

CONTRATS

1161

Sommaire

1. La conclusion et la formation des actes juridiques..... 1 à 17

A. - La naissance des obligations civiles.....1 à 4

B. - Droits de préemption et droit de préférence.....5 à 9

C. - Capacités et pouvoirs.....10 et 11

D. - L’objet et le contenu 12 à 17

2. Transfert de propriété et transfert des risques18

Actes courants et techniques contractuelles (partie 1)

Sous la coordination scientifique de
Mustapha Mekki, professeur à l’École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Panthéon Sorbonne, directeur général de l’Institut national des formations notariales (INFN)

Fabrice Collard, notaire associé à Paris, Auteuil Notaires
Philippe Pierre, professeur à l’université de Rennes, directeur du Diplôme d’études supérieures de notariat (DESN)
Benjamin Travery, notaire à Marcigny

La particularité du notaire est d’aborder le dossier de manière « globale et transversale ». La jurisprudence de la période écoulée (janvier 2024 - septembre 2025) confirme la nécessité de croiser les savoirs dans des dossiers mêlant droit des sociétés, droit des contrats, droit de la consommation, droit de l’urbanisme, droit immobilier... Les multiples arrêts révèlent surtout l’importance, dans le quotidien des actes courants, des notions fondamentales du droit commun des contrats.

1. La conclusion et la formation des actes juridiques

A. - La naissance des obligations civiles

1 - La preuve du manquement à l’obligation d’information. – L’obligation précontractuelle d’information consacrée par l’article 1112-1 du Code civil fait désormais l’objet d’une clause de style au sein des actes instrumentés par les notaires ou auxquels ils prêtent leur concours. Rédigée en trois temps, cette clause rappelle aux parties son existence et son contenu, formalise les déclarations de chacune des parties et, enfin, s’achève en obtenant de ces dernières qu’elles confirment avoir communiqué

toutes les informations déterminantes au cocontractant.

Cette disposition comporte *a priori* trois conditions formelles. L’information doit être connue du contractant. L’information doit être déterminante pour le consentement de l’autre partie. Elle doit être légitimement ignorée du cocontractant.

Très tôt, les commentateurs de cette disposition issue de l’ordonnance du 10 février 2016 se sont interrogés sur ce qu’il fallait entendre par « *information déterminante* » (M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations : l’obligation précontractuelle d’information* : JCP N 2016, n° 43-44, act. 1155). L’alinéa 3 donnait un indice précieux : « *Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des par-*

ties ». Cet alinéa est inspiré de l'article 1110 de l'avant-projet Catala. Le « contenu » renvoie aux articles 1162 et suivants du Code civil. Sur le plan probatoire en effet, certaines informations sont objectivement déterminantes par le lien qu'elles entretiennent avec le contenu du contrat ou la qualité des parties (G. Chanterie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil : Dalloz*, 3^e éd., 2024, n° 183, p. 188 s.). Une forme de présomption de caractère déterminant peut leur être attribuée. Bien entendu, d'autres informations peuvent devenir subjectivement déterminantes par la volonté des parties, cela s'exprimant le plus souvent par des clauses expresses et non équivoques.

D'une manière générale, tout ce qui se rapporte aux caractéristiques de la chose doit être considéré comme étant objectivement déterminant. Il peut s'agir de caractéristiques juridiques du bien (existence d'une charge réelle, d'un droit personnel limitant les prérogatives du propriétaire, d'une procédure judiciaire en cours, d'une contrainte juridique telle qu'un permis de construire ou une autorisation administrative...). Il peut également s'agir de caractéristiques matérielles : usage du bien (seuil de pollution trop important, contrariété avec un POS/PLU, absence de raccordement à un réseau d'assainissement collectif, projet de construction à proximité d'une route ou d'un établissement de stockage des déchets...) ou risque auquel le bien est exposé (menaçant ruine, dangereux, humide, exposé à un risque naturel ou technologique...). Cependant, il faut ajouter à cet ensemble toute clause qui rendrait essentiels les objectifs personnels, financiers, économiques ou fiscaux poursuivis au moyen du contrat ainsi conclu.

2 - Ce schéma est aujourd'hui bouleversé par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 mai 2025 (*Cass. com.*, 14 mai 2025, n° 23-17.948, FS-B : JCP G 2025, act. 884, Ch. Lachière ; Dr. sociétés 2025, comm. 80, R. Mortier ; JCP N 2025, n° 38, 1159, B. Jost ; JCP G 2025, doctr. 801, obs. Y.-M. Serinet ; RTD civ., 2025, p. 316, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal., 9 sept. 2025, n° 28, p. 1, obs. D. Houtcieff) qui adopte une autre lecture de l'article 1112-1 du Code civil, certes pertinente, mais conforme ni à la lettre ni à l'esprit de cette disposition.

En l'espèce, une cession est réalisée ayant pour objet des parts d'une société exploitant dans un local loué un fonds de commerce de « restauration rapide ». Après la cession, le cessionnaire découvre que le règlement de copropriété et les copropriétaires interdisent toute installation d'un système d'extraction de fumée ou de ventilation nécessaire pour l'évacuation des fumées de fritures. Le cessionnaire en son nom et la société qu'il représente agissent contre le cédant pour dissimulation intentionnelle de cette information au fondement de l'article 1112-1 du Code civil. Ils sont déboutés par les juges du fond qui ont considéré qu'ils ne prouvaient pas que l'impossibilité de faire de la friture était une condition déterminante de leur consentement. Le pourvoi formé contre cette décision, qui soutenait notamment que la « friture » était en lien direct avec le contenu du contrat, est également rejeté aux motifs que « le devoir d'information pré-contractuelle ne porte que sur les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, et dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie ». La Cour de cassation ne cantonne pas l'alinéa 3 à une fonction probatoire éclairant le caractère déterminant de l'alinéa 1^{er} mais y découvre une quatrième condition autonome.

La solution est manifestement contraire à la lettre et à l'esprit du texte. L'alinéa 3 est un complément de la condition déterminante et les travaux préparatoires n'avaient imposé que trois conditions. On peut cependant comprendre la logique : ce qui a un lien nécessaire avec le contenu ou l'activité d'une partie n'est pas nécessairement déterminant. À l'instar du défaut d'une qualité matérielle d'une chose (plaqué or au lieu d'un bijou en or, argenté au lieu d'être en argent, mais ayant appartenu à une personne célèbre, seule qualité qui a déterminé l'acquisition), cette absence peut ne pas constituer une erreur déterminante. En l'espèce, il est vrai que la restauration rapide ne se limite pas à de la cuisine avec fritures et d'autres formes de restauration rapide ont peut-être déterminé l'engagement de l'acquéreur.

Quoi qu'il en soit, la motivation est dangereuse et paraissait en l'espèce inutile. Dangereuse, car le juge s'oppose clairement au texte, dans son corps comme dans son esprit. A-t-il la légitimité d'ajouter comme il le fait à un texte de loi très clair ? Inutile car, si le but était de « punir » celui qui n'a pas été diligent en ne se procurant

pas une information facilement accessible, il suffisait d'actionner la condition d'ignorance légitime qui figure au sein même de la disposition litigieuse.

CONSEIL PRATIQUE

➔ Puisque le caractère déterminant du consentement ne relève pas seulement d'une appréciation objective et puisque ses contours peuvent varier selon les circonstances, il est conseillé, spécialement lorsque les intérêts financiers en jeu sont importants, de rédiger avec précaution des clauses de déclaration, de révélation ou de constatation. Dis-moi ce que tu veux, je te dirai ce que je sais !

MUSTAPHA MEKKI

3 - L'articulation du droit commun et du droit spécial des obligations d'information. – Beaucoup de rédacteurs professionnels s'interrogent sur la combinaison du droit commun des contrats et des droits spéciaux. Dans quelle mesure la règle spéciale déroge à la règle générale au sens de l'article 1105 du Code civil (*V. infra* à propos de l'article 1195 du Code civil dans le domaine des baux commerciaux) ? Cette dernière disposition est censée consacrer la jurisprudence antérieure qui semblait retenir l'éviction de la règle générale dès lors que les deux règles concernées poursuivaient le même but et étaient incompatibles. Cette question connaît une illustration intéressante à l'aune de l'article 1112-1 du Code civil confronté aux obligations spéciales d'information imposées aux agences de voyages.

En l'espèce, deux voyageurs font appel à une agence de voyages pour organiser leur séjour aux États-Unis (Hawaï), 16 jours avant le départ. L'agence se conforme à toutes ses obligations d'information prévues notamment à l'article R. 211-4 du Code du tourisme. Cependant, les voyageurs ne peuvent entrer sur le territoire américain car ayant visité un pays « à risques » (l'Iran) dans les mois précédents, ils devaient obtenir un visa préalable, un simple ESTA ne suffisant pas, information qui n'a pas été communiquée par l'agence et visa qu'ils n'ont pu obtenir dans les délais. L'agence soutient néanmoins avoir respecté scrupuleusement le Code du tourisme, ce qui n'est pas suffisant pour la Cour de cassation : « 9. Après avoir constaté qu'il avait été satisfait à l'obligation pré-contractuelle d'information prévue à l'article R. 211-4 du code de



© DAN COMANCIU / ISTOCK, GETTY IMAGES/PLUS

tourisme, l'arrêt retient que la prestation, ayant été spécialement conçue pour M. et M^{me} [O] par la société Marco Vasco avec une date de départ prévue seulement seize jours après l'émission de l'offre de contrat, il appartenait à cette société, qui connaissait les restrictions à l'entrée sur le sol américain, de vérifier si les passeports de M. et M^{me} [O] ne comportaient pas des mentions nécessitant l'obtention d'un visa et de les informer de la spécificité de leur situation ainsi que des délais requis pour faire les démarches en vue d'obtenir ce visa.

10. Il en résulte qu'en n'alertant pas M. et M^{me} [O] sur les risques de ne pas obtenir les documents administratifs leur permettant d'entrer aux Etats-Unis d'Amérique en raison de la date rapprochée du départ envisagé, ce qui constituait une information dont l'importance était déterminante pour leur consentement, la société Marco Vasco a commis une faute engageant sa responsabilité » (Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2024, n° 23-10.560 : JCP E 2025, 1071, comm. C. Latil ; Contrats conc. Consom. 2024, comm. 157, L. Leveneur).

La Cour de cassation rappelle notamment le texte de la directive transposée au sein des articles du Code du tourisme qui précise que ces textes spéciaux n'ont pas « d'incidence sur les dispositions générales du droit des contrats prévues au niveau national (...) » (art. 2, § 3).

En l'absence d'une telle précision, la solution aurait-elle été identique et le cumul envisageable ? Une réponse affirmative est envisageable. L'obligation spéciale d'information pesant sur l'agence est compatible avec l'obligation générale d'information. Le cumul s'impose.

REMARQUE

→ **Rapprochement : ce qui vaut dans cette hypothèse pourrait être décliné dans de nombreux autres cas davantage en lien avec le quotidien des notaires.** Ainsi, en matière environnementale, les multiples obligations d'information qui pèsent sur le vendeur, le maître d'ouvrage, le bailleur ou le dernier exploitant (C. envir., art. L. 514-20 et L. 125-7, etc.)

n'évincent pas pour autant l'obligation générale d'information de droit commun.

MUSTAPHA MEKKI

4 - L'étendue de l'obligation d'information : l'exemple des conseillers en gestion de patrimoine.

– Le motif déterminant de nombreuses acquisitions est d'ordre fiscal. Nombreux sont les investisseurs potentiels à faire appel à un conseiller en gestion de patrimoine pour les orienter et les accompagner dans leurs projets. À titre d'illustration, la loi Girardin a mis en place un dispositif permettant aux contribuables, à des conditions très strictes, de bénéficier d'une réduction d'impôts en contrepartie d'investissements, qui peuvent ne pas être très lucratifs, réalisés en Outre-mer par l'intermédiaire de sociétés de portage (CGI, art. 199 undecies B). La réduction d'impôts est parfois le seul bénéfice d'un tel investissement, ce qu'il faut clairement rappeler au client intéressé. Lorsqu'il s'agit de professions réglementées telles que les notaires ou les établissements bancaires, cette obligation de conseil est très encadrée. Mais qu'en est-il

de tous ces professionnels, sans statut particulier, qui jouent le rôle d'intermédiaire dans ces opérations particulièrement lucratives ou déceptrices ? La loi faisant défaut, ce sont les juges qui veillent au moyen notamment d'une obligation d'information renforcée. Telle est l'illustration qu'offre un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 avril 2025 (*Cass. com.*, 30 avr. 2025, n° 23-23.253 : JCP N 2025, n° 21, act. 707 ; *Constr.-Urb.* 2025, comm. 74, Ch. Sizaire). En l'espèce, un particulier n'a finalement pas pu bénéficier de sa réduction d'impôt car il ne remplissait pas toutes les conditions exigées par la loi. Débouté de ses demandes par les juges du fond, devant la Cour de cassation, il voit une partie de son pourvoi rejetée, concernant le préjudice réparable. En revanche, une autre est accueillie, justifiant la cassation de la décision des juges du fond aux motifs que « le conseiller en gestion de patrimoine est tenu, à l'égard de l'investisseur, d'une obligation d'information sur les caractéristiques essentielles, y compris les moins favorables, de l'opération proposée, ainsi que sur les risques qui lui sont associés ». Concrètement, ce qui est reproché au professionnel n'est pas la transmission des informations, transmission dont l'existence est constatée par les juges du fond, mais la loyauté de cette transmission. La pertinence des informations était discutable car celles-ci étaient très flatteuses et optimistes et ne permettaient pas au client d'avoir une idée claire et précise des risques encourus.

ATTENTION

→ L'existence d'une information transmise ne dispense pas de sa pertinence. Ce qui vaut pour un professionnel sans statut vaut bien évidemment pour les professionnels soumis à un statut réglementé tels que les notaires ou les établissements bancaires.

MUSTAPHA MEKKI

B. - Droits de préemption et droit de préférence

5 - **Durée et force du pacte de préférence.** – Le pacte de préférence a les honneurs de la Cour de cassation, qui a rendu de nombreuses décisions très éclairantes pour la pratique notariale. Le premier arrêt se rapporte à la durée du pacte de préférence (*Cass. 1^{re} civ.*, 25 sept.

2024, n° 23-14.777, F-B : JCP N 2025, n° 4, 1014, L. Vitale ; JCP N 2025, n° 7, 1028, S. Piédelièvre). Un pacte de préférence sans durée peut-il être qualifié d'engagement perpétuel prohibé ?

En l'espèce, le 19 juillet 1990 un pacte de préférence est conclu par un propriétaire sur son bien immobilier. Le 16 mai 2011, le promettant notifie une offre de vente valable pendant trois mois qui est acceptée le 3 juillet 2011. Le 13 septembre 2011, le promettant fait savoir qu'il ne signera pas l'acte authentique de vente. Après plusieurs tentatives du bénéficiaire, sans résultat, le promettant décède. L'héritier légataire est assigné en justice en exécution forcée de la vente et conteste l'efficacité du pacte de préférence. Le promettant tente de se prévaloir de l'existence d'un engagement excessif en raison d'un prix prédéterminé et d'une durée indéterminée. Cet argument est rejeté par les juges du fond. Devant la Cour de cassation le pourvoi est rejeté aux motifs que « 6. Les engagements perpétuels ne sont pas sanctionnés par la nullité du contrat mais chaque contractant peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. 7. Il en résulte qu'en l'absence de résiliation du pacte de préférence, M. et M^{me} [U] pouvaient exercer leur droit de préférence ».

La solution est originale car le pacte de préférence sans durée n'a jamais été auparavant qualifié d'engagement perpétuel prohibé (sur ce débat, N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, in *Mél. en l'honneur de Marie-Stéphane Payet. Au-delà des codes* : Dalloz, 2012, p. 55). En s'inspirant de l'article 1210 du Code civil, non applicable en l'espèce, la Cour de cassation abandonne la diversité des sanctions pour appliquer de manière exclusive aux engagements perpétuels prohibés la requalification-sanction en contrat à durée indéterminée, offrant à chacune des parties le pouvoir de mettre fin unilatéralement au contrat. Peut-être, en l'espèce, aurait-il suffi de dire que le pacte de préférence n'existait plus et qu'un contrat définitif avait été conclu, rendant inopérante toute argumentation fondée sur la durée du pacte !

CONSEIL PRATIQUE

→ Dont acte ! Il convient désormais aux notaires de prévoir, lors de la rédaction du pacte de préférence, une durée,

pratique déjà bien répandue. Reste à savoir si limiter son existence à la vie du promettant ou à celle du bénéficiaire pourrait suffire à échapper à la requalification-sanction en raison d'un engagement perpétuel prohibé.

6 - La force du pacte de préférence est également l'objet d'un contentieux récurrent. Comment se protéger au mieux des tiers malveillants ?

La première solution consiste à faire valoir son droit à la nullité ou à la substitution, droit désormais prévu à l'article 1123 du Code civil. Consacrant la jurisprudence antérieure (*Cass. ch. mixte*, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495), la substitution exige la preuve d'une double connaissance du tiers : connaissance de l'existence du pacte de préférence et connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Qualifiée de *probatio diabolica*, cette double connaissance n'est pas simple à établir comme l'illustre un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 7 mars 2024 (*Cass. 3^e civ.*, 7 mars 2024, n° 22-10.639 : JCP N 2024, n° 16, 1082, S. Piédelièvre).

En l'espèce, le bénéficiaire d'un pacte de préférence a fait publier au service de la publicité foncière, au sein d'un acte ayant pour objet une donation précipitaire et une donation-partage sur un ensemble de biens immobiliers, une clause relative à un pacte de préférence ainsi rédigée : « en cas de vente par l'un ou l'autre des donataires d'un des biens ou de la totalité des biens compris en son lot, la priorité pour acquérir appartiendra aux autres donataires, parties en la présente donation-partage. Ce droit de préférence existera au bénéfice des donataires aux présentes tant que l'un des donataires sera vivant ». Quelques années plus tard, un des codonataires, la sœur, a fait publier auprès du bureau des hypothèques un acte qui rappelle l'existence du pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir. Le bénéficiaire souhaitait anticiper sur d'éventuelles difficultés et faciliter la mise en œuvre de son droit à substitution. Espoir déçu car la Cour de cassation précise que cette seconde publicité étant facultative, elle n'emporte pas présomption de connaissance du tiers acquéreur : « ayant énoncé que la bénéficiaire du pacte de préférence n'était en droit d'exiger sa substitution dans les droits des tiers, ou l'annulation de

la vente consentie à des tiers en méconnaissance de ses droits que si elle établissait la connaissance, par ces derniers, de l'existence du pacte et souverainement retenu que la preuve de cette connaissance n'était pas rapportée (...) ».

Cette solution réaffirme clairement que la publicité facultative du pacte ne permet pas de créer une présomption de connaissance du tiers car elle n'est pas faite à fin d'opposabilité (V. cependant : Rapport sur la modernisation de la publicité foncière souhaitant créer un dispositif de publicité facultative à fin d'opposabilité pour la promesse unilatérale et le pacte de préférence). Notons que par le passé la Cour de cassation a jugé que la publicité obligatoire du pacte accessoirement à une donation valait présomption de connaissance du tiers (Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n° 03-18.528 : Bull. civ. I, n° 389 : « la SCI Eme-raude était censée connaître l'existence du pacte de préférence en raison de l'opposabilité aux tiers des actes de donation-partage qui avaient été publiés à la conservation des hypothèques »).

ATTENTION

→ Le notaire doit cependant rester prudent. Par sa décision du 11 juillet 2006 (précitée), la Cour de cassation considère que le notaire doit refuser d'instrumenter lorsqu'il a connaissance d'un pacte de préférence et doit préserver les droits du bénéficiaire. En l'espèce, le pacte de préférence avait fait l'objet d'une publication accessoirement à une donation portant sur un bien immobilier, publicité accessoire mais obligatoire pour cette donation, permettant d'affirmer que le notaire connaissait ou aurait dû connaître son existence, engageant ainsi sa responsabilité. La solution devrait être la même en présence d'une publication facultative.

7 - La deuxième solution consiste à établir un cas de collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers qui se prévaut pourtant d'un droit de préemption légal, preuve difficile à établir comme l'illustre un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 11 janvier 2024 (Cass. 3^e civ., 11 janv. 2024, n° 21-24.580 : JCP N 2024, n° 15, 1079, B. Traveley et J.-V. Kouassi).

En l'espèce, deux pactes de préférence ont été conclus entre le vendeur et l'acquéreur ini-

tiaux, dans le but ultime de réunir la propriété entre les mêmes mains, qu'il s'agisse de celles du vendeur ou de l'acquéreur. Le bénéficiaire du pacte de préférence souhaite faire obstacle à la vente du bien opérée au profit du titulaire d'un droit de préemption légal (droit de préemption du preneur à bail rural), et demander la nullité de la vente et sa substitution dans les droits de l'acquéreur, en démontrant la double connaissance du tiers du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La Cour de cassation, après avoir rappelé que « 9. le fermier est titulaire d'un droit de préemption légal et d'ordre public qui prime le droit de préférence conventionnel », précise que seul le concert frauduleux pouvait faire barrage au droit de préemption, conditions plus strictes encore que le droit à substitution de l'article 1124 du Code civil. En effet, comme elle le souligne, « 11. La simple connaissance par le fermier préempteur, lors de la vente, de l'existence du pacte et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir est insuffisante à caractériser ce concert frauduleux ». L'acquéreur n'a donc pu en l'espèce obtenir gain en cause.

MUSTAPHA MEKKI

8 - La promesse synallagmatique de vente à l'épreuve du temps.

– La promesse synallagmatique de vente vaut vente ! Cette règle, supplétive de volonté et à laquelle il est possible de déroger en faisant par exemple de la « réitération des consentements » devant notaire un élément essentiel et déterminant, conditionne tant la force de cet engagement, pouvant justifier une demande en exécution forcée, que la détermination du droit applicable par application du principe de survie de la loi ancienne. Les notaires doivent avec précaution déterminer la nature de la promesse, valant vente ou non, afin de déterminer le droit applicable. Ce n'est pas un cas d'école, comme le confirme cet arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 29 février 2024 (Cass. 3^e civ., 29 févr. 2024, n° 22-24.381 : JCP N 2025, n° 7, 1028, S. Piédelièvre). Un locataire d'un bail commercial revendiquait contre le propriétaire vendeur le respect de son droit de préemption commercial (C. com., art. L. 145-46-1). Ce droit est entré en vigueur le 18 décembre 2014 alors que la promesse de vente conditionnelle litigieuse datait du 7 novembre 2014. Si la promesse de vente vaut vente, un tel droit faisait défaut sous l'empire du droit

ancien. Telle est la position sans surprise de la Cour de cassation en l'absence de clause contraire : la vente n'est pas parfaite au jour de la réalisation des conditions suspensives, mais au jour de la promesse.

ATTENTION

→ La Cour de cassation a également statué sur les conditions suspensives et justifié la conclusion définitive du contrat par la rétroactivité de la condition suspensive : « l'article 1179 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable au litige, dispose que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté, la cour d'appel en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que la vente était définitivement conclue le 7 novembre 2014 ». Est-ce à dire, à suivre la motivation de la Cour de cassation, que la promesse de vente ne vaut plus vente en présence de conditions suspensives ? Cela serait étonnant. Par précaution et en attendant, le notaire doit formellement prévoir la rétroactivité de la réalisation de la condition suspensive qui n'est plus automatique depuis l'ordonnance du 10 février 2016 (C. civ., art. 1304-6).

MUSTAPHA MEKKI

9 - L'indemnité d'immobilisation fait naître un droit personnel et n'est pas une peine privée.

– La clause prévoyant une indemnité d'immobilisation, prix de l'exclusivité, n'est pas une clause pénale (Cass. 3^e civ., 16 janv. 2025, n° 23-23.378, F-D : Resp. civ. et assur. 2025, comm. 62, S. Hocquet-Berg) et ne peut faire l'objet d'une révision sauf clause rédigée *prorata temporis*, autorisant à réduire le montant à proportion du temps effectif d'immobilisation.

Le délai pour agir pour revendiquer l'indemnité d'immobilisation est de 5 ans, avec pour point de départ, conformément à l'article 2224 du Code civil, la date d'exigibilité de cette indemnité, soit au jour de la défaillance de la condition suspensive (non-réalisation du prêt aux termes de l'article L. 312-16, alinéa 2, devenu l'article L. 313-41 du Code de consommation), et non pas au jour du refus de remboursement de cette indemnité par le promettant (Cass. 3^e civ., 11 juill. 2024,

n° 22-22.058, FS-B : JCP N 2025, n° 7, 1028, S. Piédelièvre).

MUSTAPHA MEKKI

C. - Capacités et pouvoirs

10 - Notaires, méfiez-vous des apparences trompeuses ! – L'intermédiation assurée par le notaire lors d'opérations qu'il instrumente ou auxquelles il prête son concours amène souvent à s'interroger sur l'étendue de ses pouvoirs. Pour valider certains actes accomplis sans mandat exprès ou tacite, les tiers ont parfois recours à la théorie du mandat apparent (C. civ., art. 1156). Si le notaire est généralement précautionneux en matière immobilière, il l'est parfois moins en présence d'opérations commerciales de cession de titres ou lors de la rédaction de clauses relatives aux contrats d'affaires (V. *Les principales clauses des contrats d'affaires* : LGDJ-Lextenso, 2025). La Cour de cassation a rappelé les conditions strictes d'une telle reconnaissance, reprenant les termes d'une jurisprudence bien établie : « une personne ne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent que lorsque la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire a été légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient ce tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs » (V. déjà, Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, B). Un arrêt rendu par la chambre commerciale du 7 mai 2025 renseigne sur les contours de cette croyance légitime (Cass. com., 7 mai 2025, n° 23-10.896). Elle suppose désormais l'appréciation du comportement de toutes les « parties prenantes ». Longtemps, les juges ont insisté sur le comportement du mandant laissant de manière fautive une situation ambiguë persister. Ils y ajoutent aujourd'hui une analyse du comportement du tiers afin de savoir s'il a été suffisamment vigilant.

Cette décision est éclairante lorsqu'elle est appliquée à la situation du notaire. Si le comportement du mandant et celui du tiers sont le plus souvent au cœur du litige, dans le cadre d'une intermédiation notariale, c'est la qualité du mandataire qui devient déterminante.

L'existence d'un notaire intermédiaire est-elle cependant toujours un élément suffisant pour établir la croyance légitime du tiers ? La qualité du notaire devrait être un élément justifiant que le tiers ne vérifie pas l'étendue de ses pouvoirs (Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1986, n° 84-

12.940 : Bull. civ. I, n° 67. – Cass. 3^e civ., 19 mars 2020, n° 19-11.771, D). Cependant, la jurisprudence semble se durcir depuis un arrêt de la première chambre civile du 5 novembre 2009 (Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2009, n° 08-18.056 : Bull. civ. I, n° 221 ; JCP N 2010, n° 1, 1000, D. Lepeltier) et depuis un autre arrêt de la même chambre du 20 mars 2013 (Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-11.567 : Bull. civ. I, n° 50 ; JCP N 2013, n° 22, 1149, Y. Dagorne-Labbe), où chaque partie était assistée d'un notaire.

REMARQUE

➔ En résumé : en présence d'un notaire, le mandat apparent est envisageable ; en présence de deux notaires, il est exclu.

MUSTAPHA MEKKI

11 - Reddition de compte du mandataire et point de départ des intérêts. – Un autre arrêt intéressera les notaires à propos du point de départ des intérêts dus par le mandataire sur les sommes qu'il détient au nom et pour le compte de mandants. La Cour de cassation juge que le point de départ dépend d'un éventuel usage personnel du mandataire. S'il n'en a pas fait un usage personnel, c'est au jour de son assignation que les intérêts commencent à courir. S'il en a fait un usage personnel, c'est au jour où le mandataire a pris possession des sommes (Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2025, n° 23-22.697 : JCP N 2025, n° 18, act. 608). L'arrêt apporte une précision importante sur ce qu'il faut entendre par « usage » au sens de l'article 1196 du Code civil, au cœur de ce litige. Selon la Cour de cassation, « l'emploi inclut l'appropriation par le mandataire des sommes qu'il détient pour le compte du mandant, même si la preuve de leur utilisation n'est pas rapportée ».

MUSTAPHA MEKKI

D. - L'objet et le contenu

1° Le prix

12 - L'absence de rétractation dans la promesse de vente et la date d'appréciation de la vileté du prix. – Par un arrêt rendu le 21 novembre 2024 (Cass. 3^e civ., 21 nov. 2024, n° 21-12.661, FS-B, K c/ D : JurisData n° 2024-021986 ; Contrats, conc.

consom. 2025, comm. 2, L. Leveneur ; JCP N 2025, n° 6, 1023, M. Mekki), la Cour de cassation revient sur l'effet de la rétractation de la promesse de vente dans le délai de levée de l'option. Elle confirme sa position sur la nature obligatoire de la promesse unilatérale de vente et précise la date à laquelle s'apprécie la validité du prix.

Depuis 2021, date du virage jurisprudentiel, le promettant d'une promesse unilatérale de vente s'oblige, sauf stipulation contraire, à vendre sans possibilité de rétractation (Cass. 3^e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554 : JurisData n° 2021-010019 ; JCP G 2021, doct. 787, obs. G. Loiseau ; JCP G 2021, 1226, note N. Molfessis ; JCP N 2021, n° 26, 4, M. Mekki ; JCP N 2021, n° 27, 1252, note Ph. Pierre et avis Ph. Brun). C'est là une application par anticipation de l'article 1124 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui autorise désormais le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente à solliciter l'exécution forcée du contrat.

En l'espèce, les juges d'appel, qui ont eu à se prononcer antérieurement à cette nouvelle position, s'agissant d'une obligation de faire ne se résolvant qu'en dommages et intérêts, ont refusé d'ordonner la réalisation forcée de la vente tout en relevant que la révocation de la promesse par le promettant pendant le délai d'option du bénéficiaire ne peut empêcher la formation du contrat promis (pour l'application de cette solution avant 2021, Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171 : JurisData n° 2018-022522 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 39, note L. L. ; JCP G 2019, 418, note N. Molfessis). Fidèle à sa nouvelle jurisprudence, la Cour de cassation sanctionne les magistrats. L'arrêt est cassé pour violation notamment de l'ancien article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, c'est-à-dire de la force obligatoire du contrat.

Concernant la date d'appréciation de la vileté du prix, la promesse devant comprendre le consentement du vendeur sur les éléments essentiels du contrat, la vileté s'apprécie à la date de la promesse et non à celle de la levée d'option. C'est à ce moment que s'apprécie son aptitude à contracter, l'existence et l'intégrité de son consentement (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations* : Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2022, n° 259). C'est ce que décide la Cour de cassation.

REMARQUE

→ Il faut mettre ce dernier apport en miroir avec l'article 1675 du Code civil qui dispose qu'« en cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation », autrement dit la levée de l'option : deux sanctions distinctes, deux dates d'appréciation différentes (V. obs. crit. M. Mekki, in JCP N 2021, n° 26, 4).

FABRICE COLLARD

13 - Fixation du prix en cas d'exercice d'un droit de préemption. – L'évaluation du coût d'acquisition par le juge doit se faire en prenant en considération l'état du lot préempté en ignorant la cause du mauvais état :

« 5. Il en résulte que le prix du bien préempté, qui doit être fixé d'après sa consistance au jour du jugement de première instance, prend en compte, s'agissant de biens situés dans un immeuble en copropriété, l'état des parties privatives et des parties communes, même si la dégradation de ces dernières résulte de l'arrêt de tous travaux de rénovation et d'entretien après la création de la zone d'aménagement différé. 6. Pour fixer comme il le fait le prix du bien préempté, l'arrêt retient que l'état dégradé de l'immeuble et des parties communes n'a pas à être pris en compte, dès lors que cet état ne résulte pas d'une carence de l'exproprié mais de la création de la zone d'aménagement différé en vue de la constitution d'une réserve foncière et de l'acquisition des lots de copropriété par l'expropriant, ayant conduit à l'arrêt de tous travaux de rénovation et d'entretien » (Cass. 3^e civ., 3 avr. 2025, n° 23-23.206, FS-B : JCP N 2025, n° 17, act. 562, E. Belloy ; JCP G 2025, doctr. 617, H. Périnet-Marquet).

MUSTAPHA MEKKI

14 - Réduction du prix et loi dans le temps. – La réduction du prix en cas d'exécution imparfaite prévue par l'article 1223 du Code civil est un des outils les plus novateurs de la réforme opérée en 2016. Encore faut-il que le droit nouveau soit applicable, comme le rappelle un arrêt de la troisième chambre civile du 17 octobre 2024 (Cass. 3^e civ., 17 oct. 2024, n° 23-10.288).

Dans cette affaire, une question de droit transitoire donnait l'occasion à la Cour de cassation de rappeler que l'ordonnance du

10 février 2016 modifiée par la loi de ratification du 28 avril 2018, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018, ne s'applique qu'aux contrats conclus après cette dernière date. Encore faut-il clairement déterminer à quel moment un contrat est conclu. Prenons le cas d'un contrat prolongé dans le temps. Si la reconduction et le renouvellement font naître un nouveau contrat, c'est à cette date qu'il faut déterminer le droit en vigueur. S'il s'agit d'une prorogation, le même contrat continue dans le temps et le droit ancien persiste. Même difficulté pour un contrat d'application conclu après le 1^{er} octobre 2018 rattaché à un contrat-cadre qui a été conclu avant cette date. L'autonomie juridique du contrat d'application, même toute relative, doit justifier l'application du droit nouveau. C'est une question de même nature à laquelle les juges doivent répondre en présence d'une promesse synallagmatique de vente. Dès lors que la promesse de vente vaut vente, c'est le droit en vigueur à cette date qui régira le contrat. En revanche, si les parties ont décidé de conclure une promesse de vente qui ne vaut pas vente, en faisant d'un événement postérieur tel que la « réitération des consentements devant notaire » un élément essentiel et déterminant, il s'agit d'un simple projet et la vente ne sera conclue qu'au jour où cet événement se réalisera.

La même idée est appliquée à l'occasion de l'arrêt du 17 octobre 2024 concernant une vente déclarée parfaite par une décision du 18 février 2018. L'article 1223 nouveau du Code civil n'était pas applicable : « 14. En statuant ainsi, après avoir retenu que cette vente avait été déclarée parfaite entre les parties par une décision du tribunal de grande instance de Pontoise du 18 février 2008, ce dont il résultait que l'action en réduction du prix était régie par les dispositions antérieures à la loi du 28 avril 2018, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

CONSEIL PRATIQUE

→ La maîtrise des principes fondamentaux du droit transitoire est indispensable pour les rédacteurs professionnels. Devant l'inflation législative et la pulvérisation de la jurisprudence, le droit transitoire devient un enjeu majeur et préalable dans de nombreux dossiers (V. également à propos de la modification de délais par une loi nouvelle et l'application de la théorie de l'effet légal du contrat, Cass. 3^e civ., 23 mai 2024, n° 22-

24.191 : Contrats conc. consom. 2024, comm. 127, L. Leveneur (l'article 109 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, modifiant l'article 1642-1 du code civil, effet légal et application immédiate). – Cass. 3^e civ., 13 juin 2024, n° 24-70.002, publié au Bulletin : JCP N 2025, n° 1-2, 1001, V. Zalewski-Sicard (loi du 27 juillet 2023 modifiant l'article 24, alinéa 1^{er}, et 1^o, pas d'effet légal et survie de la loi ancienne)).

MUSTAPHA MEKKI

15 - Le créancier dispose-t-il d'une option entre réduction unilatérale et réduction judiciaire ? – L'article 1223 du Code civil prévoit deux cas de réduction du prix. Dans l'hypothèse où l'intégralité du prix ou une partie du prix n'a pas été payée, alors le créancier peut procéder à une réduction unilatérale du prix, hors le juge et de manière proportionnée. En revanche, si la totalité du prix a déjà été payée, à défaut d'accord avec le débiteur, une demande peut être formulée auprès du juge. Se pose alors la question de savoir si, dans l'hypothèse où le prix n'a pas été intégralement payé, le créancier peut opter pour la voie judiciaire. La Cour de cassation, de manière pertinente et s'inspirant de la règle qui prévaut en matière de résolution, a jugé dans un arrêt du 18 décembre 2024 (Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2024, n° 24-14.750, B : JCP G 2025, doctr. 347, P. Paul Gros-

ser) que la voie judiciaire est toujours envisageable : « 22. Par ailleurs, un créancier qui peut faire usage d'une sanction unilatérale doit pouvoir demander au juge de prononcer cette sanction. 23. En conséquence, il y a lieu de juger que la réduction du prix peut, en toute hypothèse, être demandée en justice, les conséquences préjudiciables d'un refus injustifié de payer le prix dû pouvant, le cas échéant, être réparées par l'octroi de dommages-intérêts. ». Au même titre qu'un contrat comportant une clause résolutoire, la résolution judiciaire reste « en toute hypothèse » envisageable (C. civ., art. 1227 : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice »).

16 - Aménagements possibles. – L'article 1223 du Code civil est une disposition supplétive. Il est parfaitement possible de paralyser ses effets ou d'en aménager les modalités. La paralysie est demandée par certains professionnels souhaitant purement et simplement évincer le pouvoir conféré à une partie forte au

contrat permettant de contraindre en fin de convention le cocontractant à abandonner une partie de la rémunération qui lui est due, phénomène fréquent dans les grands projets immobiliers. Quant à l'aménagement des modalités, elle pourrait consister à refuser toute réduction judiciaire dans l'hypothèse où le prix n'a pas été intégralement payé. Qui peut le plus (évincer) peut le moins (hiérarchiser les demandes) ! Le parallèle s'impose encore avec la résolution judiciaire, la Cour de cassation confirmant (*Cass. 3^e civ.*, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, FS-P+B : GPL 12 janv. 2012, p. 17, obs. D. Houtcieff) que l'article 1184 du Code civil n'étant pas d'ordre public, un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat dès lors que la clause de renonciation est rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane. Ces clauses de renonciation anticipée sont fréquemment acceptées par le vendeur en cas de privilège immobilier accordé à un établissement bancaire. Encore faut-il que le créancier dispose d'autres remèdes contractuels.

MUSTAPHA MEKKI

2° Les choses

17 - Vente de la chose d'autrui : extension du délai de régularisation. – Il n'est pas rare que le notaire découvre *a posteriori* que le vendeur n'est pas le propriétaire du bien, soit parce que le processus d'acquisition est en cours, soit parce que le vendeur, volontairement ou non, a vendu un bien dont il n'est plus le propriétaire. Le notaire doit dans ce cas, en principe, refuser d'instrumenter. À défaut, la vente entre dans la catégorie des ventes de la chose d'autrui et est menacée d'une nullité relative à la seule disposition de l'acquéreur (*C. civ.*, art. 1599). Cependant, un régime de faveur pour la pérennité de l'acte permet au vendeur de « régulariser » sa situation en devenant propriétaire du bien.

Jusqu'à quand peut-il régulariser et faire ainsi obstacle à la demande en nullité de l'acquéreur ? Par le passé, la régularisation devait être opérée avant que l'acquéreur n'assigne en justice le vendeur. Depuis un arrêt du 5 décembre 2024 (*Cass. 3^e civ.*, 5 déc. 2024, n° 21-18.445, FS-B : JCP N 2025, n° 7, 1028, S. Piédelièvre), la régularisation peut

intervenir en cours d'instance, laissant une dernière chance à l'acte de ne pas être anéanti. En l'espèce, plusieurs lots de copropriété avaient été acquis par acte authentique du 10 mai 1990. Le même notaire avait accompagné le propriétaire dans la revente d'un des lots le 28 décembre 1990, lot qui n'appartenait donc plus au vendeur. Le deuxième acquéreur a demandé la nullité alors qu'en cours d'instance le lot est de nouveau acquis par le vendeur par un acte notarié du 4 juillet 2017, opérant réfection de la première vente. Les juges du fond et la Cour de cassation ont jugé la vente désormais parfaite et non annulable : « le fondement de la nullité de la vente de la chose d'autrui résidant exclusivement dans la nécessité de protéger l'acquéreur d'un risque d'éviction, elle ne peut être prononcée lorsque, la régularisation de la vente principale étant intervenue en cours d'instance, tout risque d'éviction du sous-acquéreur a disparu au jour où le juge statue ».

REMARQUE

→ Cette situation n'a rien de commun avec une vente instrumentée par un notaire à la condition suspensive de réalisation de l'acquisition du bien par le vendeur avant une certaine date. Dans cette hypothèse, il faudrait uniquement s'assurer que la condition n'est pas potestative (promesse de vente déjà conclue, entraînant acquisition du bien par le vendeur, avec un terme suspensif par exemple tel que la « réitération des consentements devant notaire »). Le régime de la vente de la chose d'autrui ne serait pas applicable, la défaillance de la condition entraînant l'anéantissement rétroactif de l'acte, rétroactivité à prévoir formellement par une clause.

MUSTAPHA MEKKI

2. Transfert de propriété et transfert des risques

18 - La cession de contrat confrontée à son formalisme. – La cession de contrat est l'opération par laquelle une partie à un contrat (cédant) transfère à une autre personne (cessionnaire) les effets de droit créés par le contrat conclu avec un cocontractant

(cédé) (*JCl. Civil Code*, Art. 1216 à 1216-3, fasc. unique, par L. Andreu).

Aux termes de l'article 1216, alinéa 3, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, la cession, à peine de nullité, doit être constatée par écrit. Au visa de ce texte, la Cour de cassation, par un arrêt de sa chambre commerciale en date du 24 avril 2024, affine son régime (*Cass. com.*, 24 avr. 2024, n° 22-15.958, F-B, Sté Moby c/ Sté NS Cards France et a. : *JurisData* n° 2024-005838 ; *Contrats, conc. consom.* 2024, comm. 90, note L. Leveneur ; *JCP N* 2024, n° 21, 1103, note S. Piédelièvre ; *JCP G* 2024, act. 629, note G. Loiseau).

En vertu de ce texte, un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant. Que revêt cette notion « d'accord » ? Sans entrer dans le débat doctrinal qu'a suscité cette disposition, la cour précise que celui-ci peut être donné sans forme, pourvu qu'il soit non équivoque.

L'alinéa 3 de l'article 1216 du Code civil exige aussi, à peine de nullité, que la cession soit constatée par écrit. Celui-ci doit-il comprendre l'accord du cédé ? Dès lors que cet accord n'est pas une condition de validité, mais simplement nécessaire pour l'opposabilité au cédé, la Cour ne l'exige pas. Relevons que dans le cadre du second alinéa, l'accord peut être manifesté avant la cession sans que cela soit nécessairement constaté par un écrit. Ce qui importe, c'est de rapporter la preuve de l'accord du cédé. À cette question, par cette même décision, la Cour de cassation indique que cette preuve peut se faire par tout moyen. En pratique, cela pourra résulter des échanges entre les personnes, témoignages ou des présomptions judiciaires. Pour autant, lorsque le droit n'est pas subi, le notaire, qui a à sa disposition tous les outils numériques, sera inspiré de matérialiser le principe et les effets de l'accord.

REMARQUE

→ Les cessions de contrats souscrites avant le 1^{er} octobre 2016 restent soumises aux dispositions anciennes, mais non les cessions postérieures à cette date de contrats conclus antérieurement.

FABRICE COLLARD