complète avec l'objectif de simplification de l'accès aux informations.

4432 – Faciliter l'accès aux informations de publicité foncière. – Le principe est celui de libre accessibilité aux informations de publicité foncière. Il est donc apparu opportun, grâce aux nouvelles technologies, de faciliter encore plus l'accès aux informations sans pour autant porter atteinte au principe du respect de la vie privée.

a) Créer un guichet unique

Actuellement il existe sur le territoire trois cent cinquante-quatre services de publicité foncière. Les demandes de formalités sont donc adressées au service du lieu de situation de l'immeuble. Il en est de même pour les réquisitions d'informations, chaque service conservant ces données sur son propre serveur. Dès lors, obtenir des renseignements complets sur le patrimoine immobilier d'une personne n'est pas facile, dans l'hypothèse où l'on n'a pas une vision exhaustive de son patrimoine.

La commission indique que cet inconvénient pourrait être surmonté par la création d'un guichet unique auquel seraient adressées les demandes de réquisition portant sur l'ensemble du territoire (707).

Concrètement, cela passe par la réduction du nombre de services de publicité foncière et la concentration des données sur un serveur unique. La création d'un guichet unique a d'ailleurs fait l'objet d'une proposition au travers de la loi Élan *via* un amendement qui a été par la suite supprimé, en raison notamment des interrogations relatives au respect de la vie privée.

b) Simplifier l'accès au fichier national

Au-delà de la mise en place de l'« Accès des notaires au fichier immobilier » (ANF), l'objectif serait la création d'un accès généralisé à un fichier regroupant toutes les informations foncières sur l'ensemble du territoire. La commission se dit favorable au principe de la généralisation d'un accès dématérialisé au fichier immobilier.

Mais se pose le problème de l'accès aux données personnelles. La commission souligne qu'il importe « d'empêcher les atteintes à la vie privée et familiale, puisqu'il est admis que le patrimoine relève du domaine de la vie privée » (708) et de concilier l'accès du public à des informations utiles avec la protection des données à caractère personnel.

(707) V. 43e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, *Le livre et la plume. Publicité foncière et notariat : quel avenir ?*, préc., no 616, p. 370.

(708) V. A. Debet, *Accès à la publicité foncière et données personnelles*, à paraître : « Une des questions qui se posent aujourd'hui est en effet de savoir si l'informatisation du fichier immobilier et sa fusion en un seul fichier, à la place des fichiers des services de publicité foncière auxquels les particuliers et les notaires doivent s'adresser, doivent s'accompagner d'une ouverture plus large des accès et si c'est le cas à quelle(s) personne(s) ». – J.-L. Vallens, *Publicité foncière et vie privée : les enjeux de l'informatisation* : *D.* 2000, p. 375 et s.

Dès lors, en se basant sur l'exemple du système Amalfi, la commission propose d'instaurer une hiérarchie entre les renseignements pouvant être obtenus, en fonction de la qualité du requérant. Nous relèverons comme principes, afin de respecter la vie privée, d'une part que l'accès aux mentions du fichier ne pourra se faire par principe que par immeuble, et d'autre part que la consultation par fiche personnelle devrait être réservée aux professionnels. Sur ce dernier principe, la commission préconise que le pouvoir réglementaire organise un accès différencié selon la qualité du requérant, au regard des informations pouvant être utiles à l'exercice de sa profession.

En conclusion, notre système de publicité foncière assure la protection de nos droits en matière immobilière en les rendant opposables aux tiers, afin de prévenir ou de trancher les conflits de droits. Le système doit donc évoluer dans son fonctionnement sur le fond et la forme afin de s'adapter à l'évolution des technologies nouvelles. Nous espérons que les propositions du rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière seront prochainement reprises dans le Code civil afin de simplifier le travail des notaires, qui sont les gardiens de ce système.

Index alphabétique détaillé

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

ABF :
- Architecte des Bâtiments de France *3375*

Abord :
- Monuments historiques *3361*
- Ravalement de façade
  - Monuments historiques *3380*
- Sites patrimoniaux remarquables *3380*

Abus de confiance :
- Exécuteur testamentaire *2570*
- Protection de la personne *1579*

Abus de droit :
- Comité de l'abus de droit fiscal *4401*
- Donation à terme *2329*
- Donation avec réserve d'usufruit *1322*
- Insécurité juridique *4399*
- Notaire *4389 ; 4393*
- Rescrit *4401*
- Viager et juste prix *1306*

Abus de faiblesse : *1562*
- Conditions d'incrimination *1563*
- Droit de la consommation *1578*
- Élément matériel *1569*
- Élément moral *1572*
- Éléments constitutifs *1568*
- Modalités de la répression *1573*
- Peines encourues *1577*
- Personnes protégées *1564*
- Régime juridique *1574*

Abus frauduleux de l'état d'ignorance :
- Conditions d'incrimination *1563*
- Élément matériel *1569*
- Élément moral *1572*
- Éléments constitutifs *1568*
- Modalités de la répression *1573*
- Peines encourues *1577*
- Personnes protégées *1564*
- Régime juridique *1574*

Acceptation :
- Legs
  - Actif net *1126*
- Option successorale *2190*
- Tutelle *1126*

Acceptation à concurrence de l'actif :
- Inventaire *1416 ; 2542*

Acceptation d'une libéralité au profit d'un mineur : *1120*

Acceptation pure et simple :
- Succession
  - Majeur en tutelle *1492*
  - Mineur *1412*

Accès au droit :
- Devoir de conseil *4051*

Accord du conjoint :
- Acte de disposition
  - Logement *2030*
- Donation d'un bien commun *2335*

Acquéreur :
- Copropriété *4264 ; 4275*
- Lot de copropriété *4264 ; 4275*
- Protection
  - Vente immobilière *4228*

Acquéreur-emprunteur :
- Vente immobilière *4228*

Acquisition croisée :
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*

Acquisition d'un immeuble :
- Mineur *1377*

Acquisition d'un immeuble à usage d'habitation : *4245*
- Délai de rétractation *4245*

Acquisition en démembrement :
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*

Acquisition en tontine :
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*

Acquisition par un prête-nom :
- Protection conventionnelle du propriétaire *3086*

Acte :
- Copie exécutoire *4209*
- Enregistrement *4373*
- Régime fiscal
  - Donation-partage *4381*
  - Partage du prix de vente *4381*
  - Partage successoral *4381*
- Régime fiscal de l'acte *4376*

Acte authentique :
- Bail *3246*
- Changement de régime pacsimonial *2162*
- Contrôle de légalité *4021*
- Copie exécutoire *4206*
- Curateur
  - Désignation *1257*
- Définition *4017*
- Déjudiciarisation *4034*
- Demandes de renseignements
  - Publicité foncière *4416*
- Donation *4091*
- Force exécutoire *4183 ; 4197*
- Immeuble à construire *4074*
- Juridiction de l'amiable *4011*
- Mandataire
  - Protection future *1224*
- Partage d'ascendants *4112*
- Preuve de la délivrance du conseil *4065*
- Protection du consentement *4008*
- Protection du couple *4113*
- Publicité foncière *4413*
- Signature électronique *4171*
- Tuteur
  - Désignation *1257*

Acte d'administration :
- Administration légale
  - Bail *1348 ; 1379*
- Apport en numéraire
  - Mineur *1140*
- Assurance-vie
  - Mineur *1111*
- Donation de parts sociales
  - Mineur *1145*
- Donation simple sans charge
  - Mineur *1121*
- Tuteur *1461 ; 1484*

Acte de conservation :
- Donataire *2357*
- Tuteur *1461 ; 1486*

Acte de disposition :
- Administration légale
  - Bail *1379*
  - Gestion des fonds et liquidités *1400*
  - Servitudes *1349 ; 1386*
- Autorisation judiciaire *1352*
- Conseil de famille *1462*
- Habilitation familiale *1530*
- Protection du logement des époux *2025*
- Tuteur *1484*

Acte de gestion :
- Tuteur *1485*

Acte exclu :
- Calcul de la réserve *2267*

Acte instrumentaire :
- Authenticité *4006*
- Mention manuscrite *4236*
- Preuve par écrit *4142*
- Publicité foncière *4412*

Acte interdit :
- Administration légale *1355 ; 1398*
- Tuteur *1463 ; 1489*

Acte juridique :
- Preuve *4126*

Acte libre :
- Administration légale *1351*

Acte notarié :
- Contrat *4191*
- Force exécutoire *4183*
- Jugement *4189*

Acte soumis à autorisation judiciaire :
- Administration légale *1352*
- Partage transactionnel *1407*
- Tuteur *1488*
- Vente de fonds de commerce *1396*
- Vente d'immeuble *1396*

Acte sous signature privée :
- Signature électronique *4176*

Acteur de la protection :
- Personne vulnérable
  - Droit *1006 ; 1007*

Actif :
- Calcul de la réserve *2259*

Actif net :
- Acceptation *1126 ; 1416*
- Calcul de la réserve *2261*
- Passif successoral *1144*
- Quotité disponible *2462*
- Réserve héréditaire *2261*

Action en comblement de passif : *3099*

Action en nullité :
- Délai pour agir *1548 ; 1550*
- Insanité d'esprit
  - Action après le décès de l'auteur de l'acte *1549*
  - Action du vivant de l'auteur de l'acte *1546*
  - Conditions de l'action *1543*
  - Exercice de l'action *1545*

Action en réduction :
- Caractères *2297*
- Modalités *2296 ; 2301*

Action en retranchement :
- Avantages matrimoniaux *2112*

Action fondée sur la période suspecte :
- Abus de faiblesse *1562*
- Conditions de l'action *1553*
- Prescription de l'action *1557*
- Régime de l'action *1556*
- Sanctions en droit pénal *1552 ; 1561*

Activation du mandat de protection future pour autrui : *1038*

Activité professionnelle :
- Protection *3095*
- Protection du logement des époux *2024*

Adjudication :
- Formalités préalables *3036*
- Vente forcée du logement *3035 ; 3040*

Administration par un tiers :
- Libéralité
  - Pouvoirs *1091*

Administration légale :
- Actes interdits *1355*
- Actes libres *1347*
- Autorisation judiciaire *1352*
- Classification des actes *1346*
- Conflit d'intérêts *1360*
- Contrôle *1359*
- Désaccord entre administrateurs *1363*
- Fonctionnement *1342*
- Juge des tutelles *1365*
- Partage *1428*
- Pouvoirs de l'administrateur légal *1343*
- Principes *1342*
- Sanction des fautes *1370*
- Succession
  - Représentation du mineur *1411*
- Vulnérabilité des mineurs *1334 ; 1342*

Administration non judiciaire de la règle de droit :
- Authenticité *4011*

Administration provisoire renforcée :
- Copropriétés en difficulté *3340*

Agence nationale de sécurité des systèmes d'information :
- Signature électronique *4174*

Aire de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine :
- Sites patrimoniaux remarquables *3370*

Aliénation de meubles :
- Mineur *1402*

ALLEMAGNE :
- Réserve héréditaire *2217*

Allocation logement : *3242*

Allotissement :
- Donation-partage *2444*

Amiable :
- Juridiction de l'amiable *4011*

Amiante : *4321*

ANGLETERRE :
- Réserve héréditaire *2217*

Annulation du mandat :
- Mandant *1173*

ANSSI :
- Agence nationale de sécurité des systèmes d'information *4174*

Anticipation de la vulnérabilité des majeurs : *1163*
- Gestion *1164*

Anticipation par la transmission : *1276*

Apport en numéraire :
- Acte d'administration
  - Mineur *1140*

Apport en société :
- Immeuble
  - Mineur *1374*

Architecte des Bâtiments de France :
- Avis *3375*

ARGENTINE :
- Réserve héréditaire *2217*

Ascendant :
- Donation-partage *4381*
- Renonçant non réservataire *2291*
- Réservataire *2258*
- Réversion d'usufruit *2372*

Assainissement :
- Diagnostic technique *4308*
- Évacuation des eaux de pluie *4369*

Assainissement collectif :
- Réglementation *4366*

Assainissement non collectif :
- Contrôle *4360*

Associé unique gérant d'une EURL :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Assurance construction :
- Contrôle du notaire *4078*

Assurance dépendance :
- Contrat d'assurance dépendance *1285*
- Diversité *1286*
- Inefficacité des contrats *1290 ; 1298*

Assurance-vie :
- Clause d'exclusion de l'administration *1088*
- Contrat d'assurance dépendance *1285*
- Contrats dédiés au financement *1284*
- Diversité des contrats *1286*
- Financement de la dépendance *1281*
- Inefficacité des contrats *1290*
- Mineur
  - Acte d'administration *1111*
- Obstacles *1291*
- Option dépendance
  - Conditions d'accès *1289 ; 1299*
- Pérennité des garanties souscrites *1294*
- Protection de la personne *1210*
- Réserve héréditaire *2222*
- Transmission d'un patrimoine au mineur *1102 ; 1298*

Assurance-vie au bénéfice du mineur : *1103*

Assurance-vie par le mineur : *1113*

Astreinte :
- Habitat indigne *3325*
- Location saisonnière répétée *3284*

Attribution indivise :
- Donation-partage *2454*

Attribution préférentielle du logement : *2117*

Authenticité :
- Acte instrumentaire *4006*
- Définition *4017*
- Déjudiciarisation *4035*
- Divorce sans juge *4124*
- Force exécutoire *4197*
- Juridiction de l'amiable *4011*
- Notion *4012*
- Partage d'ascendants *4112*
- Preuve *4126*

Authenticité insuffisante lors de la dissolution du Pacs : *4126*

Authenticité judiciaire :
- Couple *4121*

Authenticité notariale :
- Couple *4121*

Auto-entrepreneur. :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Autonomie patrimoniale du curatélaire : *1496*

Autorisation :
- Changement de destination *3271*
- Location saisonnière *3287 ; 3288*
- Permis de diviser *3316*
- Permis de louer *3318*
- Ravalement de façade *3380*

Autorisation de travaux :
- Monuments historiques *3365*

Autorité parentale :
- Attribution *1433*
- Désignation du tuteur *1015*
- Vulnérabilité des mineurs *1333*

AUTRICHE :
- Réserve héréditaire *2217*

Avantages matrimoniaux :
- Protection du logement *2111*
- Retranchement *2112*
- Réunion fictive *2268*
- Succession *2113*

Avant-contrat :
- Condition suspensive d'autorisation du juge des tutelles *1376*
- Diagnostic technique *4311*
- Loi Scrivener *4231*
- Obligation précontractuelle d'information *4288*

AVAP :
- Aire de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine *3370*

Aveu :
- Preuve *4144*

B

Bail :
- Acte authentique *3246*
- Changement d'usage *3274*
- Concubin *2049*
- Contestation du loyer *3177*
- Diagnostic technique *3147*
- Droit de préemption du locataire *3163*
- Durée *3154*
- Notion d'imprévision *4305*
- Protection du logement *3110*
- Protection du logement des époux
  - Congé *2044*
  - Décès *2047*
  - Divorce *2036 ; 2046*
  - Transfert du bail *2036 ; 2046*
- Résiliation de plein droit *3233*
- Résiliation judiciaire *3231*
- Saisie immobilière *3043*

- Sanctions administrative *3178*
- Surface habitable *3151*

Bail à nourriture :
- Contrat innomé *1309 ; 1310*

Bail d'habitation :
- Inoccupation de plus de dix-huit mois *3167*
- Premier contrat de location *3167*
- Protection du logement des époux *2022*
- Règles *3113 ; 3122*
- Tempérament *3170*

Bail sur un bien du mineur :
- Mineur *1379*

BELGIQUE :
- Réserve héréditaire *2217*

Bénéficiaire du mandat de protection future pour autrui :
- Contrat *1048*
- Enfant à protéger *1049*

Bien commun :
- Convention de mariage *2102*
- Donation
  - Protection du conjoint *2335*
- Donation-partage *2445*
- Licitation *4382*
- Mandat entre époux *1254*
- Partage *4382*

Bornage :
- Terrain nu *4340*

BRÉSIL :
- Réserve héréditaire *2217*

C

Calcul de la réserve : *2259*
- Actes exclus *2267*
- Actif net existant *2261*
- Clause de rapporten cas de renonciation *2379*
- Conjoint survivant *2278*
- Donations concernées *2267*
- Évaluation des donations *2270*
- Imputation et protection *2281*
- Protection des descendants et conjoint *2275*
- Quotient de la réserve *2274*
- Quotité disponible *2274*
- Réunion fictive des donations *2266*

Cantonnement :
- Option successorale *2195*

Capacité :
- Contrôle de légalité *4027*
- Libéralité à mineur *1120*
- Mandat à effet posthume *1066*
- Mandat de protection future *1038 ; 1171*

Capacité du testateur : *2486*

Capacité spéciale des légataires : *2499*

Caractères spéciaux :
- Preuve *4156*

Carnet d'entretien :
- Copropriété *4273*
- Information en numérique *4337*

Carnet numérique d'information, de suivi et d'entretien du logement : *4337*

Casier judiciaire :
- Habitat indigne *4286*
- Surendettement *3017*

Causes relatives au mandant :
- Mandat de protection future *1231*

Causes relatives au mandataire :
- Mandat de protection future *1235*

CCAPEX :
- Commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives *3254*
- Rôle *3238*

Certificat de signature électronique :
- Signature électronique *4176*

Certificat Loi Carrez :
- Vente d'immeuble *4350*

Certificat médical :
- Effets du certificat médical *1598*
- Nature du recours *1593*
- Notaire *1592*
- Prise de décision éclairée *1599*
- Relation avec le médecin *1595*

Changement de destination :
- Construction *3268*
- Déclaration préalable *3271*
- Immeuble d'habitation *4249*
- Permis de construire *3271*

Changement de régime matrimonial :
- Curatelle *2154*
- Enfant majeur vulnérable non protégé *2151*
- Habilitation familiale *2156*
- Intérêt des enfants *2124*
- Majeur protégé *2151*
- Mineur sous administration légale *2123 ; 2125 ; 2127*
- Mineur sous tutelle *2152*

- Questions soulevées *2144 ; 2150*
- Sauvegarde de justice *2155*

Changement de régime pacsimonial :
- Absence de protection *2164*
- Acte authentique *2162*
- Liquidation *2159 ; 2161 ; 2164*

Changement d'usage :
- Contrôle *3294*
- Local d'habitation *3274*

CHILI :
- Réserve héréditaire *2217*

CHINE :
- Réserve héréditaire *2217*

Choix du mandataire : *1175*

Choix du tuteur :
- Personne de confiance *1025*

Choix d'un mandat de protection future : *1166 ; 1176*

Classement :
- Monuments historiques *3348 ; 3352*
- Sites patrimoniaux remarquables *3372*

Clause commerciale : *2103 ; 2116*

Clause d'exclusion de l'administration :
- Forme légale *1079 ; 1085*
- Intérêts *1092 ; 1093*
- Modèle de clause de désignation d'un administrateur *1092 ; 1096*

Clause d'exclusion de l'administration légale :
- Réserve héréditaire *1083*

Clause d'agrément : *2339*

Clause de droit de retour conventionnel : *2361*

Clause de mandat :
- Contrôle *4075*

Clause de préciput :
- Contrat de mariage *2106*

Clause de prélèvement moyennant indemnité : *2103 ; 2116*

Clause de rapport :
- Renonciation *2377*

Clause de rapport forfaitaire : *2402*

Clause de remploi du prix de vente : *3077*

Clause de retour conventionnel : *2353 ; 2357*

Clause de révocation pour survenance d'enfant : *2362*

Clause d'imputation :
- Réserve héréditaire *2375*

Clause environnementale : *4357*

Clause pénale : *2366*

Clause résolutoire : *2363*

Collecte de l'impôt :
- Notaire *4407*

Colocation :
- Logement décent *2058 ; 3134*

COLOMBIE :
- Réserve héréditaire *2217*

Comité de l'abus de droit fiscal : *4401*

Commandement de payer :
- Résiliation de plein droit *3235*

Commencement de preuve :
- Preuve *4145*

Commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives : *3238*

Commission de surendettement :
- Protection du logement du propriétaire *3007*
- Saisine *3008 ; 3024*
- Suspension des mesures d'exécution *3009*
- Vente autorisée du logement *3022*

Commission sur l'authenticité : *4016*

Communauté :
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*

Compte bancaire :
- Mandat de protection future *1212*

Compte de gestion :
- Majeur protégé *1503*

Conclusion d'un mandat de protection future : *1038*

Concubin :
- Attribution du logement *2069 ; 2073*
- Attribution préférentielle du logement *2120*
- Bail *2049*
- Convention d'indivision *2073*
- Protection du logement du propriétaire *3007*
- Séparation
  - Licitation *4383 ; 4385*
  - Partage *4383 ; 4385*

Concubinage :
- Acte authentique *4115*

Condition suspensive :
- Dispositions textuelles de la loi Scrivener *4230*
- Mention manuscrite *4234*
- Réalisation *4237*
- Réalisation ou défaillance *4239*

- Renoncement *4241*
- Rôle du notaire *4240*
- Vente immobilière *4228*

Condition suspensive d'autorisation du juge des tutelles : *1376*

Conflit d'intérêts :
- Administration légale *1360*

Conflit entre mandats :
- Mandat de protection future *1187*

Congé :
- Protection du logement des époux *2044*

Conjoint :
- Attribution préférentielle du logement *2117*
- Ex présomptif héritier *2477*
- Imputation des droits d'habitation
  - Viager *2100*
- Protection du logement du propriétaire *3007*
- Protection à l'encontre des créanciers *3086*
- Protection du logement du survivant *2077*

Conjoint d'un auto-entrepreneur :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Conjoint survivant :
- Calcul de la réserve *2278*
- Donation
  - Protection *2279*
- Option successorale *2280*
- Réservataire *2257 ; 2287*

Conseil :
- Forme du mandat de protection future pour autrui *1041*

Conseil de famille :
- Acte de disposition *1462*
- Personne de confiance *1030*
- Tuteur *1454*

Consentement :
- Acte authentique *4008*
- Devoir de conseil *4044*
- Formalisme nécessaire *4067*
- Immeuble à construire *4072*
- Signature *4163*

Consignation du prix :
- Effets *3048*
- Vente forcée du logement *3048*

Constat des risques d'exposition au plomb :
- Diagnostic technique *4318*

Constitution de garanties :
- Mineur *1396*

Constitution de revenus à titre onéreux :
- Vulnérabilité *1279*

Construction :
- Changement de destination *3268*
- Délai de réflexion *4245*
- Délai de rétractation *4245*
- Règlementation *3264*
- Simplification des règles *3306*

Consultation du casier judiciaire : *4286*

Contractant :
- Vente immobilière *4226*

Contrat :
- Acte notarié *4191*
- Devoir de conseil *4044*
- Effet relatif
  - Publicité foncière *4414*
- Force exécutoire *4183*
- Irrévocabilité de la donation *2314*
- Juridiction de l'amiable *4011*
- Notion d'imprévision *4297*
- Preuve
  - Acte authentique *4127*
- Preuve de la délivrance du conseil *4065*
- Protection du consentement *4009*
- Protection du créancier *4178*
- Protection du donateur *2352*
- Réforme *4137*
- Secteur protégé *4083*

Contrat d'assurance :
- Contrat d'assurance dépendance *1285*
- Contrats dédiés au financement *1284*
- Diversité des contrats *1286*
- Financement de la dépendance *1281*
- Inefficacité des contrats *1290*
- Obstacles *1291*
- Option dépendance *1299*
- Pérennité des garanties souscrites *1294*
- Prévoyance *1280*

Contrat d'assurance vie :
- Protection de la personne *1210*

Contrat de location :
- Surface habitable *3151*

Contrat de mariage :
- Attribution définitive du logement *2101*
- Avantages matrimoniaux *2111*
- Clause de préciput *2106*
- Clause de prélèvement moyennant indemnité *2103*

Contrat de prêt :
- Loi Scrivener *4228*
- Notion d'imprévision *4305*

Contrat dépendance :
- Contrat d'assurance dépendance *1285*
- Diversité *1286*
- Inefficacité des contrats *1284 ; 1290 ; 1298 ; 1299*

Contrat innomé :
- Bail à nourriture *1310*

Contrôle :
- Administration légale *1359 ; 1365*

Contrôle de légalité :
- Devoir de conseil *4022*
- Titre exécutoire *4199*
- Vérifications du notaire *4020 ; 4022 ; 4024*

Contrôle des comptes :
- Majeur protégé *1503*

Convention de divorce :
- Force exécutoire *4197*

Convention d'indivision :
- Concubin *2073*

Copie :
- Preuve par écrit *4143*

Copie exécutoire : *4203*
- Forme des délivrances *4205*
- Liste des actes *4209*
- Minute *4206*
- Sceau *4210*

Copie exécutoire à ordre : *4215*
- Conditions de création *4216*
- Conditions de transmission *4219*
- Endossement *4219*

Copropriété :
- Amiante *4322*
- Carnet d'entretien *4273*
- Contrôle des notaires *4283*
- Diagnostic technique *4274*
- Documents relatifs à l'état de l'immeuble *4272*
- DPE *4335*
- Informations relatives au candidat acquéreur *4285*
- Protection de l'acquéreur *4264 ; 4275*

Copropriétés en difficulté :
- Administration *3333*
- Administration provisoire renforcée *3340*
- Cession *3338*
- État de carence *3341*
- Habitat dégradé *3330*
- Plan de sauvegarde *3331*
- Requalification *3342*
- Restructuration du syndicat *3338*

Cotitularité du bail :
- Protection du logement des époux
  - Conséquences *2042*
  - Durée *2045*
  - Transfert du bail *2037 ; 2046*

Couple :
- Acte authentique
  - Concubinage *4115*
  - Fin de vie *4120*
  - Pacs *4113 ; 4116 ; 4120*
- Propriété du couple *2018*
- Protection du logement *2015*

Courriel :
- Écrit électronique *4157*

Créance :
- Acte authentique
  - Copie exécutoire *4207 ; 4213*
- Administrateur provisoire
  - Copropriété *3337*
- Forme de la copie exécutoire *4211*
- Loyer impayé *3226*
- Reproduction intégrale des termes de la minute *4211*

Créance hypothécaire :
- Copie exécutoire à ordre *4216*

Créancier :
- Acquisition par un prête-nom *3086*
- Copie exécutoire *4204*
- Procédure de surendettement *3007*
- Protection *4178*
- Protection du logement du propriétaire *3006*
- Protection conventionnelle du propriétaire *3083*
- Renonciation à la déclaration *3078*

Création de logements : *3300*

Crep :
- Constat des risques d'exposition au plomb *4318*

CROATIE :
- Réserve héréditaire *2217*

Curatelle :
- Autonomie patrimoniale du curatélaire *1496*
- Changement de régime matrimonial *2154*
- Qualification des actes *1493 ; 1494*

Curateur :
- Désignation
  - Acte authentique *1257*
- Désignation anticipée *1256*

Cuve de fioul :
- Pollution *4371*

D

De cujus :
- Réserve héréditaire
  - Liberté individuelle *2239*

Débiteur :
- Protection du logement du propriétaire *3007*
- Vente autorisée du logement *3022*

Début du mandat :
- Mandat de protection future *1221*

Décence :
- Bail
  - Critères *3132*
  - Définition *3129*

Décès :
- Protection du logement des époux *2047*
- Protection du logement du survivant *2075*

Déclaration d'insaisissabilité :
- Acte notarié *3106*
- Forme *3105*
- Publicité *3108*

Déclaration en mairie :
- Immeuble à démolir *4324*
- Location saisonnière *3284*

Déclaration préalable :
- Changement de destination *3271*

Déclenchement du mandat de protection future :
- Conditions *1195*
- Procédure *1197*
- Publicité *1194 ; 1201*

Déductions :
- Succession *2265*

Déjudiciarisation :
- Règles de protection du majeur *1490*
- Succession
  - Majeur en tutelle *1492 ; 4032*

Délai de carence :
- Assurance Dépendance *1291*

Délai de franchise :
- Assurance Dépendance *1292*

Délai de réflexion :
- Champ d'application *4244*
- Construction. *4245*
- Immeuble à usage d'habitation *4247*
- Location-accession à la propriété immobilière *4245*
- Notification *4254 ; 4261*
- Remise en main propre de l'avant-contrat *4255*

- SCI *4252*
- VEFA *4245*
- Vente d'immeuble *4244*
- Vente d'immeuble à construire *4245*

Délai de rétractation :
- Champ d'application *4244*
- Construction. *4245*
- Immeuble à usage d'habitation *4247*
- Location-accession à la propriété immobilière *4245*
- Notification *4244 ; 4254 ; 4261*
- Purge *4253*
- Remise en main propre de l'avant-contrat *4255*
- SCI *4252*
- VEFA *4245*
- Vente d'immeuble *4243*
- Vente d'immeuble à construire *4245*

Délivrance du conseil :
- Preuve *4065*

Démolition :
- Monuments historiques *3369*

Dernières volontés : *2523*

Désaccord :
- Administration légale *1363*

Descendant :
- Réservataire *2256*

Désignation :
- Tuteur
  - Mineur *1452*

Désignation anticipée :
- Curateur *1256*
- Personne de confiance *1262*
- Tuteur *1256*

Désignation du tuteur :
- Titulaire du droit *1016*

Désignation d'un administrateur :
- Libéralité consentie à un mineur *1079*

Dette :
- Acquisition par un prête-nom *3086*
- Acte authentique
  - Copie exécutoire *4207 ; 4213*
- Administrateur provisoire
  - Copropriété *3337*
- Copie exécutoire *4204*
- Copie exécutoire à ordre *4216*
- Forme de la copie exécutoire *4211*
- Loyer impayé *3226*
- Procédure de surendettement *3007*
- Protection *4178*

- Protection du logement du propriétaire *3006*
- Protection conventionnelle du propriétaire *3083*
- Renonciation à la déclaration *3078*
- Reproduction intégrale des termes de la minute *4211*

Devoir de conseil :
- Accès au droit *4053*
- Conseil économique *4060*
- Conseil juridique *4057*
- Contrôle de légalité *4022*
- Loi Scrivener *4232*
- Mission de service public *4044*
- Nature *4054*
- Portée *4053*
- Preuve de la délivrance *4065*

Dévolution légale :
- Cantonnement *2195*
- Conditions *2195*
- Effets et les utilités du cantonnement *2196*
- Fondements *2172*
- Libéralités *2177*
- Protection des proches *2166 ; 2168*
- Successions anomales *2262*
- Utilité *2196*

Diagnostic de performance énergétique :
- Vente d'immeuble *4332*

Diagnostic technique :
- Amiante *4321*
- Bail *3147*
- Constat des risques d'exposition au plomb *4318*
- Copropriété *4274 ; 4322*
- Durée de validité *4311*
- État des risques *4308*
- Insectes xylophages *4326*
- Légionelle *4331*
- Mérule *4328*
- Performance énergétique *4332*
- Plomb *4318*
- Radon *4327*
- Termite *4323*
- Zone à risque *4308 ; 4310 ; 4329*

Diagnostic technique global : *4336*

DIP :
- Droit de la preuve *4135*
- Protection du logement des époux *2027*
- Réserve héréditaire *2216*
- Testament *2518*

Directives anticipées de fin de vie : *1268*

Dirigeant :
- Mesures conservatoires de protection *3100*

Dispense d'écrit :
- Preuve *4146*

Dispositions anticipées :
- Protection de la personne *1255*

Dispositions dépendantes et indépendantes :
- Régime fiscal de l'acte
  - Donation-partage *4381*
  - Partage du prix de vente *4381*
  - Partage successoral *4376 ; 4381*

Divorce :
- Protection du logement *2062*
- Protection du logement des époux *2046*
- Tutelle *1481*

Divorce par consentement mutuel :
- Acte authentique *4122*

Divorce sans juge :
- Acte authentique *4122*

Dol :
- Donation *2331*

Domicile :
- Expulsion *3230*
- Protection *3001*

Don manuel :
- Clause d'exclusion de l'administration *1086*
- Fragilité *4105*
- Pacte adjoint *2345 ; 4110*

Donataire :
- Protection *2388 ; 2398*
- Protection et imputations *2283*

Donateur :
- Protection *2352*

Donation :
- A terme *2329*
- Authentique *2341*
- Avec réserve de disposition *2324*
- Biens à venir *2325*
- Calcul de la réserve *2267*
- Clause de droit de retour conventionnel *2361*
- Clause de rapport forfaitaire *2402*
- Clause pénale *2366*
- Clause résolutoire *2363*
- Déguisée *2345*
- Don manuel *2345*
- Donation-partage future *2382*
- Droit de retour conventionnel *2328*
- Entre époux
  - Protection *2279*

- Fraude à la loi
    - Abus de droit *4395*
- Hors part successorale *2399*
- Indirecte *2345*
- Irrévocabilité *2313*
- Irrévocabilité de la donation *2314*
- Non-authentique *2344*
- Notion *2308*
- Opérations annexes *4096*
- Présent d'usage *2311*
- Protection de l'associé *2339*
- Protection des créanciers *2337*
- Protection des tiers *2334*
- Protection du conjoint *2335*
- Rémunératoire *2311*
- Réserve d'usufruit *2327*
- Sous condition *2323*
- Vice du consentement *2331 ; 4091*

Donation à terme : *1327*
- Abus de droit *2329*
- Alternative *1328*
- Facultative *1329*
- Pure et simple *1327*

Donation au dernier vivant : *2287*

Donation avec charges :
- Financement de la dépendance
    - En argent *1325*
    - En nature *1324 ; 1326*

Donation avec réserve d'usufruit :
- Abus de droit *1322*
- Financement de la dépendance *1322*

Donation d'un bien commun :
- Accord du conjoint *2335*

Donation de parts sociales :
- Mineur *1145*

Donation déguisée : *2345*

Donation hors part successorale : *2399*

Donation indirecte : *2345*

Donation partage :
- Acte authentique *4096*
- Clause d'exclusion de l'administration *1087*

Donation rémunératoire : *2311*

Donation simple sans charge :
- Mineur
    - Acte d'administration *1121*

Donation transgénérationnelle : *2423*

Donation-partage :
- Ascendant *4381*

- Biens *2429*
- Ex présomptif héritier *2477*
- Héritiers présomptifs *2417*
- Nouvel héritier *2474*
- Par d'autres que les époux *2442*
- Par les époux
  - Action en réduction *2440*
  - Configurations familiales *2439*
  - Régime matrimonial *2435 ; 2436*
- Prescription abrégée *2467*
- Protection des proches *2411*
- Protection liquidative *2443*
- Quotité disponible *2462*
- Rapport des libéralités *2458*
- Réduction *2461*
- Régime fiscal de l'acte *4381*
- Réserve héréditaire *2468*
- Saut de génération *2423*
- Tiers à la donation-partage *2427*

Donation-partage future : *2382*

Dotation d'une fondation : *2548*

Double :
- Écrit *4154*

DPE :
- Copropriété *4335*
- Diagnostic de performance énergétique *4332*

Droit de jouissance exclusif :
- Parties communes
  - Mesure *4347*

Droit de jouissance légal :
- Administration légale
  - Mineur *1401*

Droit de la consommation :
- Abus de faiblesse *1578*

Droit de la preuve :
- Admissibilité de la preuve des actes juridiques *4136*
- Autre qu'écrite *4144*
- DIP *4135*
- Notions *4131*
- Nouvelles technologies *4147*
- Principe de la preuve par écrit *4137*

Droit de préemption du locataire : *3163 ; 3165*

Droit de propriété :
- Protection des époux *2021*

Droit de retour conventionnel : *2328 ; 2353 ; 2357*

Droit des personnes et de la famille :
- Déréglementation
  - Droit *1008*

Droit d'opposition :
- Prédécès d'un enfant
  - Mineur sous administration légale *2141*

Droit personnel :
- Protection du logement des époux *2022*

Droit réel :
- Protection du logement des époux *2021*

Droits réels :
- Mineur *1386*

DTG :
- Diagnostic technique global *4336*

Durée de validité :
- Diagnostic technique *4311*

Durée des baux d'habitation : *3154*

E

Écrit :
- Caractéristiques *4150*
- Définition *4149*
- Double *4154*
- Électronique et papier *4158*
- Exemplaire multiple *4154*
- Nouvelle définition de l'écrit *4154*
- Preuve *4130 ; 4148*
- Signature *4161*
- Signe intelligible *4152*

Écrit électronique : *4158*
- Courriel *4157*
- Double *4155*

Éducation des enfants : *1441*

Effet relatif :
- Publicité foncière *4414*

Effets de la désignation du tuteur testamentaire :
- Personne de confiance
  - Conseil de famille *1030*
  - Refus *1029 ; 1031*

Égalité :
- Réserve héréditaire *2241*

Égalité des lots :
- Donation-partage *2453*

Emprunt :
- Mineur *1395*

Encadrement des loyers :
- Étalement *3203*
- Loyer de référence *3194*
- Relocation *3179*
- Renouvellement
  - Conditions *3193*
  - Durée *3206*
  - Procédure *3199*
  - Zone tendue *3166 ; 3193 ; 3202 ; 3207*

Endossement :
- Copie exécutoire à ordre *4219*

Enfant :
- Contrat de prévoyance
  - Viager *1108*
- Donation transgénérationnelle *2424*
- Protection à l'encontre des créanciers *3086*

Enfant majeur vulnérable non protégé :
- Changement de régime matrimonial *2151*

Enregistrement :
- Formalité *4373*

Entrepreneur individuel :
- Aliénation de l'immeuble *3075*
- Fin de l'insaisissabilité de l'immeuble *3074*
- Notion d'immeuble protégé *3070*
- Pouvoirs de l'entrepreneur *3071*
- Protection du logement *3049*

Entrepreneur individuel à responsabilité limitée :
- Protection du logement du propriétaire *3007 ; 3097*

Entretien des enfants : *1441*

Époux :
- Donation-partage
  - Action en réduction *2440*
  - Configurations familiales *2439*
  - Régime matrimonial *2435 ; 2436*
- Droit de propriété *2021*
- Logement
  - Durée de la protection *2027*
- Protection
  - Acte de disposition *2025*
  - Activité professionnelle *2024*
  - Bail *2036*
  - Bail d'habitation *2022*
  - Cotitularité du bail *2037*
  - Droit personnel *2022*
  - Droit réel *2021*
  - Logement en SCI *2027*
  - Logement loué *2035*
  - Meuble meublant *2023*

    - Nue-propriété *2026*
    - Procédure collective *2026*

Erreur :
- Donation *2331*

Escroquerie :
- Protection de la personne *1580*

ESPAGNE :
- Réserve héréditaire *2217*

ESTONIE :
- Réserve héréditaire *2217*

État d'ignorance :
- Conditions d'incrimination *1563*
- Élément matériel *1569*
- Élément moral *1572*
- Éléments constitutifs *1568*
- Modalités de la répression *1573*
- Peines encourues *1577*
- Personnes protégées *1564*
- Régime juridique *1574*

État de carence :
- Copropriétés en difficulté *3341*

État des risques :
- Diagnostic technique *4308*
- Immeuble non bâti *4351*
- Responsabilité du notaire *4355*
- Zonage radon *4327*

État hors formalité :
- Demandes de renseignements
    - Publicité foncière *4416*

État sur formalités :
- Demandes de renseignements
    - Publicité foncière *4416*

ÉTATS-UNIS :
- Réserve héréditaire *2217*

Étude des sols :
- Clause environnementale *4357*

Évacuation des eaux de pluie : *4369*

Évaluation des donations :
- Calcul de la réserve *2270*

Exclusion de garantie :
- Assurance Dépendance *1293*

Exécuteur testamentaire :
- Conditions de la mission *2578*
- Contraindre les héritiers *2580*
- Contrôle *2569*
- Définition de l'exécution testamentaire *2563*

- Dernières volontés *2574*
- Durée de la mission *2568*
- Encadrement de la mission *2567*
- Exécution du testament *2581*
- Histoire *2564*
- Mise en œuvre *2566*
- Mission conservatoire *2579*
- Mission morale *2575*
- Nature juridique *2565*
- Nomination *2566*
- Partage *2582*
- Pouvoirs *2572*
- Propriété littéraire et artistique *2576*
- Protection du testament *2574*
- Responsabilité de l'exécuteur testamentaire *2562 ; 2570*

Exécution d'office de travaux :
- Monuments historiques *3350*

Exécution du mandat de protection future : *1202*

Exécution du mandat de protection future par le mandataire :
- Forme du mandat de protection future pour autrui *1039*

Exemplaire multiple :
- Écrit *4154*

Exercice de l'autorité parentale : *1433*

Exhérédation : *2537*

Expatrié :
- Loi applicable *2551*

Exploitant agricole :
- Logement des époux *2048*

Exposé des obligations :
- Mandat de protection future *1220*

Expropriation :
- Monuments historiques *3351*

Expulsion :
- Information du préfet *3254*
- Inviolabilité du domicile *3230*
- Loyer impayé *3228*
- Protocole d'accord entre le bailleur et l'occupant *3255*
- Signification du commandement de quitter les lieux *3251*
- Surendettement *3012 ; 3037*
- Titre exécutoire *3244*
- Trêve hivernale *3231 ; 3256*

Extorsion :
- Protection de la personne *1581*

Extranéité :
- Protection des époux *2027*

F

Faute :
- Administration légale *1370*

Fiabilité :
- Signature électronique *4166 ; 4169*

Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers : *3019*

FICP :
- Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers *3019*

Fiducie :
- Mesure volontaire d'anticipation *1275*
- Protection à l'encontre des créanciers *3093*

Fin de l'insaisissabilité : *3080*

Fin de vie :
- Directives anticipées *1268*
- Notaire *1271*

Fin du mandat :
- Mandat de protection future *1229*

Fondation :
- Dotation *2548*

Fonds de commerce :
- Mineur *1388*

Force exécutoire :
- Acte notarié *4183*
- Convention de divorce *4197*
- Fondements *4193*

Force exécutoire judiciaire : *4187*

Force majeure :
- Vente d'immeuble *4301*

Force obligatoire du contrat : *4178*

Formalisme d'information :
- Immeuble non bâti *4351*

Formalisme du titre exécutoire de l'acte notarié : *4201*

Formalité de publicité foncière : *4410*

Formalité d'enregistrement : *4374*
- Notaire *4402*

Formation du mandat de protection future :
- Conditions de fond *1170*
- Conditions relatives au mandant *1170 ; 1183*
- Conditions relatives au mandataire *1170 ; 1174*

Forme du mandat de protection future pour autrui :
- Forme notariée *1039*

Forme relative à la délivrance des copies exécutoires : *4205*

Formule exécutoire :
- Libellé *4196*

FRANCE :
- Réserve héréditaire *2217*

Fraude à la loi :
- Abus de droit *4393*
- Donation *4395*

G

GAD :
- Garantie Assurance Dépendance *1287*

Garantie :
- Mineur *1395*

Garantie Assurance Dépendance :
- Exclusion *1293*
- GAD *1287*

Garantie financière :
- Contrôle du notaire *4079*

Gestion de fonds :
- Mineur *1400*

Gestion des comptes :
- Habilitation familiale *1529*

Gestion locative :
- Mineur *1379*

Gouvernance de la société civile :
- Mineur *1152*

Gratification :
- Protection et imputations *2282*

GRÈCE :
- Réserve héréditaire *2217*

Greffe :
- Contrôle *1505*
- Mandat de protection future pour autrui
  - Contrôle *1059*
- Tuteur
  - Compte de gestion *1456*

H

Habilitation familiale :
- Acte de disposition *1530*
- Actes dispensés d'autorisation *1528*
- Actes soumis à autorisation *1530*

- Changement de régime matrimonial *2156*
- Exercice de l'habilitation familiale *1525*
- Logement *1531*
- Obligations de la personne habilitée *1535*
- Opposition d'intérêts *1532*
- Portée de l'habilitation *1527*
- Pouvoirs de la personne habilitée *1526*
- Protection *1010 ; 1518*
- Publicité de la mesure *1523*
- Régime général *1521*

Habitat :
- Dégradation *3307*
- Interdiction de louer *3314*
- Permis de diviser *3315*

Habitat dégradé :
- Copropriété en difficulté *3330*
- Interdiction de louer *3314*
- Permis de diviser *3307 ; 3311 ; 3315*

Habitat indigne :
- Administrations spécialisées *3322*
- Astreinte *3325*
- Infractions *3323*
- Interdiction de louer *3314*
- Maire *3321*
- Permis de diviser *3315*
- Police administrative *3319*
- Police administrative et judiciaire *3319*
- Préfet *3320*
- Président d'EPCI *3321*
- Sanctions pénales *3308 ; 3311 ; 3326 ; 3328*

Habitation :
- Protection *3001*

Héritier :
- Calcul de la réserve *2259*
- Droit de repentir *2192*
- Le calcul de la réserve *2259*
- Modalités du rapport *2183*
- Option successorale *2195*
- Protection des proches *2166 ; 2171*
- Rapport des libéralités *2178*
- Renonciation *2187*
- Renonciation anticipée à l'action en réduction *2223*
- Réserve héréditaire
    - Liberté individuelle *2238*
- Testament-partage *2544*

Hypothèque :
- Copie exécutoire à ordre *4216*
- Protection du constituant *4068 ; 4085*

I

Identité :
- Contrôle de légalité *4027*

Immatriculation des copropriétés :
- Obligations *4283*

Immeuble :
- Administration légale *1374*
- Origine de propriété
  - Contrôle de légalité *4030*
- Protection conventionnelle du propriétaire *3086*
- Servitude
  - Contrôle de légalité *4031*
- Statut du bien
  - Contrôle de légalité *4030*

Immeuble à construire :
- Acte authentique *4074*
- Consentement *4080*
- Notion d'imprévision *4305*
- Protection de l'acquéreur *4068*

Immeuble à usage d'habitation :
- Délai de réflexion *4247*
- Délai de rétractation *4247*

Immeuble classé :
- Monuments historiques *3348 ; 3352*

Immeuble d'habitation :
- Changement de destination *4249*

Immeuble inscrit :
- Monuments historiques *3357*

Immeuble labellisé « Fondation du patrimoine » : *3376*

Immeuble non bâti :
- État du sol et du sous-sol *4351*

Immobilier :
- Financement de la dépendance *1301*
- Prêt viager hypothécaire *1312*
- Ressources *1301*
- Vente contre soins *1309*
- Vente en viager *1304*
- Vente du logement *1303*

Impayés :
- Expulsion *3232*

Imprévision dans les contrats : *4297 ; 4305*

Imputation des droits d'habitation :
- Viager *2100*

Imputation des libéralités :
- Donataires
  - Protection *2283*
- Légataires
  - Protection *2281 ; 2286*

Imputation et protection :
- Calcul de la réserve *2281*

Inaliénation : *2368*

Incapacité :
- Personne vulnérable *1005*

Incorporation de donations antérieures :
- Donation-partage *2449*

Indivision :
- Attribution préférentielle du logement *2117*
- Donation-partage *2454*
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*
- Protection du logement *2085*

Information :
- Acte instrumentaire *4412*
- Changement de régime de pacs *2162*
- Déclaration d'insaisissabilité *3108*
- Déclenchement du mandat de protection future *1201*
- Demandes de renseignements
  - Publicité foncière *4416*
- Mandat de protection future *1190*
- Monuments historiques *3348*
- Publicité foncière
  - Modernisation *4430*
- Surendettement *3015*
- Vente immobilière *4225*

Information du préfet :
- Expulsion *3254*

Information du vendeur :
- Vente d'immeuble *4297*

Information vente d'immeuble :
- Amiante *4321*
- Certificat Loi Carrez *4350*
- Constat des risques d'exposition au plomb *4318*
- Copropriété *4322*
- Diagnostic de performance énergétique *4332*
- Diagnostic technique global *4336*
- Droit de jouissance exclusif
  - Parties communes *4347*
- État du sol et du sous-sol *4351*
- Insectes xylophages *4326*
- Légionelle *4331*
- Lot de copropriété *4342*
- Lot réuni *4344*
- Mérule *4328*
- Plomb *4318*

- Radon *4327*
- Termite *4323*
- Terrain nu *4340*
- Vente en bloc de la totalité des lots *4346*
- Vente en blocs d'un ensemble de lots *4345*
- Zone à risque *4329*

Informations relatives au candidat acquéreur :
- Copropriété *4285*

Inoccupation de plus de dix-huit mois :
- Bail d'habitation *3167*

Insaisissabilité :
- Entrepreneur individuel *3101*
- Résidence principale de l'entrepreneur individuel *2034*

Insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel :
- Affectation à l'habitation principale *3061*
- Conditions *3057*
- Droit sur un immeuble *3058*
- Fin *3080*
- Limites de l'insaisissabilité
  - Créances *3064*
- Renonciation à la déclaration *3050 ; 3078*

Insanité d'esprit :
- Action après le décès *1549*
- Action du vivant de l'auteur de l'acte *1546*
- Conditions de l'action en nullité *1543*
- Exercice de l'action *1545*
- Protection du majeur
  - Action en nullité *1542*
- Testament *2497*

Insectes xylophages : *4326*

Instance en divorce :
- Protection du logement *2063*

Instruments financiers :
- Mineur *1391*

Interdiction d'aliéner : *2368*

Interdiction de louer : *3314*

Intérêt de la famille :
- Changement de régime matrimonial *2124*

Intérêt des enfants :
- Changement de régime matrimonial *2124*

Intérêt pratique du mandat à effet posthume - Protection des mineurs : *1074*

Inventaire :
- Acceptation à concurrence de l'actif *1416 ; 2542*
- Majeur *1499*
- Mineur héritier *1416 ; 1422*

Inviolabilité du domicile :
- Expulsion *3230*

Irrévocabilité de la donation : *2313*

ITALIE :
- Réserve héréditaire *2217*

J

Juge des tutelles :
- Acte de disposition *1462*
- Administration légale *1365*
- Avant-contrat *1376*
- Mandat de protection future pour autrui *1060*
- Tuteur *1455*

Jugement :
- Acte notarié *4189*

Juridiction de l'amiable :
- Juridiction de l'amiable *4011*

Juste prix :
- Abus de droit *1306*

L

La fixation du loyer lors du renouvellement du contrat : *3192*

Label GAD :
- Garantie Assurance Dépendance *1287*

Légataire :
- Capacité spéciale *2499*
- Protection et imputations *2286*

Légionelle : *4331*

Legs à titre universel : *2535*

Legs graduel : *2550*

Legs particulier : *2536*

Legs résiduel : *2550*

Legs universel : *2532*

Les conditions de forme de la déclaration d'insaisissabilité notariée : *3105*

Les critères : *3132*

Lésion :
- Vente d'immeuble *4301*

LETTONIE :
- Réserve héréditaire *2217*

Libéralité :
- Action en réduction
  - Caractères *2297*
  - Modalités *2301*
- Débiteur *2181*
- Financement de la dépendance
  - Clauses salutaires *1321 ; 1323*
- Mineur
  - Acceptation *1120*
  - Capacité *1120*
  - Modalités *1119 ; 1127*
- Modalités du rapport *2183*
- Non-réservataire *2289*
- Ordre d'imputation
  - Donataires *2283*
  - Légataires *2282 ; 2286*
- Parties concernées au rapport *2181*
- Protection *2331*
- Protection des proches *2177*
- Protection et imputations *2281*
- Quotité disponible dépassée *2292*
- Rapport
  - Débiteur *2181*
  - Donation-partage *2458*
  - Modalités *2183*
  - Parties concernées *2181*
  - Protection des proches *2178*
  - Renonciation *2187*
- Renonciation *2187 ; 2291*
- Réservataire *2290*

Libéralité consentie à un mineur :
- Administration par un tiers *1089*
- Désignation d'un administrateur *1080*

Liberté individuelle :
- Héritier *2238*

Licitation :
- Bien commun *4382*
- Régime fiscal de l'acte *4383 ; 4385*

L'information sur l'état du sol et du sous-sol et l'environnement de l'immeuble : *4351*

L'interdiction d'instrumenter des actes contraires à la loi ou passés en fraude des droits des tiers : *4025*

Liquidation :
- Changement de régime pacsimonial *2164*

Liquidation de l'impôt :
- Enregistrement *4375*

Locataire protégé :
- Changement d'usage *3274*
- Contestation du loyer *3177 ; 3191*

- Encadrement des loyers *3166*
- Fixation du loyer *3167*
- Observatoire des loyers *3175 ; 3198*
- Permis de démolir *3267*
- Relocation *3179*
- Révision du loyer *3213*
- Surendettement *3220*
- Suspension des mesures d'expulsion *3228*

Location :
- Droits des locataires en cas de vente en bloc ou par lots *3164*

Location saisonnière :
- Déclaration en mairie *3284*
- Fiscalité *3296*
- Résidence principale *3283*
- Résidence secondaire *3284*
- Sous-location *3288*

Location-accession à la propriété immobilière :
- Délai de réflexion *4245*
- Délai de rétractation *4245*

Logement :
- Acte de disposition
  - Accord du conjoint *2030*
- Adaptation
  - Prêt viager hypothécaire *1318*
- Biens protégés *2020*
- Commission de surendettement
  - Saisine *3008 ; 3024*
- Création *3300*
- Droits protégés *2020*
- Financement de la dépendance *1301*
- Habilitation familiale *1531*
- Location par le couple *2035*
- Mandat de protection future *1211*
- Prêt viager hypothécaire *1312*
- Procédure de surendettement *3007*
- Propriété du couple *2018*
- Protection *3001*
- Protection à l'encontre des créanciers
  - Acquisition croisée *3087*
  - Acquisition en démembrement *3087*
  - Acquisition en tontine *3087*
  - Acquisition par un prête-nom *3086*
  - Communauté *3087*
  - Conjoint *3086*
  - Enfant *3086*
  - Fiducie *3093*
  - Immeuble *3086*
  - Indivision *3087*
  - Nue-propriété *3087*
  - Société ayant son siège à l'étranger *3092*
  - Société civile *3090*
  - Société commerciale *3091*

    - Tiers *3086*
    - Usufruit *3087*
- Protection du locataire *3110*
- Protection pour le couple *2015*
    - Durée *2027*
- Résidence principale de l'entrepreneur individuel *2034*
- Ressources *1301*
- Soutien de l'offre *3263*
- Suspension des mesures d'exécution *3009*
- Suspension des mesures d'expulsion *3012*
- Vente contre soins *1309*
- Vente en viager *1304*
- Vente du logement *1303*
- Vente forcée et effacement des dettes *3029*

Logement décent : *3123*
- Critères *3132*
- Définition *3129*
- Pénal *3143*
- Sanctions *3135*
- Santé *3133*
- Sécurité *3133*

Logement des époux :
- Bail *2046*
- Congé du bail *2044*
- Décès *2047*
- Divorce *2046*
- Exploitant agricole *2048*

Logement vacant :
- Encadrement des loyers *3182*

Loi Scrivener :
- Contrat de prêt *4228*
- Vente immobilière
    - Avant-contrat *4228 ; 4231*

Lot :
- Donation-partage *2446 ; 2453*

Lot de copropriété :
- Carnet d'entretien *4273*
- Contrôle des notaires *4283*
- Diagnostic technique *4274*
- Documents relatifs à l'état de l'immeuble *4272*
- Mesure *4342*
- Protection de l'acquéreur *4264 ; 4275*

Lot réuni :
- Mesure *4344*

Loyer de référence : *3194*

Loyer impayé :
- Expulsion *3226*

Loyer renouvelé :
- Conditions *3193*

- Durée *3206*
- Encadrement *3193*
- Procédure *3199*
- Zone tendue *3207*

LUXEMBOURG :
- Réserve héréditaire *2217*

M

Mainlevée :
- Mineur *1395 ; 1399*

Maintien à domicile :
- Coût *1276*

Maire :
- Habitat indigne *3321*

Majeur :
- Acte soumis à autorisation judiciaire *1473*
- Insanité d'esprit
  - Action en nullité *1542*
- Personne vulnérable
  - Droit *1007*
- Protection *1010*
- Règles de protection
  - Biens *1483*
  - Déjudiciarisation *1490*
  - Personnes *1478 ; 1479*
- Trouble cognitif *1538*
- Tutelle *1477*
- Vulnérabilité
  - Anticipation *1164*

Majeur protégé :
- Capacité du testateur *2492 ; 2496*
- Changement de régime matrimonial *2152*

Majeur sous curatelle :
- Testament *2496*

Majeur sous sauvegarde de justice :
- Testament *2496*

Majeur sous tutelle :
- Testament *2493*

Mandant :
- Protection future
  - Annulation du mandat *1173*
  - Capacité *1171*
  - Mesure de protection judiciaire *1172*

Mandant de protection future pour autrui : *1042*

Mandat :
- Protection de la personne *1246*

- Protection future
  - Activation du mandat *1056*
  - Bénéficiaire du mandat *1048*
  - Causes relatives au mandant *1231*
  - Causes relatives au mandataire *1235*
  - Choix *1166*
  - Conclusion d'un mandat *1038*
  - Début *1221*
  - Déclenchement *1194*
  - Exécution du mandat *1057 ; 1202*
  - Exposé des obligations *1220*
  - Fin décidée par le juge *1238*
  - Fin du mandat *1229*
  - Fin imposée par la loi *1230*
  - Formation *1170*
  - Forme du mandat *1039*
  - Gestion des biens *1205*
  - Intérêt pratique du mandat à effet posthume *1074*
  - Mandant *1042*
  - Mandat à effet posthume *1064*
  - Mandat notarié *1206 ; 1224*
  - Mandataire *1043*
  - Mise en œuvre *1193*
  - Objet *1183*
  - Obligations du mandataire *1219*
  - Obligations du mandat *1227*
  - Pouvoirs du mandataire *1203*
  - Pouvoirs concurrents *1190*
  - Pouvoirs définis *1207*
  - Pouvoirs discutés *1209*
  - Pouvoirs du mandataire *1052*
  - Procédure de déclenchement *1197*
  - Protection de la personne *1214*
  - Protection des personnes *1037*
  - Publicité *1190*
  - Publicité du déclenchement *1201*
  - Sous seing privé *1213 ; 1226*
  - Succédanés *1245*

Mandat à effet posthume : *1064*
- Capacité *1066*

Mandat conventionnel :
- Protection de la personne *1247*

Mandat de protection future :
- Causes relatives au mandant *1231*
- Causes relatives au mandataire *1235*
- Changement de régime matrimonial *2157*
- Choix *1166*
- Coexistence de pouvoirs concurrents *1190*
- Compte bancaire *1212*
- Conflits entre mandats *1187*
- Début *1221*

- Déclenchement *1194*
- Exécution du mandat *1202*
- Exposé des obligations *1220*
- Fin décidée par le juge *1238*
- Fin du mandat *1229*
- Fin imposée par la loi *1230*
- Formation *1170*
- Gestion des biens *1205*
- Logement *1211*
- Mandat notarié *1206 ; 1224*
- Mise en œuvre *1193 ; 1194*
- Objet *1183*
- Obligations du mandataire *1219*
- Obligations du mandat *1227*
- Pouvoirs du mandataire *1203*
- Pouvoirs concurrents *1190*
- Pouvoirs définis *1207*
- Pouvoirs discutés *1209*
- Principe de subsidiarité *1186*
- Procédure de déclenchement *1197*
- Protection *1010*
- Protection de la personne *1214*
- Publicité *1190*
- Publicité du déclenchement *1201*
- Registre *1192*
- Sous seing privé *1213 ; 1226*
- Succédanés
    - Dispositions anticipées *1255*
    - Mandat conventionnel *1247*
    - Mandat entre époux *1250*
    - Mandats classiques *1245 ; 1246*

Mandat de protection future pour autrui :
- Activation du mandat *1056*
- Bénéficiaire du mandat *1048*
- Conclusion d'un mandat *1038*
- Exécution du mandat *1057*
- Forme du mandat *1039*
- Intérêt pratique du mandat à effet posthume *1074*
- Mandant *1042*
- Mandat à effet posthume *1064*
- Mandataire *1043*
- Pouvoirs du mandataire *1052*
- Protection des personnes *1037*

Mandat entre époux :
- Protection de la personne *1250*

Mandat notarié :
- Mandat de protection future *1206 ; 1224*
- Protection future *1178*

Mandat sous seing privé :
- Mandat de protection future *1213 ; 1226*
- Protection future *1179*

Mandat tardif :
- Mandat de protection future *1172*

Mandataire :
- Protection future
  - Personne morale *1174*
  - Personne physique *1174*
  - Pluralité *1175*

Mandataire protection future pour autrui :
- Choix du mandataire *1045*
- Pluralité *1043 ; 1046*

Masse de calcul de la réserve : *2260*

Médiation conventionnelle : *4039*

Mention manuscrite :
- Acte instrumentaire *4236*
- Condition suspensive *4234*
- Preuve *4156*

Mérule : *4328*

Mesure :
- Certificat Loi Carrez *4350*
- Droit de jouissance exclusif
  - Parties communes *4347*
- Lot de copropriété *4342*
- Lot réuni *4344*
- Terrain nu *4340*
- Vente en bloc de la totalité des lots *4346*
- Vente en blocs d'un ensemble de lots *4345*

Mesure de protection :
- Notaire *1476*

Mesure de protection judiciaire :
- Mandant *1172*

Mesure volontaire d'anticipation :
- Fiducie *1272 ; 1275*

Meuble :
- Mineur *1402*

Meublé de tourisme :
- Fiscalité *3297*
- Questions juridiques en suspens *3278*
- Réglementation *3278*
- Société *3277 ; 3299*

Meuble meublant :
- Protection du logement des époux *2023*

MEXIQUE :
- Réserve héréditaire *2217*

Mineur :
- Acceptation pure et simple *1412*

- Administration par un tiers
  - Pouvoirs *1091*
- Administration légale
  - Acquisition d'un immeuble *1377*
  - Aliénation de meubles *1402*
  - Bail sur un bien du mineur *1379*
  - Constitution de garanties *1396*
  - Droits réels *1386*
  - Emprunt *1395*
  - Fonds de commerce *1388*
  - Garantie *1395*
  - Gestion des fonds *1400*
  - Gestion locative *1379*
  - Instruments financiers *1391*
  - Mainlevée *1395 ; 1399*
  - Prêt *1395 ; 1398*
  - Renonciation à un droit et la transaction *1403*
  - Servitudes *1386*
  - Titres de société *1391*
  - Valeurs mobilières *1391*
- Assurance-vie
  - Acte d'administration *1111*
- Capacité du testateur *2487*
- Changement de régime matrimonial *2125*
- Contrat d'assurance-vie *1103*
- Donation simple sans charge
  - Acte d'administration *1121*
- Mandat à effet posthume
  - Intérêts *1075*
- Personne vulnérable
  - Droit *1007*
- Protection *1011*
- Société civile
  - Apport *1137*
  - Donation de parts sociales *1145*
  - Gouvernance *1152*
  - Passif social *1156*
  - Personnalité morale *1148*
  - Qualité d'associé *1136*
  - Représentation de l'associé mineur *1148*
  - Souscription au capital *1137*
  - Transmission de parts sociales par succession *1133 ; 1143*
- Succession
  - Protection *1422*
  - Représentation du mineur *1410 ; 1411*
- Tutelle
  - Changement de régime matrimonial *2152 ; 2153*
- Tuteur
  - Désignation *1452*
- Vulnérabilité *1013*

Mineur nu-propriétaire :
- Mineur héritier *1425*

Mineur sous administration légale :
- Changement de régime matrimonial *2125*

Mineur sous tutelle :
- Changement de régime matrimonial *2152*

Minute :
- Copie exécutoire *4206*

Mise en œuvre du mandat de protection future : *1194*

Missions du tuteur testamentaire :
- Personne de confiance *1033*

Modalités de désignation du tuteur :
- Personne de confiance *1020*

Modèle de clause de désignation d'un administrateur : *1096*

MONACO :
- Réserve héréditaire *2217*

Monuments historiques :
- Autorisation de travaux *3365*
- Expropriation *3351*
- Protection *3344*
- Transmission à titre gratuit *3381*

N

Normes à respecter :
- Vente d'immeuble *4339*

Notaire :
- Acte authentique
  - Concubinage *4115*
  - Couple *4116 ; 4120*
  - Divorce sans juge *4122*
  - Pacs *4116 ; 4118*
  - Séparation du couple *4120*
- Acte sous signature privée *4176*
- Activation du mandat de protection *1061*
- Administration légale *1340*
- Certificat médical *1592*
- Changement de régime matrimonial
  - Mineur *2130 ; 2134*
- Clause environnementale *4357*
- Collecte de l'impôt *4407*
- Compte de gestion *1514*
  - Majeur protégé *1503*
- Conseil économique *4060*
- Conseil juridique *4057*
- Consultation du casier judiciaire *4286*
- Contrôle de légalité *4021*
- Contrôle des comptes
  - Majeur protégé *1503 ; 1516*
- Déclaration d'insaisissabilité *3101*

- Déjudiciarisation *4032 ; 4034*
- Détection d'une vulnérabilité *1585*
- Devoir de conseil
  - Mission de service public *4022 ; 4051*
- Devoir de conseil en matière contractuelle *4044*
- Directives anticipées de fin de vie *1271*
- État des risques *4351 ; 4355*
- État hors formalité *4416*
- État sur formalités *4416*
- Fiducie *1275*
- Formalité d'enregistrement *4402*
- Forme du mandat de protection future pour autrui *1039*
- Immeuble à construire
  - Privilèges *4081*
  - Sûretés réelle *4082*
- Insécurité juridique *4399*
- Inventaire
  - Majeur *1499*
- Médecin *1595*
- Médiation conventionnelle *4042*
- Mesure de protection *1473 ; 1476*
- Mesure volontaire d'anticipation *1272*
- Mesures de protection
  - Rôle *1498*
- Obligation d'instrumenter *4025 ; 4026*
- Obligation précontractuelle d'information *4296*
- Obligations de contrôle des notaires
  - Copropriété *4283*
- Officier public
  - Titre exécutoire *4198*
- Optimisation fiscale *4389 ; 4393*
- Protection de l'acquéreur *4071*
- Régime fiscal de l'acte *4376*
- Règlement amiable *4043*
- Responsabilité *4037*
- Signature électronique *4172 ; 4175*
- Suivi de la condition suspensive de prêt *4240*
- Titre exécutoire *4182*
- Transferts de compétences *4038*
- Tutelle du mineur *1459*
- Vente forcée du logement
  - Consignation des frais *3048*
  - Consignation du prix *3046 ; 3048*
- Vulnérabilité de fait *1582*

Notariat :
- Force exécutoire *4184*

Notification :
- Délai de réflexion *4254 ; 4261*
- Délai de rétractation *4254 ; 4261*

Nue-propriété :
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*
- Protection des époux *2026*

Numérisation :
- Double *4155*
- Preuve par écrit *4143*

Nu-propriétaire :
- Option successorale *2280*

O

Objet du mandat de protection future :
- Capacité du mandant *1186*
- Conditions de forme *1177*

Obligation d'instrumenter :
- Contrôle de légalité *4025*

Obligation de contrôle des notaires :
- Copropriété *4283*

Obligation d'immatriculation des copropriétés : *4283*

Obligation illimitée au passif social :
- Société civile
  - Mineur *1156*

Obligation précontractuelle d'information :
- Vente d'immeuble *4288*

Obligations du mandataire :
- Mandat de protection future *1219*

Obligations du mandat :
- Mandat de protection future *1227*

Observatoire des loyers : *3175 ; 3198*

Obstacles à la mise en œuvre de l'assurance : *1291*

Obtention d'un prêt : *4238*

Offre de logements :
- Soutien *3263*

Optimisation fiscale :
- Abus de droit *4389 ; 4393 ; 4399*

Option dépendance :
- Assurance-vie *1299*

Option successorale : *2190*

Ordre des imputations : *2293*

Organisation du patrimoine du mineur :
- Mineur héritier *1430*

Origine de propriété :
- Contrôle de légalité *4030*

P

Pacs :
- Absence de protection *2164*

- Acte authentique *4116 ; 4118*
- Attribution du logement *2069 ; 2073*
- Attribution préférentielle du logement *2119*
- Changement de régime *2159*
- Convention modificative *2162*
- Dissolution *4119*
- Exploitant agricole
  - Logement des époux *2048*
- Protection du logement du survivant *2077*
- Séparation
  - Licitation *4383 ; 4385*
  - Partage *4383 ; 4385*
- Tutelle *1482*

Pacte adjoint :
- Don manuel *2345 ; 4110*

PAM : *1318*

Parent :
- Administration légale *1344*

Parent isolé :
- Administration légale *1345*

Parquet :
- Tutelle *1457*

Partage :
- Bien commun *4382*
- Mineur héritier *1427*
- Régime fiscal de l'acte *4383 ; 4385*

Partage amiable :
- Majeur en tutelle *1491*

Partage d'ascendants :
- Acte authentique *4112*

Partage du prix de vente :
- Régime fiscal de l'acte *4381*

Partage successoral :
- Régime fiscal de l'acte *4381*

Partage transactionnel :
- Acte soumis à autorisation judiciaire *1407*

Partenaire :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Parties :
- Contrôle de légalité *4027*
- Équilibre contractuel *4010*
- Signature électronique *4175*
- Volonté *4142*

Patrimoine personnel :
- Activité professionnelle *3095*
- Étanchéité des patrimoines *3100*

Patrimoine remarquable :
- Monuments historiques *3343 ; 3344*

PAYS DE GALLES :
- Réserve héréditaire *2217*

PAYS-BAS :
- Réserve héréditaire *2217*

Pérennité des garanties :
- Assurance-vie *1294*

Périmètre :
- Monuments historiques *3361*

Période suspecte :
- Action judiciaire
  - Abus de faiblesse *1562*
  - Conditions de l'action *1553*
  - Régime de l'action *1556*
  - Sanctions en droit pénal *1553 ; 1561*
- Mandat de protection future *1185*
- Personne vulnérable *1552*

Permis de construire :
- Changement de destination *3271*

Permis de démolir :
- Maintien dans les lieux du locataire *3265 ; 3267*

Permis de louer :
- Autorisation *3317*

PÉROU :
- Réserve héréditaire *2217*

Personnalité morale :
- Société civile
  - Mineur *1148*

Personne de confiance :
- Autorité parentale *1015*
- Désignation *1015*
- Désignation anticipée *1262*

Personne morale :
- Mandataire *1174*
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Personne physique de bonne foi de nationalité française :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Personne vulnérable :
- Protection
  - acteurs de la protection *1006*
  - Enjeux *1004 ; 1006 ; 1008*

Perte de qualité de présomptif héritier : *2477*

Plafonnement :
- Encadrement des loyers *3183 ; 3202*

- Loyer de renouvellement *3202*
- Travaux réalisés par le bailleur *3185*

Plan de sauvegarde et de mise en valeur :
- Sites patrimoniaux remarquables *3373*

Plan de valorisation de l'architecture et du patrimoine :
- Sites patrimoniaux remarquables *3373*

Plomb :
- Diagnostic technique *4318*

Plus-values apportées par le donataire : *2409*

Police administrative :
- Habitat indigne *3319*

Pollution :
- Clause environnementale *4357*
- Immeuble non bâti *4351*
- Secteur d'information sur les sols *4356*

PORTUGAL :
- Réserve héréditaire *2217*

Pouvoir relatif à la protection de la personne :
- Mandat de protection future *1214*

Pouvoirs du mandataire :
- Mandat de protection future *1203*

Pouvoirs de l'administrateur légal : *1343*

Pouvoirs définis :
- Mandat de protection future *1207*

Pouvoirs discutés :
- Mandat de protection future *1209*

Pouvoirs du mandataire protection future pour autrui :
- Modification du mandat *1054*
- Rédaction du mandat *1052 ; 1053*

Pouvoirs relatifs à la gestion des biens :
- Mandat de protection future *1205*

Prédécès d'un enfant :
- Droit d'opposition
    - Mineur sous administration légale *2141*

Préfet :
- Habitat indigne *3320*

Premier contrat de location :
- Bail d'habitation *3167*

Prescription :
- Action fondée sur la période suspecte *1557*

Prescription abrégée :
- Donation-partage *2467*

Présent d'usage : *2311*

Président d'EPCI :
- Habitat indigne *3321*

Présomption de déguisement : *2349*

Prêt :
- Mineur *1395 ; 1398*
- Notion d'obtention *4238*
- Procuration à un acte authentique de prêt *4211*
- Renoncement à la condition suspensive *4241*
- Suivi de la condition suspensive *4240*

Prêt avance mutation : *1318*

Prêt immobilier :
- Protection du logement du propriétaire *3028*

Prêt viager hypothécaire :
- Avenir *1320*
- Critiques *1318*
- Définition *1313*
- Financement de la dépendance *1312*
- Prêt avance mutation *1318*

Preuve :
- Acte authentique *4126*
- Admissibilité de la preuve des actes juridiques *4136*
- Autre qu'écrite *4144*
- Aveu *4144*
- Caractères spéciaux *4156*
- Commencement de preuve *4145*
- DIP *4135*
- Dispense d'écrit *4146*
- Écrit *4130*
- Mention manuscrite *4156*
- Notions *4131*
- Nouvelles technologies *4147*
- Principe de la preuve par écrit *4137*
- Protection du majeur
  - Insanité d'esprit *1547 ; 1550*
- Serment décisoire *4144*
- Titre exécutoire *4130 ; 4200*

Preuve par écrit :
- Acte instrumentaire *4142*
- Caractéristiques *4150*
- Contrat *4137*
- Définition *4149 ; 4150*
- Électronique et papier *4158*
- Nouvelle définition de l'écrit *4154*
- Numérisation *4143*
- Signature *4161*
- Tiers *4140*

Prévoyance :
- Assurance vie *1102*

Principe de subsidiarité :
- Mandat de protection future *1186*

Privilèges :
- VEFA *4081*

Procédure :
- Saisie immobilière *3034*

Procédure collective :
- Protection du logement du propriétaire *3007*
- Protection du logement des époux *2026*

Procédure d'alerte :
- Changement de régime matrimonial
  - Mineur *2130 ; 2134*

Procédure de surendettement :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Procès-verbal de conciliation exécutoire : *3246 ; 3250*

Proche :
- Définition *2001*
- Fondements de la dévolution légale *2172*
- Personnes concernées par la protection *2169 ; 2171*
- Protection *2166*

Proches :
- Protection de la famille *2232 ; 2235*
- Réserve héréditaire *2235*

Procuration à un acte authentique de prêt :
- Copie exécutoire *4211*

Professionnel libéral :
- Protection du logement du propriétaire *3007*

Promesse de vente :
- Juge des tutelles
  - Avant-contrat *1376*
- Obligation d'information
  - Copropriété *4265*

Prorogation du bail d'habitation : *3163*

Protection :
- Définition *2002*
- Habilitation familiale *1010*
- Mandat à effet posthume
  - Intérêts *1075*
- Mandat de protection future *1010*
- Mutuelle *2011*
- Réciproque *2011*
- Testament *2478*

Protection des biens :
- Majeur *1483*

Protection de la famille :
- Réserve héréditaire *2232*

Protection de la personne :
- Abus de confiance *1579*

- Acte authentique *4008*
- Assurance-vie *1210*
- Escroquerie *1580*
- Extorsion *1581*
- Majeur *1479*
- Mandat de protection future pour autrui *1037*
- Transmission *1276*

Protection de la preuve des actes juridiques :
- Authenticité *4126*

Protection de l'acquéreur :
- Copropriété *4264 ; 4275*
- Lot de copropriété *4264 ; 4275*
- Vente immobilière *4228*

Protection de l'associé :
- Donation *2339*

Protection de l'habitat : *3262*

Protection des créanciers :
- Donation *2337*

Protection des descendants :
- Calcul de la réserve *2275*

Protection des époux :
- Acte de disposition *2025*
- Activité professionnelle *2024*
- Bail *2036*
- Bail d'habitation *2022*
- Cotitularité du bail *2037*
- Droit personnel *2022*
- Droit réel *2021*
- Logement
  - Durée *2027*
- Logement en SCI *2027*
- Logement loué *2035*
- Meuble meublant *2023*
- Nue-propriété *2026*
- Procédure collective *2020 ; 2026*

Protection des personnes vulnérables. :
- Enjeux *1009*

Protection des proches :
- Donation-partage
  - proches à protéger *2410 ; 2416*
- Rapport des libéralités *2178*
- Réserve héréditaire *2166 ; 2200*

Protection des tiers :
- Donation *2334*

Protection du conjoint :
- Calcul de la réserve *2275*
- Donation *2335*

Protection du consentement :
- Acte authentique *4008*
- Immeuble à construire *4080*

Protection du couple :
- Acte authentique *4088*

Protection du créancier :
- Force obligatoire du contrat *4178*
- Titre exécutoire *4179*

Protection du locataire :
- Changement d'usage *3274*
- Contestation du loyer *3177 ; 3191*
- Encadrement des loyers *3166*
- Fixation du loyer *3167*
- Observatoire des loyers *3175 ; 3198*
- Permis de démolir *3267*
- Relocation *3179*
- Révision du loyer *3213*
- Surendettement *3220*
- Suspension des mesures d'expulsion *3228*

Protection du logement :
- Aliénation du bien *3075*
- Conjoint *2077*
- Couple
  - Durée *2015 ; 2027*
- Décès *2075*
- Fin de l'insaisissabilité *3074 ; 3080*
- Fin de vie de couple *2060*
- Insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel
  - Affectation à l'habitation principale *3061*
  - Conditions *3057*
  - Droit sur un immeuble *3058*
  - Limites de l'insaisissabilité *3064*
- Meubles *2017*
- Notion d'immeuble protégé *3070*
- Pacs *2077*
- Pouvoirs de l'entrepreneur *3071*
- Propriété du couple *2018*
- Succession *2075*

Protection du logement du locataire : *3110*

Protection du majeur :
- Insanité d'esprit
  - Action en nullité *1542*
- Trouble cognitif *1468 ; 1538*

Protection du mineur héritier : *1422*

Protection du patrimoine historique : *3343*

Protection mutuelle :
- Définition *2011*

Protection réciproque :
- Définition *2011*

Protocole d'accord entre le bailleur et l'occupant :
- Expulsion *3255*

PSMV :
- Plan de sauvegarde et de mise en valeur *3373*

Publicité :
- Changement de régime de pacs *2162*
- Déclaration d'insaisissabilité *3108*
- Déclenchement du mandat de protection future *1201*
- Mandat de protection future *1190*
- Monuments historiques *3348*
- Surendettement *3015*
- Vente immobilière *4225*

Publicité foncière :
- Acte instrumentaire *4412*
- Effet relatif *4414*
- État hors formalité *4416*
- État sur formalités *4416*
- Formalité *4410 ; 4412*
- Modernisation *4373 ; 4430*

Purge :
- Délai de rétractation *4253*

PVAP :
- Plan de valorisation de l'architecture et du patrimoine *3373*

PVH : *1312*

Q

Qualité d'associé d'un mineur : *1136*

Quantum :
- Réserve héréditaire *2253*

Quotient de la réserve :
- Calcul de la réserve *2274*

Quotité disponible :
- Actif net *2462*
- Calcul de la réserve *2274*
- Donation-partage *2462*
- Entre époux *2279*
- Libéralités *2292*
- Réduction de la réserve héréditaire *2227 ; 2462*

R

RAAR :
- Renonciation anticipée à l'action en réduction *2390*

Radiation des inscriptions :
- Vente forcée du logement *3048*

Radon : *4327*

Rapport des libéralités :
- Débiteur *2181*
- Donation-partage *2458*
- Modalités *2183*
- Parties concernées *2181*
- Protection des proches *2178*
- Renonciation *2187*

Ravalement de façade : *3379*

Réalisation d'apports :
- Mineur *1137*

Recouvrement des créances locatives : *3226*

Redevable de la TVA :
- Vente d'immeuble *4386*

Réduction :
- Donation-partage *2461*

Registre :
- Mandat de protection future *1192*

Règlement amiable :
- Notaire *4043*

Règlement européen eIDAS :
- Signature électronique *4170*

Réglementation de construction : *3264*

Réglementation d'urbanisme : *3264*

Règles de protection :
- Majeur *1478*

Remise en main propre de l'avant-contrat : *4255*

Remploi du prix de vente :
- Entrepreneur individuel *3077*

Renoncement à la condition suspensive : *4241*

Renonciation :
- Clause de rapport *2377*
- Droit de repentir *2192*
- Rapport des libéralités *2187*

Renonciation à la déclaration :
- Insaisissabilité de la résidence principale *3078*

Renonciation à un droit :
- Mineur *1403*

Renonciation anticipée à l'action en réduction :
- Donataires *2223 ; 2390*

Renseignement :
- Publicité foncière *4416*

Représentation de l'associé mineur :
- Société civile *1148*

Représentation du mineur héritier : *1411*

RÉPUBLIQUE TCHÈQUE :
- Réserve héréditaire *2217*

Requalification des copropriétés dégradées : *3342*

Réquisition :
- Demandes de renseignements
  - Publicité foncière *4416*

Rescrit :
- Abus de droit *4401*

Réservataire : *2255*

Réserve d'usufruit : *2371*
- Donation *2327*

Réserve héréditaire :
- Action en réduction *2296*
- Avenir *2250*
- Calcul de la réserve *2259*
- Clause d'exclusion *1083*
- Clause d'imputation *2375*
- Contestation *2242*
- Critiques *2243*
- Définition *2203*
- DIP *2216*
- Donation *2266*
- Donation-partage *2469*
- Égalité *2241*
- Fondements *2231*
- Histoire
  - Code civil de 1804 *2213*
  - Coutume *2209*
  - Droit canon *2210*
  - Droit intermédiaire *2211*
  - Droit romain *2206*
  - Évolutions législatives *2205 ; 2214*
- Libéralités *2267*
- Objection philanthropique *2248*
- Objections conceptuelles *2244*
- Objections économiques *2246*
- Ordre des imputations *2293*
- Protection de la famille *2232*
- Protection de l'ordre public successoral *2219*
- Protection des proches *2166 ; 2200*
- Renonciation *2291*
- Renonciation anticipée à l'action en réduction *2200 ; 2223*

Résidence principale :
- Location saisonnière *3283*
- Notion *3116*
- Propriétaire *3004*
- Protection *3001*

Résidence principale de l'entrepreneur individuel :
- Insaisissabilité *2034*

Résidence secondaire :
- Déclaration en mairie *3284*
- Location saisonnière *3284*

Résiliation de plein droit :
- Bail *3234*

Résiliation judiciaire :
- Bail *3237*

Responsabilité :
- Notaire *4037*
  - Procédure d'alerte *2139*
- Vulnérabilité de fait *1603*

Rétablissement personnel avec liquidation :
- Vente forcée du logement *3030*

Retranchement :
- Avantages matrimoniaux *2112*

Réunion fictive :
- Avantages matrimoniaux *2268*

Réunion fictive des donations :
- Calcul de la réserve *2266*

Réversibilité : *3305*

Réversion d'usufruit : *2372*
- Ascendant *2372*

ROUMANIE :
- Réserve héréditaire *2217*

RUSSIE :
- Réserve héréditaire *2217*

S

Saisie immobilière :
- Procédure *3034*
- Protection du logement du propriétaire *3011*

Sanction pénale :
- Logement décent *3143*

Sanctions administrative :
- Bail d'habitation *3178*

Sanctions pénales :
- Habitat indigne *3326 ; 3328*

Sauvegarde de justice :
- Changement de régime matrimonial *2155*

Sceau :
- Copie exécutoire *4210*

SCI :
- Délai de réflexion *4252*
- Délai de rétractation *4252*
- Protection des époux *2027*

Secteur d'information sur les sols : *4356*

Secteur protégé :
- Contrat *4083*

Secteur sauvegardé :
- Sites patrimoniaux remarquables *3370*

Sécurité :
- Obligation d'instrumenter *4025 ; 4026*

Sécurité contractuelle :
- Acte authentique *4009*

Sécurité juridique :
- Publicité foncière *4424*

Séparation :
- Protection du logement *2061*

Séparation de corps :
- Protection du logement *2062*

Séparation des parents :
- Vulnérabilité *1431*

Séparation du couple :
- Acte authentique *4120*
- Consentement mutuel *4122*

Serment décisoire :
- Preuve *4144*

Service public du droit :
- Notaire *4052*

Servitude :
- Contrôle de légalité *4031*

Servitude d'utilité publique :
- Sites patrimoniaux remarquables *3371*

Servitudes :
- Mineur *1386*

Signature :
- Consentement *4163*
- Définition *4162*
- Fiabilité *4166 ; 4169*
- Fonction *4161 ; 4163*

Signature électronique :
- Acte authentique *4171*
- Acte sous signature privée *4176*

- Agence nationale de sécurité des systèmes d'information *4174*
- Certificat *4176*
- Fiabilité *4166 ; 4169*
- Modalités techniques *4168*
- Recevabilité *4167*
- Règlement européen eIDAS *4170*
- Signature du notaire *4172*

Signe intelligible :
- Écrit *4152*

Simplification des règles de construction : *3306*

SIS :
- Secteur d'information sur les sols *4356*

Sites patrimoniaux remarquables :
- Aire de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine *3370*
- Architecte des Bâtiments de France *3375*
- Plan de sauvegarde et de mise en valeur *3373*
- Plan de valorisation de l'architecture et du patrimoine *3373*
- Protection *3370*
- Secteur sauvegardé *3370*
- Servitude d'utilité publique *3371*
- Travaux *3374*
- Zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager *3370*

SLOVAQUIE :
- Réserve héréditaire *2217*

Société ayant son siège à l'étranger :
- Protection à l'encontre des créanciers *3092*

Société civile :
- Mineur
  - Apport *1137*
  - Gouvernance *1152*
  - Passif social *1156*
  - Personnalité morale *1148*
  - Qualité d'associé *1136*
  - Représentation de l'associé mineur *1148*
  - Souscription au capital *1133 ; 1137*
- Protection à l'encontre des créanciers *3090*

Société commerciale :
- Protection à l'encontre des créanciers *3091*

Sol :
- Clause environnementale *4357*
- État des risques *4327 ; 4351*
- Information vente d'immeuble *4351*
- Secteur d'information sur les sols *4356*

Souscription au capital :
- Mineur *1137*

Souscription de parts :
- Attribution en jouissance ou en propriété
  - Délai de réflexion *4245*
  - Délai de rétractation *4245*

Sous-évaluation manifeste du dernier loyer : *3188*

Sous-location :
- Location saisonnière *3288*

Sous-sol :
- Assainissement non collectif *4360*
- Clause environnementale *4357*
- État des risques *4327*
- Information vente d'immeuble *4351*
- Pollution *4351*
- Secteur d'information sur les sols *4356*

SPR :
- Sites patrimoniaux remarquables *3370*

Statut du bien :
- Contrôle de légalité *4030*

Stipulation expresse :
- Résiliation de plein droit *3234*

Subrogation :
- Droit de retour conventionnel *2353 ; 2357*

Succession :
- Acceptation *2189*
- Attribution préférentielle du logement *2117*
- Avantages matrimoniaux *2113*
- Calcul de la réserve *2259*
- Clause commerciale *2103 ; 2116*
- Clause de prélèvement moyennant indemnité *2103*
- Donation-partage *2456*
- Droit de repentir *2192*
- Majeur en tutelle *1492*
- Mandat à effet posthume
  - Intérêts *1064 ; 1074*
- Mineur
  - Représentation du mineur *1410 ; 1411*
- Option successorale *2195*
- Protection de l'ordre public successoral *2219*
- Protection des proches *2166*
- Protection du logement du survivant *2075*
- Renonciation anticipée à l'action en réduction *2223*

Succession anomale : *2262*

Succession dévolue à un mineur :
- Représentation du mineur *1410 ; 1411*

SUISSE :
- Réserve héréditaire *2217*

Surélévation de bâtiments existants : *3302*

Surendettement :
- Expulsion *3012*
- Protection du locataire *3220*
- Publicité *3015*

Sûretés réelle :
- VEFA *4082*

Suspension des mesures d'exécution :
- Commission de surendettement *3009*

Suspension des mesures d'expulsion :
- Commission de surendettement *3012*
- Loyer impayé *3228*

T

Témoin à l'acte :
- Signature électronique *4175*

Tempérament :
- Bail d'habitation *3170*

Termite : *4323*

Terrain à bâtir :
- Délai de réflexion *4250*
- Délai de rétractation *4250*

Terrain nu :
- Bornage *4340*
- Contenance *4340*
- Mesure *4340*

Testament :
- Abus de confiance *2570*
- Acte notarié *2502*
- Exécuteur testamentaire
  - Conditions de la mission *2578*
  - Contrôle *2569*
  - Définition de l'exécution testamentaire *2563*
  - Dernières volontés *2574*
  - Durée de la mission *2568*
  - Encadrement de la mission *2567*
  - Histoire *2564*
  - Mise en œuvre *2566*
  - Mission conservatoire *2579*
  - Mission morale *2575*
  - Nature juridique *2565*
  - Nomination *2566*
  - Pouvoirs *2572*
  - Propriété littéraire et artistique *2576*
  - Protection du testament *2574*
  - Responsabilité de l'exécuteur testamentaire *2562 ; 2570*
- Formes illicites *2522*
- Formes licites *2521*

- Insanité d'esprit *2497*
- International *2518*
- Interprétation *2552*
- Legs *2532*
- Majeur protégé *2492 ; 2496*
- Majeur sous curatelle *2496*
- Majeur sous sauvegarde de justice *2496*
- Majeur sous tutelle *2493*
- Mineur *2487*
- Mystique *2514*
- Obscur *2552*
- Olographe *2509*
- Personne vulnérable *1553*
- Protection du testateur *2485*
- Validité du testament *2479 ; 2484*

Testament-partage :
- Effets *2542*
- Limites *2544*
- Notion *2538*

Testateur :
- Capacité du testateur
  - Majeur protégé *2492*
  - Mineur *2486 ; 2487 ; 2492 ; 2496*

Tiers :
- Preuve par écrit *4140*
- Protection à l'encontre des créanciers *3086*

Titre exécutoire :
- Bail *3247*
- Contrôle de légalité *4199*
- Expulsion *3244*
- Force probante *4200*
- Formalisme *4201*
- Intervention d'une autorité *4194*
- Libellé de la formule exécutoire *4196*
- Officier public *4198*
- Protection du créancier *4179*

Titres de société :
- Mineur *1391*

Titulaire du droit de désignation :
- Tuteur *1017*

Transaction :
- Mineur *1403*

Transfert du bail :
- Protection du logement des époux *2046*

Transferts de compétences :
- Matière gracieuse *4038*

Transformation de bureaux en logements : *3301*

Transmission :
- Protection de la personne *1276*
- Protection des proches *2165*

Transmission à titre gratuit des monuments historiques : *3381*

Transmission de parts sociales par succession :
- Mineur *1143*

Transmission d'un patrimoine au mineur :
- Intérêt pratique *1099*

Travaux :
- Exécution d'office
  - Monuments historiques *3350*
- Immeuble inscrit *3357*
- Sites patrimoniaux remarquables *3374*

Travaux d'amélioration :
- Révision du loyer *3215*

Travaux réalisés par le bailleur : *3185*
- Montant *3187*
- Nature *3185*

Trêve hivernale :
- Expulsion *3256*

Trouble cognitif :
- Contrôle de légalité *4028*
- Protection du majeur *1538*

Tutelle :
- Actif net
  - Acceptation *1126*
- Changement de régime matrimonial
  - Mineur *2127 ; 2150*
- Divorce *1481*
- Majeur *1477*
- Mineur *1449*
- Pacse *1482*
- Parquet *1457*
- Partage *1429*
- Succession
  - Représentation du mineur *1411*

Tutelle du mineur :
- Notaire *1459*

Tutelle testamentaire :
- Bénéficiaire du mandat de protection future pour autrui *1051*

Tuteur :
- Acte d'administration *1461 ; 1484*
- Acte de conservation *1461 ; 1486*
- Acte soumis à autorisation judiciaire *1488*
- Actes interdits *1209*
- Choix du tuteur *1025*
- Conseil de famille *1454*

- Désignation
  - Acte authentique *1257*
- Désignation anticipée *1256*
- Effets de la désignation du tuteur testamentaire *1029*
- Juge des tutelles *1455*
- Mission *1452*
- Missions du tuteur testamentaire *1033*
- Modalités de désignation du tuteur
  - Liberté parentale *1033*
  - Testament *1020 ; 1035*
- Vivant à l'étranger *1016 ; 1028*

TVA immobilière :
- Régime fiscal de l'acte *4386*

U

Urbanisme :
- Abord *3361*
- Changement de destination *3268*
- Règlementation *3264*

URUGUAY :
- Réserve héréditaire *2217*

Usufruit :
- Protection à l'encontre des créanciers *3087*
- Réserve d'usufruit *2371*
- Réversion d'usufruit *2372*

V

Valeurs mobilières :
- Mineur *1391*

VEFA :
- Assurances construction *4078*
- Clause de mandat *4075*
- Délai de réflexion *4245*
- Délai de rétractation *4245*
- Garantie financière *4079*
- Modification du promoteur *4077*
- Notion d'imprévision *4305*
- Paiement échelonné *4076*
- Privilèges *4081*
- Protection de l'acquéreur *4068*
- Secteur protégé *4083*
- Sûretés réelle *4082*

Vente :
- Dispositions indépendantes *4379*

Vente contre soins :
- Financement de la dépendance *1309*

Vente en viager :
- Financement de la dépendance
  - Libération anticipée *1306*
  - Majoration de la rente *1306*
  - Occupé *1304*
  - Prix du viager *1306*
  - Régime juridique *1304 ; 1305*

Vente à exécution successive :
- Notion d'imprévision *4305*

Vente à terme :
- Notion d'imprévision *4305*

Vente amiable du bien saisi sur autorisation judiciaire : *3044*

Vente d'un immeuble par un mineur :
- Administration légale *1374*

Vente de fonds de commerce :
- Acte soumis à autorisation judiciaire *1396*

Vente d'immeuble :
- Acte soumis à autorisation judiciaire *1396*
- Amiante *4321*
- Assainissement non collectif *4360*
- Bornage *4340*
- Constat des risques d'exposition au plomb *4318*
- Contenance *4340*
- Copropriété *4322*
- Délai de réflexion *4244*
- Délai de rétractation *4243*
- Diagnostic de performance énergétique *4332*
- Diagnostic technique global *4336*
- État du sol et du sous-sol *4351*
- État général *4317*
- Évacuation des eaux de pluie. *4369*
- Force majeure *4301*
- Information du vendeur *4288*
- Insectes xylophages *4326*
- Légionelle *4331*
- Lésion *4301*
- Mérule *4328*
- Mesure *4340*
- Normes à respecter *4339*
- Notion d'imprévision *4304*
- Plomb *4318*
- Radon *4327*
- Termite *4323*
- TVA immobilière *4386*
- Zone à risque *4329*

Vente d'immeuble à construire :
- Délai de réflexion *4245*
- Délai de rétractation *4245*

Vente du logement :
- Financement de la dépendance
  - Réserve du droit d'usage *1303*

Vente en bloc :
- Droits des locataires *3164*

Vente en bloc de la totalité des lots :
- Mesure *4346*

Vente en blocs d'un ensemble de lots :
- Mesure *4345*

Vente forcée du logement :
- Effacement des dettes *3029*
- Radiation des inscriptions *3048*
- Rétablissement personnel avec liquidation *3030*
- Saisie immobilière *3034*
- Vente amiable *3034*

Vente immobilière :
- Formalisme d'information *4225*
- Loi Scrivener *4228*
- Protection de l'acquéreur *4227*

Vente par lots :
- Droits des locataires *3164*

Vérifications opérées par le notaire :
- Contrôle de légalité *4026*

Viager :
- Abus de droit *1306*
- Contrat d'assurance de capital différé *1299*
- Contrat de prévoyance
  - Enfants protégés *1108*
- Label GAD *1287*
- Libération anticipée *1306*
- Majoration de la rente *1306*
- Notion d'imprévision *4305*
- Occupé *1304*
- Présomption de déguisement *2349*
- Prêt viager hypothécaire *1312*
- Prix du viager *1306*
- Protection du logement
  - Imputation des droits d'habitation *2100*
  - Mise en œuvre *2087*
  - Portée du droit *2086 ; 2095*
- Régime juridique *1305*
- Vulnérabilité *1304*

Violence :
- Donation *2331*

Volonté des parties :
- Preuve par écrit *4142*

Vulnérabilité :
- Anticipation *1276*

- Anticipation de la vulnérabilité *1013*
- Constitution de revenus à titre onéreux *1279*
- Incapables
  - Doctrine *1002*
- Majeur *1467*
  - Anticipation *1163*
- Traitement *1332*

Vulnérabilité des mineurs :
- Anticipation *1013*
- Traitement
  - Administration légale *1334*
  - Administration légale et pratique notariale *1340*
  - Autorité parentale *1332 ; 1333*

Z

Zone à risque : *4329*

Zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager :
- Sites patrimoniaux remarquables *3370*

Zone tendue :
- Action en diminution de loyer par le locataire *3210*
- Action en réévaluation de loyer par le bailleur *3211*

ZPPAUP :
- Zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager *3370*

Le rapport du Congrès des notaires a été imprimé à 9400 exemplaires. Ce qui représente 10500 kg de papiers pour l'impression de la couverture et des pages intérieures. Nous avons choisi pour les deux composants de cet ouvrage, couverture et pages intérieures, des papiers fabriqués à partir de bois en provenance de forêts gérées durablement et labellisés 100% PEFC. La certification PEFC nous assure, d'une part, du respect des fonctions environnementales, sociétales et économiques des forêts dont sont issus les bois entrant dans la fabrication de ces papiers, et d'autre part, nous garantit la traçabilité des bois au sein des entreprises qui les transforment. Le rapport est également disponible en plusieurs versions numériques. Pour plus d'information, vous référer à notre site https://www.congresdesnotaires.fr.

PEFC 10-31-2541 Certifié PEFC pefc-france.org

IMPRIM'VERT

Conception et réalisation par l'Association Congrès Notaires de France
35, rue du Général Foy – 75008 Paris

Achevé d'imprimer par Normandie Roto Impression s.a.s. – 61250 Lonrai
Dépôt légal avril 2020 – N° d'impression : 2000797

Imprimé en France sur du papier français ECF

BON DE COMMANDE

À compléter et à adresser : Association Congrès Notaires de France – 35, rue du Général Foy – 75008 Paris

Nom/Prénom : .....

Adresse : .....

Code postal / Ville / .....

Tél/ eMail : .....

Je commande l'ouvrage :

93 €	**93 €**	**93 €**	**90 €**	**90 €**	**85 €**	**85 €**
Protéger Les vulnérables • Les proches • Le logement • Les droits	L'International Qualifier • Rattacher • Authentifier	Demain le territoire	Le notaire au cœur des mutations de la société	La propriété immobilière entre liberté et contraintes	La sécurité juridique un défi authentique	Vie professionnelle et famille place au contrat
..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)

.....exemplaire(s) au prix de ..... TTC + 8,95 € TTC de frais de port par exemplaire = ...€ TTC

☐ Je joins mon règlement, un chèque du montant à l'ordre de : Association Congrès Notaires de France

☐ Je règle à réception de facture

Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification des données à caractère personnel vous concernant et faisant l'objet de traitements sous la responsabilité du RSI.

BON DE COMMANDE

À compléter et à adresser : Association Congrès Notaires de France – 35, rue du Général Foy – 75008 Paris

Nom/Prénom : .....

Adresse : .....

Code postal / Ville / .....

Tél/ eMail : .....

Je commande l'ouvrage :

93 € — Protéger
Les vulnérables • Les proches • Le logement • Les droits
..... exemplaire(s)

93 € — L'International
Qualifier • Rattacher • Authentifier
..... exemplaire(s)

93 € — Demain le territoire
..... exemplaire(s)

90 € — Le notaire au cœur des mutations de la société
..... exemplaire(s)

90 € — La propriété immobilière entre liberté et contraintes
..... exemplaire(s)

85 € — La sécurité juridique un défi authentique
..... exemplaire(s)

85 € — Vie professionnelle et famille place au contrat
..... exemplaire(s)

.....exemplaire(s) au prix de ..... TTC + 8,95 € TTC de frais de port par exemplaire = ...€ TTC

☐ Je joins mon règlement, un chèque du montant à l'ordre de : Association Congrès Notaires de France

☐ Je règle à réception de facture

Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification des données à caractère personnel vous concernant et faisant l'objet de traitements sous la responsabilité du RSI.

Depuis 60 ans au service du notariat

Lsn·Assurances

Groupe Burrus

Conseil et courtage

www.lsngroupe.com

Société de Courtage d'Assurances - Siège social 1-3, rue des Italiens 75341 Cedex 09 - Tel : 01 53 20 50 50 - N° ORIAS 07 000 473.

VB361701
9 782711 034031

93 € TTC