

**EXPERTISE
NOTARIALE**

JACQUELINE PIÉDELIÈVRE
STÉPHANE PIÉDELIÈVRE

**LES PROMESSES
DE VENTE
ET D'ACHAT
IMMOBILIÈRES**

DEFRÉNOIS

une marque de
Lextenso

Jacqueline Piédelièvre
Notaire associée

Stéphane Piédelièvre
Professeur à l'Université de Paris-Est

Les promesses de vente et d'achat immobilières

DEFRÉNOIS une marque de
Lextenso

Dans la même collection

- BEAUVARLET P., *Les servitudes*, 2013.
CAMOZ J.-Y., *Les contrats immobiliers des collectivités territoriales*, 2013.
GARÇON J.-P., *La TVA appliquée à l'immobilier*, 2^e éd., 2013.
GENTILHOMME R., HERAIL M. et FOUCHÉ E., *Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages*, 2^e éd., 2013.
KRAJESKI D., *Droit rural*, 2^e éd., 2016.
LASNE Th. et LEVIAUX L., *Comptabilité notariale*, 2^e éd., 2017.
PIÉDELIÈVRE J. et S., *La publicité foncière*, 2014.
PIÉDELIÈVRE J. et S., *Les promesses de vente et d'achat immobilières*, 2018.
REVILLARD M., *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 8^e éd., 2014.
REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international*, 2^e éd., 2016.
RUET L., *Les baux commerciaux*, 4^e éd., 2017.
SAGAUT J.-F. et LATINA M., *Déontologie notariale*, 3^e éd., 2017.

© 2018, Defrénois, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN : 978-2-85623-258-3
ISSN : 2269-1979

Retrouvez tous nos titres
Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien
sur notre site
 www.lextenso-editions.fr



Sommaire

Introduction	7
---------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LA PRÉPARATION DE L'AVANT-CONTRAT

Chapitre 1. La préparation du dossier	21
Chapitre 2. Le recours à un intermédiaire	57
Chapitre 3. L'offre	125

DEUXIÈME PARTIE

LA RÉALISATION DE L'AVANT-CONTRAT

Titre 1. Les promesses de vente	149
Chapitre 1. Les règles communes aux différentes promesses de vente	151
Chapitre 2. Les règles spécifiques aux différentes promesses de vente	245
Titre 2. La promesse unilatérale d'achat	435
Index alphabétique	455
Table des matières	463

INTRODUCTION

1. Nous sommes d'accord sur la chose et sur le prix et en plus nous sommes pressés. Pourquoi ne voulez-vous pas nous faire signer immédiatement le contrat de vente ? Tel peut être la question que se posent de nombreux vendeurs et acquéreurs qui n'avaient pas imaginé qu'il faille autant de temps pour conclure un tel contrat. Attendre deux à trois mois quelle perte de temps inutile. Dans ce monde où tout s'accélère, la vente immobilière irait à contrecourant. Internet permet d'acquérir des biens mobiliers immédiatement n'importe où dans le monde.

La vente immobilière est une des matières qui a le plus évolué depuis plusieurs décennies¹. Cependant, à regarder le Code civil, il existe une stabilité législative remarquable dans ce domaine à une époque où des pans entiers de notre droit sont régulièrement modifiés². En revanche, son environnement immédiat s'est transformé depuis des années. Elle est devenue tributaire de nombreux autres droits, comme le droit de l'urbanisme, celui de la consommation... L'apparente simplicité de la vente n'est plus qu'un leurre que rappelle l'article 1583.

Il est devenu impératif de préparer la vente. De là l'importance prise par ce que l'on appelle les avant-contrats. Ce terme mérite quelques explications, car il est d'une certaine façon trompeur, ce qui explique que l'on trouve aussi les termes de contrats préparatoires³, de contrats provisoires ou de contrats préliminaires. Il paraît indiquer que l'on se trouve dans une période précontractuelle. Or, il n'en est rien.

-
1. Sur le droit de la vente en général BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., 2017 ; COLLARD-DUTILLEUL et DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., 2015 ; HUET, DECOCQ, GRIMALDI et LÉCUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., 2012 ; LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., 2012 ; MALAURIE, AYNÈS et GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., 2017 ; RAYNARD et SEUBE, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., 2015 ; *Mémento Lefebvre Vente immobilière*, 2017.
 2. Cette stabilité sera peut-être de courte durée. L'Association Henri Capitant a remis à la Chancellerie, le 26 juin 2017, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.
 3. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988.

2. Les avant-contrats ont un but précis : déboucher sur la conclusion d'une vente. Comme on a pu le dire, « ils constituent les étapes contractuelles d'une progression sur le chemin sinueux de la vente, les points d'ancrage nécessaires à l'expression de la volonté des contractants. Instruments de prévision et d'anticipation, ces contrats préparent véritablement la réalisation effective de la vente »⁴.

Les avant-contrats apparaissent comme la première étape de l'opération immobilière dont la vente ne sera d'ailleurs pas l'aboutissement, puisqu'il sera nécessaire de publier cette dernière au service de la publicité foncière. On parle de plus en plus fréquemment de formation du contrat par étape, de punctuation. Il s'agit d'une pratique juridique d'origine allemande où l'on élabore un contrat, à la suite d'accords partiels. La conclusion du contrat est donc étalée dans le temps⁵. L'affirmation est exacte si l'on envisage l'opération immobilière. Elle a pour objectif d'arriver à un accord sur la chose et sur le prix. Pour y arriver, il aura fallu une offre, des négociations, la signature d'un avant-contrat et enfin la vente qui sera ultérieurement publiée au service de la publicité foncière.

L'affirmation devient moins vraie si l'on se place sur le terrain contractuel. Il existe une indépendance juridique entre l'avant-contrat et le contrat de vente qui sont régis par leurs propres conditions de validité. Il n'y a pas un, mais deux contrats, même si l'un est fait en contemplation de l'autre.

3. L'avant-contrat constitue une étape en quelque sorte initiale qui prend une importance accrue. De manière imagée, on a proposé de rédiger l'acte de vente dès l'avant-contrat⁶. En accentuant le trait, la vente serait un simple acte de réitération. Finalement, l'avant-contrat deviendrait le moment essentiel de la vente. Il est incontestable que plus celui-ci sera rédigé avec précision, plus la vente sera facilitée.

Pourtant, il ne faut pas forcer le trait, la vente constituera toujours le moment le plus important de l'opération immobilière, puisque le transfert de propriété s'opère souvent à ce moment. En tout état de cause, l'acquéreur a le sentiment d'être devenu propriétaire par la signature de l'acte authentique de vente. La vente ne peut également pas être la simple reprise de l'avant-contrat, dans la mesure où pendant la période qui sépare les deux contrats, les parties sont parfois amenées à modifier leur accord initial. Il ne

4. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, n° 1.

5. RIEG, « La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *Mélanges Jauffret*, Dalloz, 1974, p. 593.

6. HERRNBERGER et LIÈVRE, « Et si l'on rédigeait l'acte de vente dès l'avant-contrat ? », *JCP N* 2006 707. Ces auteurs proposent de rédiger le contrat définitif dès l'avant-contrat et de l'annexer à celui-ci ; v. également HERRNBERGER, « Et si l'on repensait le tandem promesse de vente/vente », *JCP N* 2017, 261 ; COHET-CORDEY, « L'achat d'un bien immeuble en l'état : privilégier la phase précontractuelle », *AJD* 2004, 615.

faut également pas oublier que l'avant-contrat, même si telle est sa fonction, ne débouche pas nécessairement sur une vente. Pour ne prendre que deux exemples, par la promesse unilatérale de vente, le promettant ne s'est pas encore engagé à acheter. Après la signature de l'avant-contrat, certains candidats acquéreurs bénéficient d'un droit de rétractation qui peut le réduire à néant. Enfin, conceptuellement, il s'agit de deux contrats distincts, avec chacun leurs caractéristiques propres.

On relèvera d'ailleurs qu'au plan rédactionnel, il existe une palette d'avant-contrats. Certains sont conclus au moyen d'un imprimé succinct et pré-rédigé comportant une majorité de clauses standardisées. D'autres seront beaucoup plus précis, entrant dans le détail et les conditions de l'opération projetée. Ils peuvent être rédigés par acte sous seing privé ou par acte authentique.

4. Jadis, l'objectif de l'avant-contrat était double : il consistait à vérifier que le vendeur disposait bien d'un titre de propriété, puis il permettait de s'assurer après sa signature que la situation du bien permettait de préparer l'acte de vente. Il subsiste toujours. Son rôle a cependant été accentué sous la poussée de plusieurs phénomènes.

La période préparatoire à la vente devient de plus en plus complexe et longue, car le législateur multiplie depuis plusieurs années les mesures de protection de l'acquéreur, tout du moins principalement dans l'hypothèse où celui-ci est un consommateur ou un non-professionnel. La liberté contractuelle recule souvent et le formalisme s'accroît. Ce mouvement se retrouve principalement avec l'instauration d'un délai de repentir et avec la condition suspensive d'obtention de prêt. Les idées consuméristes deviennent de plus en plus présentes en la matière.

On considère qu'il est nécessaire de ménager aux contractants, ou seulement à l'un d'eux, une période de réflexion au cours de laquelle ils pourront apprécier la nécessité et l'intérêt du contrat projeté, notamment en vérifiant l'objet du contrat de vente et les conséquences financières de leur engagement. La conclusion d'un contrat préparatoire procède d'une bonne stratégie dans la mesure où, tout en préservant la liberté des contractants quant au contrat définitif, elle leur confère une sécurité appréciable.

Corrélativement, les obligations mises à la charge du vendeur s'accroissent. Il est tenu de fournir à l'acquéreur de nombreux diagnostics techniques qui vont permettre à celui-ci d'apprécier la qualité du bien qui lui est proposé. Ces documents doivent lui être remis lors de l'avant-contrat. On assiste à un changement d'orientation. Dans le Code civil de 1804, la propriété et par voie de conséquence le propriétaire étaient protégés. La plupart des règles existant en la matière étaient édictées en sa faveur. On assiste à un certain

renversement de situation ou plutôt de rééquilibrage contractuel, plus ou moins marqué selon la qualité de l'acheteur.

Le législateur intervient de plus en plus fréquemment en ce domaine. Le droit public de l'immeuble prend une place de plus en plus importante. Il multiplie les droits de préemption, bridant ainsi indirectement la liberté contractuelle du vendeur. Les autorisations administratives ne cessent pas d'augmenter, nécessitant des dossiers techniques de plus en plus complexes.

5. Il n'existe pas un avant-contrat, mais plusieurs avant-contrats. Leur objectif est de préparer le contrat de vente. Ils ne sont jamais une fin en soi. Ils englobent les promesses.

On doit exclure les pactes de préférence. Ils avaient été ignorés par le Code civil de 1804. Ils ont fait l'objet d'une consécration législative avec l'ordonnance du 10 février 2016 qui les définit, en restant dans la droite ligne de la jurisprudence, et les dote d'un statut embryonnaire. Selon l'article 1123, alinéa 1^{er}, du Code civil, ils se définissent comme « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

À en croire certaines décisions, le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente ne devraient pas être distingués. Ainsi, la jurisprudence a parfois affirmé que « le pacte de préférence constitue une promesse unilatérale de vente et en produit les effets »⁷. Cette assimilation n'emporte pas la conviction. D'une part, la promesse de vente et le pacte de préférence sont deux notions tout à fait différentes ; alors que, par une promesse, le propriétaire d'un bien exprime son consentement à la vente du bien promis, par un pacte de préférence, ce même propriétaire s'engage uniquement envers une personne, dans l'hypothèse où il consentirait à vendre tel bien, à lui offrir prioritairement cette vente. La distinction est nette : dans un cas, le propriétaire s'engage irrévocablement à vendre au bénéficiaire, dans l'autre, il s'oblige simplement à éventuellement émettre une offre de vente en faveur de celui-ci. D'autre part, les effets de ces deux avant-contrats diffèrent sensiblement : tandis que le promettant est obligé de vendre, le souscripteur du pacte de préférence reste libre de vendre ou de ne pas vendre.

En cas de promesse unilatérale de vente, la vente n'est subordonnée qu'au consentement du bénéficiaire ; en cas de pacte de préférence, la vente suppose pour être conclue non seulement l'acceptation du bénéficiaire du pacte mais encore, au préalable, l'offre du propriétaire. Faute d'offre et d'acceptation, il est impossible de considérer que l'on se trouve en présence d'un avant-contrat. On se trouve en présence d'un droit éventuel⁸.

7. Aix-en-Provence, 20 févr. 1950 : *JCP* 1950, II, 5501, note BECQUÉ.

8. VERDIER, *Les droits éventuels*, Rousseau, 1955.

Pas plus qu'à une promesse de vente pure et simple, le pacte de préférence ne peut être assimilé à une promesse de vente conditionnelle⁹. En effet, l'événement mis sous condition serait le consentement du propriétaire, débiteur du droit de préférence, à vendre. Or, la modalité que constitue une condition ne peut pas s'entendre d'une condition essentielle de formation du contrat, ce qui est le cas du consentement du promettant dans le contrat de promesse unilatérale de vente¹⁰.

6. Pour autant, on ne peut nier qu'il existe de nombreux points de rencontre entre les avant-contrats et le pacte de préférence. Ce dernier oblige son auteur à faire connaître au bénéficiaire les conditions de l'aliénation, s'il se décide à vendre, afin qu'il puisse user de la préférence d'acquisition ou y renoncer. Par conséquent, il perd sa possibilité de choix du contractant. Si le bénéficiaire refuse l'acquisition et que le vendeur trouve un acquéreur à des conditions inférieures, il sera tenu de lui reproposer le bien.

L'une des difficultés tient au caractère souvent caché du pacte de préférence. La Cour de cassation avait commencé, dans un arrêt du 4 mars 1971, par indiquer que les pactes de préférence devaient être assimilés à une restriction au droit de disposer au sens que lui donne l'article 28-2 du décret du 4 janvier 1955 et qu'il devait faire l'objet d'une publication à ce qui était encore la conservation des hypothèques¹¹. Cette solution fut remise en cause en deux temps. La Cour de cassation avait commencé par exclure de la catégorie des restrictions au droit de disposer, au sens de l'article 28-2 du décret du 4 janvier 1955, un pacte de préférence de bail¹². Mais cette décision laissait subsister une incertitude, puisque le bail n'entraîne pas une disposition. Pour être véritablement certain du revirement de jurisprudence, il faudra attendre une décision du 16 mars 1994 où la Cour a indiqué qu'un « pacte de préférence, qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer » et qu'en conséquence il n'est pas soumis à publicité¹³.

9. V. cependant en sens contraire Cass. 3^e civ., 13 mars 1979 : *Bull. civ.* III, n° 63 ; *JCP N* 1979, II, 253, note SEMER ; *Defrénois* 1979, 1318, note FRANCK ; *Defrénois* 1979, 1651, obs. AUBERT ; Cass. 3^e civ., 16 mars 1994 : *Bull. civ.* III, n° 58 ; *D.* 1994, 486, note FOURNIER ; *RDI* 1995, 144, obs. SIMLER.
10. En ce sens v. COLLARD DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, n° 91.
11. Cass. 3^e civ., 4 mars 1971 : *D.* 1971, 358, note FRANK ; *Defrénois* 1971, 899, obs. AUBERT ; *JCP* 1972, II, 16983, note DAGOT ; *Journ. not.* 1971, 1178, obs. VIATTE ; *Rec. gén. Lois* 1971, 485, note DÉSIRY et sur renvoi Poitiers, 22 mai 1974 : *RTD civ.* 1976, 579, obs. GIVERDON ; *D.* 1976, 299, note AUBERT ; *JCP* 1977, II, 18591, note DAGOT ; *Journ. not.* 1976, 630, obs. VIATTE.
12. Cass. 3^e civ., 13 mars 1979 : *D.* 1979, 546, note FRANK ; *Defrénois* 1979, 1651, obs. AUBERT ; *RDI* 1979, 437, obs. DAGOT ; *RTD civ.* 1980, 134, obs. GIVERDON.
13. Cass. 3^e civ., 16 mars 1994 : *Bull. civ.* III, n° 58 ; *D.* 1994, 486, note FOURNIER ; *Defrénois* 1994, 1164, obs. AYNÈS ; *adde* MAURY, « La protection du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de

7. Pour cette raison, les avant-contrats prévoient le plus souvent une déclaration du vendeur indiquant s'il existe ou non un pacte de préférence. En cas de réponse négative, l'opération immobilière pourra se poursuivre normalement. Mais il arrive que le vendeur ait omis de signaler l'existence d'un tel pacte et que son bénéficiaire souhaite s'en prévaloir alors qu'un avant-contrat suivi d'une vente a été passé avec un tiers. Les sanctions en cas de sa violation ont été dégagées par la jurisprudence et elles ont été reprises dans l'article 1123, alinéa 2, du Code civil.

Le principe est celui de l'octroi de dommages-intérêts, lorsque le bénéficiaire du pacte démontre avoir subi un préjudice causé par la violation d'une obligation de faire. Il s'agit là d'une limite à l'efficacité à son égard du pacte de préférence. Sauf exception, il ne pourra pas acquérir le bien sur lequel il avait pourtant un droit prioritaire.

Reprenant une solution dégagée par un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006¹⁴, l'article 1126, alinéa 2, dispose que « lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ». La portée pratique de cette disposition ne doit pas être exagérée. L'article 1126, alinéa 2, maintient une conception assez restrictive de la mauvaise foi. La connaissance de l'existence d'un pacte de préférence par l'acquéreur n'est pas suffisante. La nécessité d'une intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte se justifie au moins pour une raison procédurale. Si tel n'était pas le cas, il n'aurait pas intérêt à faire une telle demande. Cela revient à exiger que l'acquéreur sache, au moment de la conclusion de la vente, que le bénéficiaire souhaite se prévaloir de sa clause de préférence. Il appartiendra à ce dernier d'en apporter la preuve.

8. Dans l'hypothèse où le vendeur indique l'existence d'un pacte de préférence, celui-ci risque d'être un frein à l'opération immobilière. Il est nécessaire de savoir rapidement si son bénéficiaire entend se prévaloir ou non de son droit de priorité. La réforme du droit des contrats a prévu une action interrogatoire¹⁵. L'article 1123, alinéa 3, prévoit que le tiers « peut demander

vente ou d'un pacte de préférence publié (à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 16 mars 1994) », *JCP N* 1994, I, 341.

14. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006 : *Bull. civ.*, n° 4 ; *BICC* 1^{er} août 2006, rapp. BAILLY, concl. SARCELET ; *D.* 2006, 1861, note GAUTIER et note MAINGUY ; *D.* 2006, 2644, obs. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2006, II, 10 142, note LEVENEUR ; *JCP* 2006, I, 176, obs. LABARTHE ; *JCP N* 2006, 1256, note THULLIER ; *JCP N* 2006, 1278, obs. PIÉDELIEVRE ; *JCP E* 2006, 2378, note DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.* 2006, 2525, note DAGORNE-LABBE ; *Gaz. Pal.* 2006, 3203, note BÉRENGER ; *Defrénois* 2006, 1206, obs. SAVAUX ; *RLDC* 2006, n° 2173, note KENFACK ; *LPA* 18 sept. 2006, note HOUBRON ; *LPA* 11 janv. 2007, note PAULIN ; *RDC* 2006 1080, obs. MAZEAUD ; *RDC* 2006, 1131, obs. COLLART DUTILLEUL ; *RTD civ.* 2006, 550, obs. MESTRE et FAGES ; *Rev. sociétés* 2006, 808, note BARBIÉRI.
15. DE FONTMICHÉL, « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.* 2016, 1665 ; également BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *RDC* 2016, 17.

par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». Son alinéa 4 ajoute que cet écrit doit indiquer « qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ».

Cette nouvelle disposition suscite quelques observations. L'action interrogatoire est une simple possibilité et non une obligation. Les parties à une opération immobilière ont tout intérêt à la sécuriser et par conséquent à l'utiliser. La notion de délai raisonnable sera appréciée souverainement par les juges du fond. Si le bénéficiaire s'abstient de répondre au tiers dans le délai indiqué, il est déchu de ses actions en substitution et en nullité. Enfin, l'existence d'une clause de confidentialité dans le pacte de préférence ne fait pas obstacle à la divulgation de l'existence de celui-ci par le bénéficiaire.

9. Les avant-contrats sont constitués essentiellement par les promesses. Il n'existe pas de véritable unité en cette matière. Il est nécessaire de dissocier les promesses de vente et les promesses d'achat. Les promesses de vente s'analysent comme des contrats par lesquels une personne s'engage à vendre un de ses biens. Elle est désormais contractuellement tenue. Ces promesses sont susceptibles de deux variantes selon la position adoptée par le candidat acquéreur. Il est possible qu'il ne veuille pas encore s'engager à acquérir le bien promis, qu'il se réserve la possibilité de ne pas conclure le contrat de vente, on se trouve alors en présence d'une promesse unilatérale. L'acquisition est alors éventuelle et elle dépendra de sa volonté. L'acquéreur peut également s'engager à acquérir le bien. On se trouve alors en présence d'une promesse synallagmatique et la vente n'est plus alors éventuelle.

Les promesses unilatérales d'achat se définissent comme les contrats par lesquels une personne dite promettant s'engage envers une autre personne dite bénéficiaire à acheter un bien dans le cas où cette dernière déciderait de vendre ce bien. On affirme généralement que l'on se trouve dans une opération inverse de celle résultant d'une promesse unilatérale de vente¹⁶. Cette proposition recèle une part de vérité si l'on se limite à la seule définition de cette opération. Même si elles ne sont pas absentes des opérations immobilières, les promesses unilatérales d'achat sont beaucoup plus rares que celles de vente. On y recourt essentiellement lorsqu'une promesse de vente n'est pas possible, par exemple en cas de vente d'un bien par un incapable.

Les promesses de vente apparaissent comme les avant-contrats naturels. Chacune de ces catégories bénéficie de ses partisans. Classiquement et

16. COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd. Dalloz, 2015, n° 59 ; MALAURIE et AYNÈS par GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 127 ; MAZEAUD par DE JUGLART, *Vente et échange*, 5^e éd., Montchrestien, 1979, p. 128.

schématiquement, les promesses unilatérales de vente étaient utilisées au nord de la Loire et les promesses synallagmatiques au sud.

10. La matière a subi une période de fortes turbulences liées à certaines décisions rendues par la Cour de cassation en matière de promesse unilatérale qui ont modifié l'ordonnement classique. Alors que pendant longtemps, la jurisprudence avait décidé que la promesse unilatérale de vente était susceptible d'une exécution forcée¹⁷, elle a subitement modifié cette position en indiquant que « tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et... la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »¹⁸. Cette solution qui fragilisait de manière non fondée juridiquement la promesse unilatérale de vente a conduit certains à l'abandonner et à lui préférer la promesse synallagmatique.

Certains se sont interrogés sur la nécessité d'élaborer un nouvel avant-contrat. On a proposé de créer un avant-contrat synallagmatique et authentique ne nécessitant pas de publication¹⁹. Pour intéressante que soit cette proposition, on peut se demander si cela est nécessaire, en raison de la souplesse actuelle du droit des contrats, en grande partie maintenue par l'ordonnance du 10 février 2006. Les figures actuelles sont satisfaisantes et éprouvées pour la majorité des opérations.

11. Les idées et les techniques issues du droit de la consommation sont devenues très présentes dans les promesses de vente, principalement, mais pas uniquement dans les hypothèses où l'acquéreur immobilier est réputé être en état de faiblesse. Le droit de la consommation s'est construit autour de deux grands piliers qui se retrouvent dans de nombreux avant-contrats, à savoir l'information et la réflexion.

Depuis quelques années, le législateur impose que les avant-contrats comportent des diagnostics techniques. Ceux-ci répondent à des finalités différentes. Certains ont pour objectif la sécurité des personnes, d'autres sont relatifs à la sécurité de l'immeuble. Tous permettent une bonne information des acquéreurs. Certains d'entre eux répondent d'ailleurs à plusieurs finalités. Même si l'on ne peut pas parler au sens strict du terme d'un diagnostic technique, l'obligation de mesurage pour certains lots de copropriété apparaît comme une forme de diagnostic immobilier.

17. Par ex., Cass. req., 17 juin 1938 : S. 1938, 1, 380.

18. Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993 : *Bull. civ.* III, n^o 174 ; *D.* 1994, 507, note BENAC-SCHMIDT ; *D.* 1994, somm. 230, obs. TOURNAFOND ; *D.* 1995, 87, obs. AYNÈS ; *JCP E* 1995, II, 31, note MAZEAUD ; *Defrénois* 1994, 795, obs. DELEBECQUE ; *Bull. Cridon* 1995, n^o 21, 215, obs. OLIVIER ; *RTD civ.* 1994, 588, obs. MESTRE.

19. DURAND-PASQUIER et HERNNBERGER, « À la recherche d'un avant-contrat synallagmatique et authentique ne nécessitant pas de publication », *JCP N* 2014, 1121.

La réflexion constitue le second pilier. Elle est très liée à la précédente dans la mesure où pour bien réfléchir on doit être parfaitement informé. Il n'est pas étonnant que l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ait octroyé à certains acquéreurs un droit de repentir. L'idée sous-jacente à cette faculté de rétractation est simple. On offre au client une période lui permettant de vérifier que l'objet qu'il a acquis lui sera utile. Il en résulte que le contrat ne sera véritablement ou définitivement formé qu'une fois le délai de repentir expiré.

Il est devenu nécessaire de protéger certains bénéficiaires de promesses de vente qui recourent au crédit en évitant que ceux-ci ne soient définitivement engagés dans les liens de la promesse tant qu'ils ne sont pas certains de disposer des fonds nécessaires au financement de la vente immobilière projetée.

12. L'ordonnance du 10 février 2016 a eu une influence directe partielle et une influence indirecte sur les avant-contrats. L'influence directe a consisté dans l'introduction dans le Code civil de la promesse unilatérale de vente qui en était jusque-là restée en grande partie à l'écart. L'article 1124 du Code civil la définit comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

Mais peut-être surtout, le législateur a mis fin à la jurisprudence sur l'exécution forcée. La pratique notariale avait réussi à contourner cette difficulté en faisant souscrire un engagement ferme et irrévocable de vente par le promettant. Cette clause avait été admise sous certaines conditions par la Cour de cassation²⁰. La situation a été modifiée avec l'ordonnance du 10 février 2016. L'article 1124 alinéa 2 du Code civil dispose désormais que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis »²¹. Même si cette disposition n'est pas parfaitement rédigée, elle présente le mérite de combattre la solution jurisprudentielle et ainsi de redonner force obligatoire à la promesse unilatérale de vente.

En revanche, le législateur est resté muet sur la question des promesses synallagmatiques. La réforme touche la théorie générale des contrats. À partir du

20. Cass. 3^e civ., 27 mars 2008 : *JCP N* 200, 1299, note PILLET ; *BJS* 2008, 852, note LIBCHABER ; *RDC* 2008, 734, obs. MAZEAUD ; *RDC* 2009, 143, obs. BRUN ; *RTD civ.* 2008, 475, obs. FAGES ; *JCP N* 2009, 1001, obs. PIÉDELIÈVRE.

21. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015, 826 ; MEKKI, « Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles. Nouveaux textes, nouveau temps », *JCP N* 2016, 1118 ; NAJJAR, « La sanction de la promesse de contrat », *D.* 2016, 848.

moment où la promesse synallagmatique figure dans la partie du code relatif à la vente, sa mise à l'écart est parfaitement logique.

13. L'influence de l'ordonnance est surtout indirecte dans la mesure où certains principes généraux auront des conséquences importantes sur les promesses. Il est sans doute trop tôt pour les mesurer dans leur globalité. Pour le moment, on n'a pas suffisamment de recul sur certaines innovations. La jurisprudence n'a pas encore commencé son travail d'interprétation de textes qui ne sont pas toujours d'une parfaite clarté. Mais peut-être surtout, on ne sait pas pour de nombreuses dispositions si celles-ci seront ou non d'ordre public, ce qui déterminera la marge de manœuvre des rédacteurs.

On donnera quelques exemples de cette influence indirecte. Elle a parfois pour objectif de contrecarrer certaines positions jurisprudentielles. L'article 1198, alinéa 2, du Code civil dispose que « lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Ce faisant, la position adoptée par la Cour de cassation selon laquelle un compromis non publié est inopposable aux tiers qui en connaissaient pourtant l'existence²² est remise en cause.

Posant un principe général de droit à l'information qui s'applique à l'ensemble des contrats, la règle posée par l'article 1112-1 du Code civil est simple. Le contractant qui détient une information essentielle pour son cocontractant est tenu de la lui transmettre. Si on transpose cette disposition aux promesses de vente immobilière, on s'aperçoit que pratiquement toujours le vendeur est celui qui détient les informations essentielles. Il existe désormais un droit à l'information du candidat acquéreur.

14. La condition suspensive, si présente dans les promesses, a subi certaines modifications et certains aménagements. Les articles 1304-3 et suivants règlent cette matière de manière générale. Selon l'article 1304-4, une partie est « libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ». L'impossibilité de renoncer à la condition postérieurement à son accomplissement demeure, ce qui est la logique même. Lorsque la condition suspensive s'accomplit, l'obligation a pris définitivement naissance ; lorsque la condition résolutoire s'est réalisée, l'obligation est éteinte.

L'ordonnance du 10 février 2016 a abandonné le principe de la rétroactivité de la condition suspensive. L'article 1304-6, alinéa 1^{er}, énonce que

22. Cass. 3^e civ., 10 févr. 2010 : *Bull. civ.* III, n° 41 ; *Deffrénois* 2010, 1073, note GRAVILLOU ; *Deffrénois* 2010, 1169, obs. PIÉDELIEVRE ; *JCP N* 2010, 1146, note LAMIAUX ; *RDC* 2010, 895, obs. PIMONT.

l'obligation « devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive ». Désormais, l'obligation prendra naissance au jour de la réalisation de la condition et non plus au jour de la conclusion du contrat. Cette règle est supplétive de volonté, puisque l'article 1304-6 indique que les parties pourront prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira « au jour du contrat ».

15. Pourtant, il n'est pas certain que toutes les innovations de l'ordonnance du 10 février 2016 aient vocation à modifier certaines clauses classiques figurant dans les promesses. Pour contourner le formalisme civil de l'article 1690 et fiscal de l'article 1589-2, la pratique notariale a imaginé la clause de substitution qui était devenue le principal mode de transmission des promesses.

On peut se demander si la réforme du droit des contrats n'a pas modifié les données du problème. L'article 1216 du Code civil consacre la cession de contrat. Il pose sous forme de principe qu'« un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé »²³. Faut-il alors abandonner la clause de substitution ? Certains auteurs ont répondu par l'affirmative²⁴. D'autres, au contraire, ont prôné son maintien²⁵. Le maintien de la clause de substitution se justifie pour plusieurs raisons. D'abord, pour le moment, elle permet d'écarter le formalisme fiscal de l'article 1589-2. Ensuite, les solutions dégagées par la pratique et la jurisprudence sont éprouvées, alors que la cession de contrat suscite encore certaines interrogations. Enfin, son contenu peut en grande partie être librement décidé par les parties.

16. Certaines clauses ont fait leur apparition dans les promesses. L'une des innovations de la réforme du droit des contrats a consisté dans la consécration de la théorie de l'imprévision. Jusqu'alors la jurisprudence l'avait condamnée. Par l'arrêt dit *Canal de Craponne*, la Cour de cassation avait indiqué que la règle consacrée par l'article 1134 du Code civil « est générale et absolue... » et qu'« il n'appartient (pas) aux tribunaux, quelque équitable

23. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, 1^{re} éd., n° 268 et s.

24. BOFFA, « Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N* 2016, 1115 ; CHANTEPIE, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJC* oct. 2016, 3 ; MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », *JCP N* 2016, 1071 ; CHÉNEDÉ et HERNBERGER, « Les avants-contrats », *JCP N* 2017, 1164. M. HERNBERGER indiquant d'ailleurs à cette occasion « pour ma part, je dois confesser que j'ai toujours eu du mal à comprendre ce qu'était une substitution... ».

25. GISBERS, « De l'opportunité douteuse de réécrire les clauses de substitution après l'ordonnance du 10 février 2016 », *Bull. Cridon de Paris* 1^{er}-15 oct. 2016 ; « Faut-il rebaptiser les clauses de substitution après la réforme du droit des obligations ? », *JCP N* 2016, 1194 ; antérieurement à la réforme du 10 février 2016 certains auteurs avaient montré la différence qui existait entre cession et substitution : BOYER, « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », *JCP* 1988, 250 ; JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, doct., p. 356.

que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »²⁶.

L'article 1195 prévoit désormais que « 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. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

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. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Certains contrats de promesse excluent la révision pour imprévision. On peut douter de la possibilité de la mise à l'écart de l'article 1195 qui figure dans une sous-section consacrée à la force obligatoire du contrat²⁷. À supposer qu'une telle clause puisse cependant être stipulée, elle ne pourrait avoir d'intérêts que pour certaines opérations longues et complexes. Or dès les pourparlers et lors de la signature de la promesse, de nombreuses conditions sont prévues, surtout des clauses de renégociation qui en réalité produiront les mêmes effets. L'effet de la clause sera alors annihilé. La réforme du droit des contrats ne doit pas être l'occasion d'une multiplication des stipulations contractuelles.

17. Malgré ces quelques exemples de modifications, le droit des promesses ne sort pas transformé par l'ordonnance du 10 février 2016. Différentes, mais tendant à un même but, la conclusion d'une vente, elles engagent véritablement l'opération d'acquisition, même si elles nécessitent une période préparatoire qui ne cesse pas de s'accroître, mais qui permettra leur réalisation.

Pour cette raison, on commencera par envisager la préparation de l'avant-contrat (première partie), avant de voir sa réalisation (deuxième partie).

26. Cass. civ., 6 mars 1876 : *DP* 1876, 1, 195.

27. On remarquera cependant que le rapport remis au Président de la République précise que « les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ».

PREMIÈRE PARTIE

LA PRÉPARATION DE L'AVANT-CONTRAT

18. Entre la décision de vendre et la signature de l'avant-contrat, il s'écoule nécessairement un certain temps, même si en théorie la formation d'un avant-contrat pourrait se faire sans discussion préalable. La durée peut être plus ou moins longue, selon la difficulté de l'opération. Il s'ouvre obligatoirement une période préparatoire. Elle est lieu où s'épanouit peut-être le mieux la liberté contractuelle et l'imagination des parties, tout du moins pour certaines opérations immobilières complexes. La pratique a élaboré en ce domaine de nombreuses clauses, comme celle de secret, celle d'obligation de négocier de bonne foi, de négocier dans un certain délai... L'imagination est en ce domaine quasiment sans limites.

La période de négociation précontractuelle n'est en principe enserrée dans aucune forme impérative. Elle consiste généralement dans un jeu de propositions et de contre-propositions qui peuvent être plus ou moins précises ou plus ou moins fermes. On a alors une progression vers un accord qui se matérialisera par l'acceptation de l'autre partie. On met ainsi fin à la période précontractuelle et on entre alors dans le domaine contractuel.

Plusieurs raisons expliquent que la nécessité de préparer l'avant-contrat. Le candidat vendeur doit constituer un dossier (chapitre 1). L'une des évolutions les plus significatives de la matière tient à la multiplication des documents qui devront être remis au candidat acquéreur. On a une nouvelle manifestation de la pénétration de certaines idées consuméristes dans les opérations immobilières. Le vendeur est censé connaître son bien, alors que l'acquéreur non. Il en résulte un déséquilibre qu'il convient de contrebalancer. Le but de ce dossier consiste à permettre à l'acquéreur d'apprécier la qualité du bien qu'il souhaite acheter.

Une fois ce dossier constitué, le vendeur peut décider de lui-même rechercher un acquéreur. Il a également la possibilité de recourir à un intermédiaire qui se chargera de lui trouver un contractant (chapitre 2). Cette recherche nécessite les éléments essentiels à la vente, à savoir le prix et la chose, soient fixés et qu'il ait extériorisé sa volonté par l'émission d'une offre (chapitre 3).

CHAPITRE 1

La préparation du dossier

19. Pendant très longtemps, la préparation d'un dossier de vente était relativement simple : il suffisait que le candidat vendeur fournisse au rédacteur de l'avant-contrat son titre de propriété, afin que le rédacteur vérifie qu'il est bien le propriétaire dudit bien. Ce temps est désormais résolu. L'évolution du droit de la vente résulte de la tendance législative et jurisprudentielle à renforcer l'obligation de renseignement due à l'acquéreur. Outre le bien, il doit connaître l'état du bien qui lui est proposé. Cette information doit lui être fournie dès la conclusion de l'avant-contrat. Pour cette raison, le vendeur doit avoir au préalable constitué un dossier technique. Toutes les pièces nécessaires à la vente devront être présentes lors de la conclusion de l'avant-contrat¹. Deux dossiers sont nécessaires, l'un juridique (section 1) et l'autre technique (section 2).

Section 1. — Le dossier juridique

20. Le droit de la propriété pose une difficulté importante, celle de sa preuve. Pour prouver que l'on est propriétaire, il faut démontrer que son auteur était bien propriétaire. Pour prouver que son auteur était propriétaire, il faudra prouver que l'auteur de celui-ci était lui-même propriétaire et ainsi de suite. C'est la fameuse *probatio diabolica*, diabolique car impossible. Aussi bien plus qu'un moyen d'acquisition, la possession sera un moyen de preuve.

1. HERRNBERGER et LIÈVRE, « Et si l'on rédigeait l'acte de vente de l'avant-contrat ? », *JCP N* 2006, act. 70 ; COHET-CORDEY, « L'achat d'un bien immeuble en l'état : privilégier la phase précontractuelle », *AJDI* 2004, 615.

En prouvant la possession pendant un certain temps, on démontrera par là même la propriété, puisque l'usucapion se sera réalisée.

Il est essentiel que l'acquéreur soit assuré que le vendeur en est bien propriétaire et, plus précisément, que les transmissions successives de ce bien ont été régulières, qu'il n'existe pas de cause d'anéantissement du droit de propriété, par suite de nullité, révocation, répétition, résolution, rescision. L'origine de propriété trentenaire permet de vérifier la propriété du vendeur.

La raison de cette durée tient au fait que les droits sur les immeubles sont susceptibles d'être acquis par une possession trentenaire ordinaire. Tout immeuble peut également faire l'objet d'une prescription abrégée par dix ans. Le possesseur d'un immeuble n'en bénéficie qu'à condition de pouvoir invoquer un juste titre et d'être de bonne foi. Ces deux conditions sont cumulatives. Mais cette prescription abrégée n'est pas suffisante en pratique.

Le notaire ne doit pas se contenter de recopier dans l'acte de vente une origine de propriété antérieure qui pourrait se révéler inexacte, même si en apparence elle semble indiquer la propriété du vendeur. Il doit contrôler et vérifier les origines de propriété établies dans les actes précédents². La vérification de l'origine de propriété est limitée à trente ans, comme le rappelle un arrêt du 17 novembre 2011. La Cour de cassation censure au visa de l'article 1382 du Code civil, alors applicable, des juges du fond aux motifs « qu'en statuant ainsi, en déduisant l'insuffisance des vérifications effectuées par le notaire de ce qu'il n'avait pas découvert une servitude figurant dans les actes relatifs à une parcelle voisine de celle dont il avait instrumenté la vente, quand, sauf circonstances exceptionnelles non alléguées en l'espèce, le notaire n'est pas tenu de vérifier l'origine d'une propriété au-delà de trente ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé »³.

- 21.** Pour autant, cette durée de trente ans n'est pas intangible. Dans certains cas, elle peut être raccourcie, alors que dans d'autres elle doit être allongée.

En cas d'expropriation, l'ordonnance la prononçant éteint tous droits réels ou personnels existants sur les immeubles expropriés. L'article 12-2 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique donne la même solution pour les cessions amiables consenties après déclaration d'utilité publique, lorsqu'il en est donné acte par une ordonnance du juge de l'expropriation, des cessions amiables antérieures à la déclaration d'utilité publique. Selon l'article L. 123-12, alinéa 1^{er}, du Code rural et de la pêche

2. Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2002 : *Bull. civ.* I, n° 54 ; *RCA* 2002, n° 177.

3. Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2011 : *JCP N* 2012, 1120, obs. PIÉDELIÈVRE ; *Defrénois* 2012, 31, note SAGAUT et LATINA ; *JCP N* 2012, 1228, note BONNET.

maritime, « du jour du transfert de propriété résultant de la clôture des opérations d'aménagement foncier agricole et forestier, les immeubles qui en sont l'objet ne sont plus soumis qu'à l'exercice des droits et actions nés du chef du nouveau propriétaire ».

Il est parfois nécessaire de ne pas se limiter à une origine de propriété trentenaire. Il y a lieu de tenir compte des hypothèses d'interruption et de suspension du délai de prescription qui conduisent nécessairement à une origine plus longue. La suspension a un effet limité. Elle apparaît comme un temps mort de la prescription. Celle-ci ne courra plus tant que durera l'événement suspensif, mais elle continuera lorsque cet événement disparaîtra, sans que le délai antérieur à la suspension soit perdu. L'idée générale est que la prescription doit être suspendue lorsque le propriétaire n'a pas la possibilité de droit ou de fait de l'interrompre ; il serait en effet injuste que la prescription puisse courir contre qui ne peut l'empêcher.

Selon l'article 2234, la prescription est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. La prescription est également suspendue à l'égard des mineurs non émancipés et des majeurs en tutelle. Il en va de même entre époux. Enfin en vertu de l'article 2238, alinéa 1^{er}, la prescription est suspendue à compter du moment où « après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation... ».

L'interruption a un effet radical ; elle anéantira le temps déjà passé à posséder de sorte que si le possesseur reste en possession, il devra repartir à zéro.

En cas de bien provenant d'une succession, il est nécessaire de tenir compte du caractère déclaratif de la transmission. Si cette dernière a plus de trente ans, on remonte alors jusqu'au dernier titre translatif ou on remonte sur cinquante ans.

Section 2. — Le dossier technique

22. Le dossier technique a pour objectif de permettre à l'acquéreur d'apprécier la qualité du bien qu'il se propose d'acheter. Il a pour objectif de mieux l'informer. Cette idée est relativement récente ; elle est une conséquence de l'apparition du droit de la consommation et la volonté de rééquilibrer certains rapports contractuels. Le Code civil de 1804 cherchait avant tout à protéger la propriété et donc indirectement le vendeur. L'instauration de la lésion à son seul profit en est un bon exemple.

Pourtant, le Code civil dès son origine comportait certaines mesures protectrices de l'acquéreur qui ont régulièrement été écartés dans les actes notariés.

Outre l'obligation de délivrance, il a prévu une obligation d'information, une obligation de contenance et une garantie des vices cachés.

23. L'article 1602 dispose que « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Cette disposition apparaît comme une mise en œuvre du principe de bonne foi contractuel. Elle part de l'idée que celui qui détient une information doit la transmettre. Cette règle est ancienne. Comme le relevait Planiol, le vendeur « est mieux à même que l'acheteur d'imposer sa volonté et, comme il connaît mieux que lui la chose qui fait l'objet du contrat, il règle à son gré l'étendue des obligations qu'il accepte »⁴. On exprimait également cette solution par l'adage « qui vend le pot, dit le mot »⁵.

L'alinéa 2 de l'article 1602 est peut-être encore plus important en prévoyant que « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». Il dérogeait à l'ancien article 1162 en vertu duquel « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Si on avait appliqué cette règle à la vente, les clauses douteuses se seraient interprétées tantôt en faveur du vendeur et tantôt en faveur de l'acquéreur, puisque souvent en pratique chacun joue le rôle d'offrant. Ici, l'interprétation est faite contre le vendeur.

Le vendeur doit faire une délivrance complète, c'est-à-dire fournir à l'acquéreur l'intégralité de la quotité promise, lorsque la chose est susceptible de plus ou de moins, ce qui est souvent le cas des immeubles. En cas de vente pour une somme fixe, selon 1619 du Code civil, « l'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédent de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire ».

Les articles 1617 et 1618 du Code civil règlent le cas des ventes, dites « à tant la mesure » portant sur un bien déterminé dont la contenance et un prix total sont précisés au contrat. Le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur la quantité indiquée au contrat, puisque les parties ont donné une importance essentielle à la contenance de la chose vendue. Toute différence entre la contenance annoncée et celle délivrée constitue une inexécution de l'obligation de délivrance du vendeur. En cas de contenance inférieure à celle indiquée au contrat, l'article 1617 du Code civil prévoit que « le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix ». En cas de contenance supérieure, l'article 1618 indique que l'acquéreur « a le choix

4. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4^e éd., n° 1357.

5. LOYSEL, n° 402 cité par PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1357.

de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédent est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée ».

24. Le vendeur doit procurer à l'acquéreur une possession utile. Il répond par conséquent des défauts cachés qui rendent la chose impropre à son utilité ou qui la diminuent considérablement. Pour qu'un vice soit considéré comme caché, le bien doit être atteint d'un défaut que l'acquéreur pouvait légitimement ignorer. L'acheteur ne doit pas connaître le défaut, puisque s'il le connaît, par définition le vice n'est plus caché. Il en va de même si le vendeur a informé l'acquéreur de l'existence du vice.

L'article 1644 du Code civil offre deux actions à l'acquéreur qui a une liberté totale de choix⁶. Le juge n'a pas à motiver sa décision et à rechercher quelle serait la solution la moins onéreuse⁷. Par l'action estimatoire, l'acheteur réclame au vendeur une réduction du prix correspondant à la diminution de valeur résultant du vice caché. Par l'action rédhibitoire, l'acquéreur demande la restitution du prix qu'il a payé, moyennant la restitution du bien vicié. Cette dernière action ne peut être exercée que dans la mesure où la restitution de la chose est possible⁸.

25. Pour autant ces différentes dispositions ont été insuffisantes pour permettre une information et une protection de l'acquéreur immobilier. Même si elle se sert parfois de l'article 1602 du Code civil⁹, la jurisprudence n'a pas pris appui sur lui pour dégager une obligation générale d'information. Les règles sur l'obligation de contenance et sur la garantie des vices cachés n'ont jamais été considérées comme étant d'ordre public. Elles sont fréquemment écartées par la convention des parties. Schématiquement, les clauses limitatives de responsabilité sont écartées, lorsque le vendeur est de mauvaise foi, lorsqu'il est professionnel et lorsqu'il a commis une faute lourde.

6. Cass. 3^e civ., 17 févr. 1988 : *Bull. civ.* III, n° 38 ; *RTD civ.* 1965, 665, obs. CORNU.

7. Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010 : *Bull. civ.* III, n° 191 ; *RTD civ.* 2011, 141, obs. GAUTIER.

8. Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994 : *Bull. civ.* I, n° 23 ; *RTD civ.* 1994, 878, obs. GAUTIER.

9. Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 1998 : *Bull. civ.* III, n° 155 ; *D.* 1999, somm. 13, obs. PAISANT ; *JCP E* 1999, 171, obs. VIALLA qui considère que ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et viole l'article 1602 du Code civil la cour d'appel qui, pour constater que l'indemnité d'immobilisation devait rester acquise au promettant, retient qu'un transformateur destiné à l'alimentation en électricité des immeubles voisins figurant sur les plans annexés au permis de construire qui avait été demandé et délivré sans réserve antérieurement à la signature de la promesse, le bénéficiaire de la promesse devait s'attendre à ce qu'un réseau de câbles souterrains traversât le lot, objet de la promesse, dans le voisinage immédiat duquel ce transformateur était implanté et ne pouvait sérieusement prétendre n'avoir pu soupçonner l'existence des câbles souterrains, tout en constatant que la promesse ne faisait pas état de la servitude EDF dont l'existence était incontestée et se bornait à indiquer que le promettant déclarait qu'il n'existait aucune servitude de droit privé ou de droit public empêchant l'exercice du permis de construire tel que délivré ; v. également Cass. 3^e civ., 20 mars 1996 : *Bull. civ.* III, n° 84 ; *RDI* 1997, 90, obs. SAINT-ALARY HOUIN et GROSLIÈRE ; Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001 : *Bull. civ.* III, n° 22 ; *D.* 2002, somm. 932, obs. PIGNARRE ; *AJDI* 2002, 412, obs. COHET-CORDEY.

Devant l'insuffisance du système de droit commun, le législateur n'a pas cessé d'intervenir pour imposer la remise d'éléments jugés nécessaires pour convenablement informer l'acquéreur. On relèvera également que la plupart de ces informations sont remises en cas de contrat de bail au locataire. Le procédé en soi est des plus louable ; chacune des informations est en soi justifiée.

Ce mouvement devient pourtant souvent excessif, car il est certain que l'abondance d'information se retourne souvent contre celui que l'on veut protéger, principalement lorsque l'information transmise est d'ordre purement technique, ce qui est bien entendu le cas pour les opérations immobilières. On arrive parfois à un phénomène de saturation qui débouche sur une absence d'information. Qui peut lire l'ensemble des rapports techniques ? Quelques récapitulatifs généraux sont préférables. Une fois reçus, l'acheteur est présumé en avoir connaissance.

26. Il est impossible d'énumérer toutes les informations qui devront être transmises à l'acquéreur. Il existe de nombreuses situations particulières. On en donnera quelques exemples. Pour les immeubles récemment construits ou rénovés, l'article L. 243-2, alinéa 3, du Code des assurances prévoit que « lorsqu'un acte intervenant avant l'expiration du délai de dix ans prévu à l'article 1792-4-1 du Code civil a pour effet de transférer la propriété ou la jouissance du bien, quelle que soit la nature du contrat destiné à conférer ces droits, à l'exception toutefois des baux à loyer, mention doit être faite dans le corps de l'acte ou en annexe de l'existence ou de l'absence des assurances mentionnées au premier alinéa du présent article ». La jurisprudence se montre très stricte pour le notaire qui ne mentionne pas de manière exacte dans l'acte l'assurance ou qui n'en porte pas mention dans l'acte¹⁰.

Les propriétaires de certaines piscines sont tenus d'installer des dispositifs de sécurité normalisés. Lorsqu'un immeuble comportant une piscine fait l'objet d'une vente, il est impératif de savoir s'il respecte la réglementation de sécurité. On se limitera ici aux diagnostics techniques (§ 1) et aux règles particulières applicables aux immeubles soumis aux règles de la copropriété (§ 2).

10. Par ex. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2009 : *RCA* 2009, n° 220 qui rappelle que « le notaire, en tant que rédacteur de l'acte, est tenu de prendre toutes dispositions utiles pour en assurer l'efficacité, notamment en ce qui concerne la protection des parties à l'acte ; qu'il s'ensuit que, chargé de dresser un acte de vente et tenu, en application de l'article L. 243-2, alinéa 2, du Code des assurances, de faire mention dans le corps de l'acte ou en annexe, de l'existence des assurances prévues aux articles L. 241-1 et suivants du même code, le notaire a l'obligation de vérifier l'exactitude des déclarations du vendeur faisant état de la souscription effective de ces contrats ».

§ 1. Le diagnostic technique

27. L'article L. 274-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit qu'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 vente¹¹. En cas de vente publique, le dossier de diagnostic technique est annexé au cahier des charges. Le domaine d'application de cette disposition est particulièrement large, car elle vise tout immeuble bâti. Il n'y a pas lieu de distinguer selon l'usage, qu'il soit d'habitation, mixte, de bureaux ou commercial.

La loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a créé un carnet numérique de suivi et d'entretien du logement dont la réglementation figure à l'article L. 111-10-5. Il mentionne 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. Il intègre le dossier de diagnostic technique mentionné à l'article L. 271-4 et, lorsque le logement est soumis au statut de la copropriété, les documents mentionnés à l'article L. 721-2. Il est obligatoire pour toute construction neuve dont le permis de construire est déposé à compter du 1^{er} janvier 2017 et pour tous les logements faisant l'objet d'une mutation à compter du 1^{er} janvier 2025.

Si l'on s'en tient au seul dossier de diagnostic technique, il importe d'en préciser le contenu (A), avant de voir le rôle du diagnostiqueur (B).

A. Le contenu du diagnostic technique

28. Selon l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation, 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 la 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 de l'installation intérieure de gaz prévu à l'article L. 134-6 du présent code ;

11. Wertenschlag, « Le dossier de diagnostic technique en matière de vente et de location », *AJD* 2007, 113.

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 mэрule ».

- 29.** Les mutations concernées par le dossier de diagnostic technique sont les ventes. Certaines précisions doivent être apportées. On doit en conclure à l'exclusion des mutations à titre gratuit et des actes déclaratifs comme le partage.

Plus délicate est la question de savoir si ce diagnostic doit être fourni pour les droits de préemption. Pour le droit de préemption urbain, la solution est indirectement donnée par l'article R. 213-7, II du Code de l'urbanisme. Il prévoit la faculté pour le bénéficiaire de ce droit de demander dans le délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration d'intention d'aliéner, des pièces complémentaires portant sur la consistance et l'état de l'immeuble, parmi lesquelles figure le dossier de diagnostic technique. De là, on peut en déduire qu'il n'avait pas à être produit initialement.

Pour les droits de préemption du locataire, qu'il s'agisse de celui de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 ou celui de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, la question reste plus ouverte¹². Certains juges du fond l'ont exclu, tout du moins pour certains de ses éléments. La Cour de Paris a ainsi indiqué pour un congé de l'article que « les mentions concernant les risques de saturnisme, les termites et les insectes xylophages ne sont exigées qu'en cas de vente ou de promesse de vente et non dans l'hypothèse d'une offre de vente contenue dans un congé »¹³. La solution n'est pas totalement illogique dans la mesure où désormais les locataires doivent recevoir un dossier technique. La prudence commande malgré tout de remettre ce document. Il en va de même en cas d'échange, même si là encore il n'existe pas de certitude.

- 30.** L'article L. 271-4 prévoit que le dossier est établi par le vendeur. En conséquence, il supporte les frais d'établissement. Le coût des diagnostics ne fait

12. Pour les ventes dites à la découpe ou pour les accords collectifs, il existe un système d'information spécifique.

13. Paris, 30 oct. 2001 : *Loyers et copr.* 2002, n° 115, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Paris, 24 sept. 2002 : *Rev. loyers* 2003, 113.

pas partie des frais d'acte et autres accessoires de la vente mis à la charge de l'acquéreur par l'article 1593 du Code civil. Toutefois, cette règle n'est pas d'ordre public et il est possible que le vendeur et l'acquéreur s'accordent pour les faire supporter par l'acquéreur¹⁴.

Lors de l'avant-contrat, le diagnostic technique ne comprendra pas obligatoirement les différents documents énumérés par l'article L. 271-4. Son contenu est variable. Le diagnostic risque naturel n'est pas, par exemple, requis si l'immeuble est situé dans une zone ne présentant pas ce risque.

Même si l'on parle de dossier de diagnostic technique, chacun des diagnostics est indépendant et il suit sa propre réglementation. La durée de validité de chacun d'eux et la sanction en cas d'omission le démontrent aisément.

Si l'on se place sur le terrain de la durée, par exemple pour l'état relatif à la présence de termites, il doit avoir moins de six mois, pour le diagnostic de performance énergétique, moins de dix ans puisqu'il est valable dix ans, moins de trois ans pour l'installation du gaz, moins de trois ans pour l'état de l'installation intérieure d'électricité et moins de un an pour le diagnostic relatif au risque de plomb.

Le même constat doit être effectué pour les sanctions. En l'absence d'états en cours de validité concernant le plomb, l'amiante, les termites, l'installation de gaz et d'électricité lors de la signature de l'acte authentique de vente, le vendeur ne peut s'exonérer de la garantie des vices cachés de ces chefs. En l'absence d'état des risques naturels et technologiques, lors de la signature de l'acte authentique, l'acquéreur peut demander la résolution du contrat ou une diminution de prix. Le diagnostic de performance énergétique n'a qu'une valeur informative.

- 31.** Il reste à tirer les conséquences de l'absence de fourniture ou de la fourniture incomplète des diagnostics techniques sur l'avant-contrat. Sa validité ne sera pas remise en cause. Il en va d'ailleurs de même de l'acte de vente qui suit. La conséquence en est qu'elle prive seulement le vendeur de la possibilité d'invoquer une clause d'exonération de la garantie des vices cachés¹⁵. Si l'avant-contrat contient une clause d'exonération de la garantie des vices cachés, celle-ci ne pourra pas produire ses effets.

Il est fréquent qu'un vendeur, par définition pressé de vendre son bien, trouve un acquéreur, alors que tous les diagnostics techniques n'ont pas été encore effectués. Il est alors usuel d'insérer dans l'avant-contrat une condition suspensive. La question de la validité de ce procédé se pose alors. À son encontre, on peut faire valoir que l'information de l'acquéreur n'est pas totalement effectuée, puisqu'elle interviendra une fois le contrat de promesse

14. Cass. 3^e civ., 16 janv. 2013 : *Bull. civ.* III, n° 6.

15. Cass. 3^e civ., 2 mars 2010 : *AJDI* 2010, 416.

signé. Les termes de l'article L. 271-4 paraissent également condamner cette possibilité. Cette disposition prévoit que l'information doit être donnée à l'acquéreur au moment de la signature de l'avant-contrat. Les diagnostics peuvent être fournis lors de la vente uniquement s'il n'y a pas eu de signature d'un avant-contrat.

Pourtant, une majorité d'auteurs se prononce en faveur de la faculté d'insérer une telle condition suspensive¹⁶. Elle présente l'avantage de ne pas différer la conclusion d'une opération immobilière. Le vendeur n'est pas toujours le seul à être pressé. L'acquéreur comprend difficilement qu'il puisse y avoir un retard, alors qu'il y a accord sur la chose et sur le prix. Si le diagnostic manquant s'avère négatif, il n'en résultera pas de conséquences pratiques.

Il y a lieu de tenir compte du délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Il semble difficile de valablement purger ce droit avant que le dernier diagnostic soit fourni à l'acquéreur¹⁷. Il s'agit d'une information essentielle pour l'acquéreur et imposée par le législateur. Le délai de rétractation ne peut donc pas courir. Autant dans cette hypothèse retarder la signature de l'avant-contrat pour éviter toute ambiguïté. Si la jurisprudence devait décider que le délai de rétractation a pu courir, la présence d'un diagnostic positif conduirait nécessairement à l'obligation de repurger.

Plomb	Constat des risques d'exposition au plomb	1 an si présence de plomb, illimitée si absence de plomb 6 ans en cas de location	Pas d'exonération de la garantie des vices cachés pour le vendeur et des sanctions pénales et civiles pour le bailleur.
Termites	État relatif à la présence de termites	6 mois	Pas d'exonération de la garantie des vices cachés
Gaz	État de l'installation intérieure de gaz	3 ans	Pas d'exonération de la garantie des vices cachés
Électricité	État de l'installation électrique	3 ans	Pas d'exonération de la garantie des vices cachés

16. BÉTHUNE, « Amiante, plomb, termites. Pot-pourri », *Defrénois* 2001, 553 ; BLOND et LOUSSOUARN, « Amiante, plomb, termites, dispositions intéressant le notariat », *Bull. Cridon Ouest* mars 2004, 56 ; BOULANGER, « L'amiante, le plomb et la condition suspensive », *JCP N* 2002, 1689 ; CORGAS-BERNARD, « Délivrance tardive du dossier de diagnostic technique », *JCP N* 2008, 1191.

17. En ce sens DURAND-PASQUIER, « De l'incidence des obligations d'informations légales du vendeur sur le contrat de vente d'immeuble », *JCP N* 2008, 1177.

Mérule	Attestation de superficie	À fournir lors de la vente	Action éventuelle sur les vices cachés
Amiante	État mentionnant la présence ou l'absence de matériaux ou produits contenant de l'amiante	Illimité si constat négatif Si présence d'amiante, un nouveau contrôle doit être effectué dans les 3 ans suivant la remise du diagnostic	Pas d'exonération de la garantie des vices cachés
Risques	Diagnostic immobilier logement décent	Moins de 6 mois avant la date de la promesse de vente	Poursuite de la résolution ou demande de diminution de prix par le vendeur
Assainissement autonome	Diagnostic immobilier assainissement autonome	8 ans (décret en attente)	Pas d'exonération de la garantie des vices cachés
Performance énergétique	Diagnostic de performance énergétique	10 ans	Aucune

B. Le rôle du diagnostiqueur

32. Compte tenu de la complexité et de la spécificité de certains diagnostics, le recours à un technicien s'est avéré indispensable. De là est apparue une nouvelle profession, celle de diagnostiqueur. L'intervention d'un professionnel est obligatoire pour l'établissement des diagnostics concernant le plomb, l'amiante, les termites, l'état de l'installation de gaz et d'électricité, ainsi que pour le diagnostic de performance énergétique. Ce diagnostiqueur obéit à un statut (1). En tant que professionnel, il engage sa responsabilité en cas de diagnostic inexact (2).

1. Le statut du diagnostiqueur

33. Selon l'article L. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation, le diagnostiqueur est une personne présentant des garanties de compétence et disposant d'une organisation et de moyens appropriés. L'article R. 271-1 ajoute qu'il peut s'agir d'une personne physique dont les compétences ont été certifiées par un organisme accrédité dans le domaine de la construction ou d'une

personne morale employant des salariés ou constituée de personnes physiques qui disposent des compétences certifiées dans les mêmes conditions.

La certification des compétences est délivrée en fonction des connaissances techniques dans le domaine du bâtiment et de l'aptitude à établir les différents éléments composant le dossier de diagnostic technique. Les autorités autorisées à délivrer la certification des compétences sont accréditées par un organisme signataire de l'accord européen multilatéral pris dans le cadre de la coordination européenne des organismes d'accréditation. L'accréditation est accordée en considération de l'organisation interne de l'organisme en cause, des exigences requises des personnes chargées des missions d'examineur et de sa capacité à assurer la surveillance des organismes certifiés. Divers arrêtés sont intervenus pour définir les critères de certification des compétences des opérateurs-personne physique et les critères d'accréditation des organismes de certification.

La personne appelée pour l'établissement des diagnostics doit remettre préalablement à son client un document par lequel elle atteste sur l'honneur qu'elle est en situation régulière au regard des dispositions légales et qu'elle 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.

Selon l'article L. 271-6, le diagnostiqueur doit disposer « d'une organisation et de moyens appropriés », ce qui sera vérifié lors de la délivrance du certificat de compétence. L'intervenant ne doit avoir « aucun lien de nature à porter atteinte à son impartialité et à son indépendance ni avec le propriétaire ou son mandataire qui fait appel à elle, ni avec une entreprise pouvant réaliser des travaux sur les ouvrages, installations ou équipements pour lesquels il lui est demandé d'établir l'un des documents mentionnés ».

34. La pratique du commissionnement a été interdite. Le diagnostiqueur ou son employé ne peut pas accorder, directement ou indirectement, à une personne agissant de manière habituelle sur les biens d'autrui qui intervient pour la vente ou la location pour laquelle l'un des documents qui doivent être établis dans les conditions prévues à l'article L. 271-6 est demandé, aucun avantage ni rétribution, sous quelque forme que ce soit. De même, le diagnostiqueur ou son employé ne peut pas recevoir, directement ou indirectement, de la part d'une entreprise pouvant réaliser des travaux sur les ouvrages, installations ou équipements sur lesquels porte sa prestation, aucun avantage ni rétribution, sous quelque forme que ce soit¹⁸.

18. BOULANGER, « Indépendance et impartialité des diagnostiqueurs », *JCP N* 2010, act. 728.

Pour prévenir le risque d'insolvabilité dans le cas de mise en cause de sa responsabilité professionnelle, le législateur a prévu que chaque diagnostiqueur devait souscrire une assurance personnelle permettant de couvrir les conséquences d'un engagement de sa responsabilité en raison de ses interventions. Selon l'article R. 271-2, le montant de la garantie ne peut être inférieur à 300 000 euros par sinistre et 500 000 euros par année d'assurance.

Le non-respect des différentes obligations du diagnostiqueur est pénalement sanctionné par l'article R. 271-4.

2. La responsabilité du diagnostiqueur

35. Comme tout professionnel, le diagnostiqueur engage sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations¹⁹. Les diagnostics techniques ont pour objectif d'informer l'acquéreur sur l'état de l'immeuble qu'il se propose d'acquérir. Il est normal qu'il bénéficie de certaines actions s'il n'a pas reçu l'information à laquelle il avait droit. La majorité de ces actions sera exercée contre le vendeur, puisqu'il est débiteur de ces informations. Mais l'une des originalités de cette matière tient au fait que les diagnostics, du fait de leur technicité, sont établis par des professionnels, le vendeur se contentant de les transmettre sans pouvoir en vérifier le contenu ou la véracité. Le diagnostiqueur n'est tenu d'aucune obligation d'information envers l'acquéreur. Pourtant, cela ne signifie pas que ce dernier ne puisse pas agir contre lui.

Cette responsabilité est d'ordre contractuel à l'égard du vendeur qui l'a mentionnée. On applique alors les articles 1103 et 1231-1 du Code civil. Sa responsabilité peut être engagée à l'égard des tiers sur le fondement délictuel des articles 1240 et 1241.

36. La responsabilité contractuelle du diagnostiqueur suppose la réunion d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice. Lorsqu'il est chargé de réaliser un diagnostic rendu obligatoire par la loi, le diagnostiqueur doit rechercher par lui-même toutes les informations sur le bien nécessaires à la réalisation de ce diagnostic et il est tenu de conseiller des examens supplémentaires s'il les juge nécessaires²⁰. Il doit remplir sa mission en respectant les règles de l'art²¹.

19. BUS, « La responsabilité des organismes agréés. Une problématique nouvelle », *AJDI*2003, 566 ; COHEN-BOULAKIA, « La responsabilité civile et pénale du diagnostiqueur à l'égard du vendeur et de l'acquéreur de l'immeuble », *Constr.-Urb.* 2008, étude 14 ; DURAND-PASQUIER, « La responsabilité des diagnostiqueurs immobiliers », *RCA* 2009, étude 1 ; SAINT-GENIEST, « La responsabilité des diagnostiqueurs », *AJDI*2012, 167 ; WERTENSCHLAG et GEIB, « La responsabilité du diagnostiqueur immobilier », *AJDI*2009, 417.

20. Cass. 3^e civ., 2 juill. 2003 : *Bull. civ.* III, n° 141.

21. Cass. 3^e civ., 14 sept. 2017, n° 16-21942 indiquant qu'« en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions soutenant que l'opérateur ne pouvait pas limiter son intervention à un simple contrôle visuel mais devait mettre en œuvre les moyens nécessaires à la bonne exécution de

On se trouve en présence d'une obligation de résultat. Il arrive, souvent par un souci d'économie, que le vendeur restreigne la mission du diagnostiqueur. Dès lors, il ne peut être tenu pour responsable d'un défaut d'investigation²². La solution est certaine pour le vendeur professionnel. Pour le vendeur profane, le devoir de conseil du diagnostiqueur lui imposera d'attirer l'attention de son client sur la mesure la plus adéquate.

L'étendue de la réparation du vendeur pose certaines difficultés. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel « la restitution du prix à laquelle le vendeur est condamné ne constitue pas un préjudice indemnisable permettant une action en garantie »²³. La solution se justifie par le fait que le bien sera restitué au vendeur. L'action en responsabilité civile n'a pas pour objectif de conduire à son enrichissement. En revanche, le préjudice financier et moral résultant de la procédure initiée contre lui par l'acquéreur peut être indemnisé. La jurisprudence sanctionne également la perte d'une chance de vendre son bien un certain prix²⁴.

37. Le lien de causalité suscite parfois certaines hésitations, comme le démontre un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2016. La Cour de cassation rejette un pourvoi aux motifs « qu'ayant relevé que, même si le diagnostic réalisé en application de l'article L. 111-6-2 du Code de la construction et de l'habitation avait révélé le véritable état des sous-sols, l'erreur de diagnostic n'était pas à l'origine des désordres et les travaux de reprise auraient dû être entrepris par la société V., la cour d'appel, devant laquelle la société V. sollicitait la condamnation de la société S. au paiement du coût des travaux de reprise et des frais annexes et qui, sans être tenue de procéder aux

sa mission, tout en relevant que le diagnostiqueur s'était abstenu d'effectuer des sondages non destructifs, notamment sonores, et sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, dès lors qu'il n'avait effectué de repérage que dans les parties visibles, il pouvait conclure à l'absence d'amiante dans les autres parties sans émettre de réserves ».

22. Cass. 3^e civ., 27 sept. 2006 : *Bull. civ.* III, n° 194 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 4, obs. LEVENEUR ; *JCP* 2007, 115, obs. STOFFEL-MUNCK ; *JCP N* 2007, 1157, obs. PIÉDELIEVRE où la Cour rejette un pourvoi aux motifs qu'ayant constaté que le vendeur, « au lieu de confier au professionnel la réalisation d'un "état parasitaire" complet au sens du décret n° 2000-613 du 3 juillet 2000 relatif à la protection des acquéreurs d'immeubles contre les termites, s'était borné à lui demander de procéder à un simple "examen visuel des charpentes", la cour d'appel, qui a souverainement retenu que le vendeur, professionnel de la vente immobilière au fait de la législation en matière de protection des acquéreurs contre les termites, avait, dans un souci d'économie et en pleine connaissance de cause, délibérément restreint la mission confiée au contrôleur technique, a pu en déduire, sans être tenue de procéder à une recherche sur la compétence du vendeur en matière de lutte contre les termites que ses constatations rendaient inopérante, qu'il ne pouvait être fait grief au professionnel de ne pas avoir relevé la présence de "termites souterrains" puisque cette recherche ne faisait pas partie de sa mission, et qu'aucun manquement à son devoir de conseil ne pouvait lui être reproché ».

23. Cass. 3^e civ., 4 janv. 2006, n° 06-15332.

24. Cass. 3^e civ., 7 oct. 2007, n° 08-20049.

recherches prétendument omises, a pu retenir que le lien de causalité entre l'obligation du vendeur de recourir aux travaux et l'erreur du diagnostiqueur n'était pas démontré, a légalement justifié sa décision de fixer le préjudice au surcoût des travaux rendus nécessaires par l'aggravation des désordres entre 2003 et 2011 »²⁵.

Si l'on se place sur le terrain de la responsabilité civile, la solution adoptée par cette décision est tout à fait justifiée. La faute du diagnostiqueur était incontestable. L'existence du lien de causalité suscitait plus de difficultés. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que les désordres existaient et qu'en tout état de cause ils étaient étrangers à la faute du diagnostiqueur. Pourtant, il existait un préjudice indemnisable qui ne consistait pas à avoir à effectuer des travaux, mais à avoir dû faire ces travaux à un coût supplémentaire. Seul ce surcoût est réparable.

- 38.** La difficulté en cas d'action en responsabilité de l'acquéreur contre le diagnostiqueur ne consiste pas ou rarement dans la faute du professionnel, puisque la jurisprudence a posé sous forme de principe que le manquement contractuel peut être invoqué par un tiers, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, dès lors qu'il lui cause un dommage²⁶, même si certaines décisions paraissent revenir sur cette solution, mais plutôt dans le préjudice subi par l'acquéreur et le lien de causalité. Pour remédier à cette difficulté, certaines décisions avaient eu recours à la notion de perte d'une chance. Par exemple par un arrêt du 20 mars 2013, rendu dans une hypothèse où il existait erreur commise par un diagnostiqueur de performance énergétique qui avait sous-estimé le coût annuel du chauffage, elle avait indiqué que « les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors qu'il n'est pas certain que mieux informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse »²⁷. Pareille solution a été également donnée pour un mesurage Carrez²⁸. Seule la troisième chambre civile rejetait le recours à cette théorie. Par un arrêt du 12 septembre 2012, elle avait indiqué qu'un acquéreur « avait droit à l'indemnisation de son entier préjudice et non à celle d'une perte de chance »²⁹.

Cette théorie a été condamnée par une chambre mixte de la Cour de cassation qui a rejeté un pourvoi aux motifs « qu'ayant relevé que les investigations insuffisantes de la société HDI n'avaient pas permis que les acquéreurs

25. Cass. 3^e civ., 7 janv. 2016 : *JCP N* 2016, 1087, obs. PIÉDELIÈVRE.

26. Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006 : *JCP* 2006, II, 10181, avis GARIAZZO, note BILLIAU ; *D.* 2006, 2825, note VINEY ; *RTD civ.* 2007, 115, obs. MESTRE et FAGES.

27. Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013 : *Contrats, conc. consom.*, 2013, n° 127, obs. LEVENEUR.

28. Cass. 2^e civ., 6 juin 2013, n° 12-19660.

29. Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, n° 11-18122.

soient informés de l'état véritable d'infestation parasitaire de l'immeuble et retenu que ceux-ci avaient été contraints de réaliser des travaux pour y remédier, la cour d'appel a déduit exactement de ces seuls motifs que les préjudices matériels et de jouissance subis par M. et M^{me} X... du fait de ce diagnostic erroné avaient un caractère certain et que la société MMA, assureur de la société HDI, leur devait sa garantie »³⁰.

On ne peut qu'approuver l'exclusion du recours à la théorie de la perte d'une chance. Dans bien des domaines, le recours à cette théorie permet de contourner une incertitude qui existe sur le préjudice et sur le lien de causalité. Il en est ainsi en matière de devoir de mise en garde. Pour certains, la Cour de cassation a voulu mettre avant tout en avant la protection de l'acquéreur immobilier³¹. Ce sentiment est renforcé par le communiqué de la Cour de cassation indiquant que cette solution « s'inscrit dans le sens du renforcement de la sécurité des transactions immobilières et de la protection des acquéreurs voulu par le législateur ». Pour autant, il ne faut pas oublier qu'il appartiendra à l'acquéreur de démontrer la réalité de son préjudice ainsi que du lien de causalité qui ne résulteront pas de la simple démonstration de la faute du diagnostiqueur. On ne voit pas pourquoi si tel est le cas, il n'aurait pas droit à une indemnisation intégrale.

Est-ce à dire que la perte d'une chance n'aura plus droit de cité en matière de responsabilité du diagnostiqueur ? La réponse n'est pas certaine. Dans les rapports entre le vendeur et un mesureur, la Cour de cassation a indiqué que, si la restitution, à laquelle le vendeur est tenu en vertu de la loi à la suite de la diminution du prix résultant d'une moindre mesure par rapport à la superficie convenue, ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnisable permettant une action en garantie, le vendeur peut se prévaloir à l'encontre du mesureur ayant réalisé un mesurage erroné, d'une perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre³².

§ 2. Les immeubles soumis au statut de la copropriété

39. La vente d'un immeuble soumis au statut de la copropriété présente un certain particularisme qui commence avec les annonces immobilières qui

30. Cass. ch. mixte, 8 juill. 2015 : *D.* 2015, 2155, obs. V. MAZEAUD ; *D.* 2016, 35, obs. BRUN et GOUT ; *JCP* 2015, 1088, obs. SERINET ; *RCA* 2015, 293, obs. HOCQUET-BERG ; *Contrats, conc. consom.*, 2015, 253, obs. LEVENEUR ; *Constr.-Urb.* 2015, 145, obs. SIZAIRE ; *RTD civ.* 2015, 895, obs. GAUTIER ; *JCP N* 2016, 1087, obs. PIÉDELIEVRE ; *RDC* 2015, 848, note DESHAYES ; *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 2015, 19, note MEKKI ; *Gaz. Pal.* 23-24 sept. 2015, 8, note MIGNOT.

31. V. MAZEAUD, note sous Cass. ch. mixte, 8 juill. 2015, préc.

32. Cass. 3^e civ., 28 janv. 2015 : *JCP* 2015, 216, note VINEY ; *JCP N* 2015, 1186, obs. PIÉDELIEVRE ; *D.* 2015, 320, obs. LE RUDULIER.

comportent une certaine spécificité. Il se poursuit avec la signature de l'avant-contrat où le candidat acquéreur, outre les diagnostics de droit commun, doit recevoir une information supplémentaire. Il s'achèvera lors de la vente avec le questionnaire syndic et les quelques formalités postérieures nécessaires pour que l'opération immobilière soit achevée.

L'originalité est due au statut de la copropriété des immeubles bâtis. Il réunit sur la tête de chaque copropriétaire des droits de propriété divisée et indivise en un ensemble indissociable en principe, le lot, puisque ce dernier est impérativement composé d'une partie privative et d'une quote-part des parties communes. Une information particulière s'impose pour tenir compte de cette spécificité. Comme pour les autres acquisitions immobilières, le législateur ne cesse pas de multiplier les informations, à tel point qu'à certains moments le système devient difficilement gérable. Le candidat acquéreur est noyé dans un flot de documents qui, pour la plupart, est inutile et l'empêche de se concentrer sur ce qui est véritablement important pour lui.

- 40.** Une autre orientation de la vente d'un immeuble soumis au statut de la copropriété consiste à empêcher certaines personnes jugées indésirables d'acquérir un lot. L'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 interdit l'entrée dans la copropriété de candidats acquéreurs déjà copropriétaires dans l'immeuble, et qui ne sont pas à jour de leurs charges.

Selon cette disposition, préalablement à l'établissement de l'acte authentique de vente d'un lot ou d'une fraction de lot, le cas échéant après que le titulaire du droit de préemption urbain ait renoncé à l'exercice de ce droit, le notaire notifie au syndic de la copropriété le nom du candidat acquéreur ou le nom des mandataires sociaux et des associés de la société civile immobilière ou de la société en nom collectif se portant acquéreur, ainsi que le nom de leurs conjoints ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

Dans un délai d'un mois, le syndic délivre au notaire un certificat datant de moins d'un mois attestant :

1° Soit que l'acquéreur ou les mandataires sociaux et les associés de la société se portant acquéreur, leurs conjoints ou partenaires liés à eux par un pacte civil de solidarité ne sont pas copropriétaires de l'immeuble concerné par la mutation ;

2° Soit, si l'une de ces personnes est copropriétaire de l'immeuble concerné par la mutation, 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 le copropriétaire n'est pas à jour de ses charges, le notaire notifie aux parties l'impossibilité de conclure la vente.

Si un avant-contrat de vente a été signé préalablement à l'acte authentique de vente, l'acquéreur ou les mandataires sociaux et les associés de la société se portant acquéreurs, leurs conjoints ou partenaires liés à eux par un pacte civil de solidarité, dont les noms ont été notifiés par le notaire, disposent d'un délai de trente jours à compter de cette notification pour s'acquitter de leur dette vis-à-vis du syndicat. 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.

41. L'article L. 551-1 du Code de la construction et de l'habitation a prévu une peine complémentaire, frappant les personnes physiques, consistant en l'interdiction d'acheter pour une durée de 5 ans au plus, un bien immobilier à usage d'habitation à d'autres fins que pour l'occuper à titre personnel. Cette peine complémentaire est susceptible d'être prononcée pour sanctionner divers délits concernant l'habitat indigne, à savoir : la soumission d'une personne vulnérable ou en état de dépendance à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, une infraction aux dispositions du Code de la construction de l'habitation concernant la sécurité des établissements d'hébergement recevant du public en matière d'incendie et de panique, ou concernant les bâtiments menaçant ruine ou une infraction aux règles posées par le Code de la santé publique en matière de sécurité et de salubrité des immeubles.

Cette peine complémentaire doit être expressément prévue par le jugement de condamnation et elle prend effet lorsque ce jugement est définitif. Cette interdiction d'acheter, qui frappe uniquement des personnes physiques, s'applique aux acquisitions faites par l'auteur de l'infraction à titre personnel, mais aussi 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.

L'article L. 551-1 fait obligation au notaire chargé d'établir l'acte authentique de vente de vérifier si l'acquéreur a fait l'objet d'une telle condamnation. S'il résulte de ses investigations que l'acquéreur a fait l'objet 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 de vente signé antérieurement sera réputé nul et non avenu aux torts de l'acquéreur.

Si l'on revient sur les informations que le vendeur doit obtenir sur la copropriété avant la signature de l'avant-contrat, on dissociera, compte tenu de son importance pratique le mesurage (A) des autres obligations d'information (B).

A. Le mesurage

42. Le Code civil a prévu une obligation de mesurage dans ses articles 1617 et suivants. Compte tenu de son caractère insuffisant, le législateur a imposé une obligation de mesurage en cette matière. Il est vrai que la superficie est un élément important sinon fondamental pour l'acquéreur. Il existait une tendance des vendeurs à « gonfler » le nombre de mètres carrés. Pour cette raison, le législateur est intervenu en ce domaine par une loi du 18 décembre 1996, encore dite loi *Carrez* qui a été intégrée dans la loi du 10 juillet 1965³³. Cette inclusion dans le droit de la copropriété démontre le caractère partiel et insuffisant de la réglementation ainsi adoptée. Seules sont visées les ventes de lots de copropriété. On ne voit pas pourquoi l'acquéreur d'un bien immobilier non soumis au statut de la copropriété est moins bien protégé que l'acheteur d'un bien soumis à ce statut. La mise en œuvre de ce mesurage est particulièrement complexe et elle a été source de nombreuses difficultés. Le système ainsi instauré est d'ordre public. Toute clause qui y dérogerait serait considérée comme non écrite. La Cour de cassation a considéré que cette réglementation ne porte atteinte ni au principe de réparation et de

33. V. parmi une bibliographie abondante BENILSI, « La responsabilité du notaire à la mesure de la loi Carrez », *JCP N* 2010, 1228 ; BENOÎT-CATTIN, « Loi Carrez », *Bull. Cridon Ouest*, janv. 1998, 1 ; BOSGIRAUD, « Protection des acquéreurs de lots de copropriété, 19 juin 1997, mention des superficies », *Bull. Cridon Paris* 1^{er}-15 déc. 1996, 125 ; « Faut-il appliquer la loi Carrez aux ventes d'immeubles à construire », *Bull. Cridon Paris* 1^{er}-15 août 1997, 125 ; « Variations thématiques sur la loi Carrez », *Bull. Cridon Paris* 1^{er}-15 déc. 1997, n° 23, II, 167 ; BOSQUE, « La "loi Carrez" » et les ventes réalisées à la barre du Tribunal », *Gaz. Pal.* 1997, 2, doct. 1470 ; CAPOULADE ET GIVERDON, « Loi du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété », *RDI* 1997, 31 ; DAGOT, « Garantie de contenance du lot de copropriété vendu », *JCP N* 1997, prat. 4005 ; DESTAME, « L'indication de la superficie et la clause de garantie de contenance après la loi Carrez », *JCP N* 1997, I, 781 ; « Loi Carrez : qui va payer le mesurage ? », *JCP N* 1997, I 879 ; GILLIER, « Bilan sur la pratique de la loi Carrez : mesurer un lot de copropriété, est-ce une technique ? », *AJDI* 2007, 515 ; HEUGAS-DARRASPEN, « Superficie et expertise immobilière : L'apport de la loi du 16 décembre 1996 », *AJPI* 1997, 287 ; HOCQUARD, « De la nature juridique du jugement d'adjudication », *Gaz. Pal.* 1997, 2, doct. 1514 ; LEBATTEUX, « L'indication de la superficie dans la vente d'immeubles après la loi du 18 décembre 1996 », *Administrer* avr. 1997, 12 ; « Les dispositions légales destinées à faire connaître la surface réelle des lots vendus, au regard des décisions de justice les plus récentes », *Administrer* juill. 2008, 23 ; PLAIDY, « Mesurage Carrez et diagnostics immobiliers : les risques encourus par les parties en cas d'erreur ou de manquement au devoir d'information », *Cahiers Cridon Lyon*, 2010, 29 ; PORTE, « Protection des acquéreurs de lots de copropriété », *Ann. loyers* 1997, 39 ; ROUZET, « Du bon usage de la "loi Carrez" », *Deffrénois* 1997, art. 36637 ; « Détermination de la superficie et délimitation du lot de copropriété », *Deffrénois* 2013, 1127 ; « Le géomètre et la loi Carrez : un tiers au contrat de vente ? », *JCP N* 2013, 1225 ; ROUX, « Première question prioritaire de constitutionnalité en copropriété », *Inf. rap. copr.* mars 2013, 11 ; « Travaux, changement de destination et loi Carrez », *Loyers et copr.* 2012, étude 9 ; SIZAIRE, « Vente d'immeuble à construire et garantie de superficie : une application conventionnelle », *JCP N* 1998, 148.

responsabilité, ni au droit à un recours juridictionnel effectif, ni au principe de liberté contractuelle, ni au droit de propriété³⁴.

Selon l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, « 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 nullité de l'acte peut être invoquée sur le fondement de l'absence de toute mention de superficie ». Il importe de préciser le champ d'application (1), l'opération de mesurage (2) et les sanctions (3).

1. *Le champ d'application du mesurage*

43. Il est nécessaire d'indiquer les actes (a) et les biens concernés (b). La personne de l'acquéreur est indifférente ; il peut être aussi bien professionnel que non professionnel ou consommateur.

a. *Les actes concernés*

La loi est simple dans sa formulation, sont visées les ventes et les promesses. Derrière cette simplicité de façade, de nombreuses difficultés se sont posées. On évoquera rapidement la question des ventes. Un accord s'est fait en doctrine pour exclure l'échange³⁵ ; il en va de même pour l'apport en société. La jurisprudence exclut le mesurage pour les ventes en l'état futur d'achèvement³⁶ ou pour celles sur saisie immobilière, au motif qu'un jugement d'adjudication ne constitue pas un contrat réalisant ou constatant une vente³⁷. En revanche, il devient nécessaire en cas de vente amiable sur décision judiciaire. Il ne s'applique pas pour les ordonnances d'expropriation. L'adjudication volontaire ou amiable est assimilable à une vente ; la loi *Carrez* s'applique donc. Pour une licitation, il est nécessaire de distinguer suivant qu'elle vaut vente ou partage. Si elle vaut vente, le mesurage sera nécessaire, alors qu'il ne le sera pas pour un partage.

34. Cass. 3^e civ., 10 janv. 2013 : *Bull. civ.* III, n° 1 ; *Administrer* mars 2013, p. 47, note BOUYEURE ; Cass. 3^e civ., 17 oct. 2013 : *Bull. civ.* III, n° 132 ; sur ces deux décisions, ROUZET, « Détermination de la superficie et délimitation du lot de copropriété », préc.

35. TOMASIN, « Copropriété et ensembles immobiliers », *Droit et ville* 1997, 21 ; BENOÎT-CATTIN, « Loi Carrez », préc. ; *contra*, DAGOT, « Garantie de contenance du lot de copropriété vendu », préc.

36. Cass. 3^e civ., 11 janv. 2012 : *Bull. civ.* 2012, III, n° 5 ; *Constr.-Urb.* 2012, n° 54, note SIZAIRE.

37. Cass. 2^e civ., 3 oct. 2002 : *AJDI* 2003, 41, note ROUQUET ; *D.* 2003, 1332, obs. GIVERDON ; *D.* 2003, 1322, note MAUGER-VIELPEAU ; *Rev. loyers* 2002, 648, note RÉMY ; *Dr. et procédures*, 2003, 122, note LEBORNE ; *Procédures* févr. 2003, n° 3, obs. LAPORTE ; *adde* SILLARD, « Saisie immobilière, loi Carrez, saturnisme, amiantes et termites (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 2002) », *Gaz. Pal.* 5-7 janv. 2003, 3.

L'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 s'applique aux différents avant-contrats. Une certaine incertitude existait pour les hypothèses où il existe un droit de préemption. Elle est partiellement résolue. Pour les congés pour vendre de la loi de 1989, l'article 15, II, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 juillet 1989 exclut le mesurage, tout du moins dans le congé. Il redevient nécessaire pour l'acte de vente. Rien n'est prévu pour le droit de préemption de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975. Le mesurage s'impose. Il en va de même pour les autres droits de préemption, notamment il devra figurer dans la déclaration d'aliéner. On appliquera la même solution pour le crédit-bail immobilier, pour la location-accession ou la location-vente.

b. Les biens concernés

44. L'obligation de mesurage s'applique au lot ou à la fraction de lot d'un immeuble soumis au statut de la copropriété. L'affectation du lot n'a pas à être prise en compte. Il n'y a pas lieu de distinguer entre la copropriété verticale et celle horizontale, puisque l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 n'opère pas de dissociation. Il n'est fait aucune distinction selon que l'on se trouve en présence d'un lot bâti ou d'un lot non bâti. Mais la technique de mesure démontre que seuls les lots bâtis sont visés par la loi. Par exemple, des places de stationnement n'ont pas à être mesurées. La question se pose également pour les lots transitoires. Il s'agit de lots non encore bâtis qui restent la propriété des promoteurs et une fois les travaux suffisamment avancés, ces lots sont supprimés et remplacés par des lots définitifs. La logique de la loi *Carrez* conduit à devoir les exclure.

Puisque seuls les lots de copropriété sont visés, il est nécessaire d'effectuer certaines exclusions. Il en est ainsi pour les volumes immobiliers. La même solution s'applique pour les titres de sociétés. Lorsqu'une cession ou une promesse de cession porte sur des titres donnant droit à la jouissance de locaux dans un immeuble collectif, l'opération ne porte pas sur un lot de copropriété. Les conditions posées par l'article 46 ne sont donc pas remplies, excluant de ce fait le mesurage.

Tous les lots de copropriétés ne sont pas concernés par l'article 46. L'exclusion concerne d'abord ce que l'on dénomme les lots accessoires. L'article 46, alinéa 3, vise les caves, les garages et les emplacements de stationnement. Cette énumération est d'interprétation stricte. D'autres lots que l'on peut pourtant qualifier d'accessoires, comme les greniers, les chambres de services, restent soumis au mesurage. En apparence simple, cette exclusion pose certaines difficultés, principalement pour les caves qui font souvent l'objet de

transformations. La qualification est une question de fait qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond³⁸.

Il n'est pas exceptionnel que lors de la vente, la consistance des locaux ou leur affectation ait été modifiée, notamment par rapport à celle figurant dans le règlement de copropriété et dans l'état descriptif de division. La question se pose alors de savoir s'il faut tenir compte de la situation du bien tel qu'il figure dans les documents de la copropriété ou s'il faut tenir compte des évolutions ultérieures, même si elles n'ont pas donné lieu à modification de ces documents. La jurisprudence a évolué sur cette question. Elle avait commencé par exclure le mesurage, puisqu'officiellement on se trouvait en présence d'un lot accessoire³⁹. Puis, elle a considéré qu'il devait faire l'objet d'un mesurage, en indiquant qu'il faut prendre en compte le bien tel qu'il se présentait matériellement au moment de la vente⁴⁰. Une telle position a été reprise plusieurs fois⁴¹. La solution est logique : la vente d'un appartement porte sur une surface globale, telle qu'elle existe au moment de la conclusion de la vente. Le fait qu'antérieurement, certaines pièces étaient des caves, donc non soumises au mesurage, est sans influence. L'important concerne la surface habitable au jour de la conclusion de l'acte de vente. L'absence de modification du règlement de copropriété est totalement indifférente, du moins pour cette question.

45. Les lots mesurés doivent avoir une certaine surface. Selon l'article 4-1 du décret du 17 mars 1967, « la superficie de la partie privative d'un lot ou d'une fraction de lot mentionnée à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 est la superficie des planchers des locaux clos et couverts après déduction des surfaces occupées par les murs, cloisons, marches et cages d'escalier, gaines, embrasures de portes et de fenêtres. Il n'est pas tenu compte des planchers des parties des locaux d'une hauteur inférieure à 1,80 mètre ». Ces lots doivent présenter une autonomie.

Le législateur n'a pas envisagé le fait que plusieurs de ces lots puissent être réunis et que la surface après réunion dépasse 8 mètres carrés. Compte

38. Cass. 3^e civ., 11 oct. 2005 : *JCP N* 2006, 1135, obs. PIÉDELIÈVRE ; *Administrer* janv. 2006, 49, obs. BOUYEURE. Dans cette espèce, un acte de vente mentionnait que la surface des lots concernés était de 138,46 mètres carrés, suivant attestation effectuée par le cabinet A. Le certificat de mesurage établi par cet expert y incluait au sous-sol un dégagement de 8,52 mètres carrés et une salle de jeux de 11,15 mètres carrés. La Cour de cassation considère que la cour d'appel a souverainement retenu que ces locaux, dont les aménagements avaient pu être constatés par les époux X. lors de la visite des lieux, n'étaient pas des caves. Elle en a déduit à bon droit qu'ils devaient être inclus dans la superficie « loi Carrez » de l'habitation.

39. Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006 : *Administrer* févr. 2007, 46, obs. BOUYEURE.

40. Cass. 3^e civ., 6 sept. 2011 : *Administrer* déc. 2011 65, obs. BOUYEURE.

41. Par ex. Cass. 3^e civ., 2 oct. 2013 : *JCP N* 2014, 1057, obs. PIÉDELIÈVRE ; Versailles, 5 janv. 2017 : *Loyers et copr.* 2017, n° 93 ; obs. COUTANT-LAPALUS ; également ROUZET, « Détermination de la superficie et délimitation du lot de copropriété », *Defrénois* 2013, art. 11 497.

tenu de la forte hausse de l'immobilier, cette opération est devenue fréquente, car elle permet, par exemple, à un même propriétaire de plusieurs chambres de service de les réunir pour les revendre sous la forme d'un appartement. Deux conceptions avec chacune leur logique étaient possibles. L'une s'appuyait sur la lettre de l'article 43 qui prévoit que l'on ne mesure pas les lots inférieurs à 8 mètres carrés, alors que l'autre se fondait sur la contenance finale de l'appartement vendu, ce qui englobe nécessairement de tels lots.

La Cour de cassation a finalement décidé que lorsque plusieurs lots inférieurs à 8 m² sont réunis et que la surface après réunion dépasse 8 m², ils doivent être pris en compte dans le mesurage⁴². Cette solution correspond à la volonté des parties qui s'accordent le plus souvent sur une surface globale, c'est-à-dire celle qui résulte de la réunion des différents lots. La solution inverse serait une prime à la mauvaise foi, permettant à l'acquéreur d'obtenir facilement une diminution de prix. En tout état de cause, l'appartement réuni forme désormais un lot unique. À l'inverse, cette solution ne s'applique pas lorsque les lots acquis ne forment pas une unité d'habitation.

La vente de plusieurs lots de copropriété amène à effectuer une distinction. Si l'opération n'englobe pas l'intégralité des lots de l'immeuble, l'obligation de mesurage s'impose⁴³. À l'inverse, si une personne devient propriétaire de la totalité des lots d'un immeuble et qu'elle les vend, la copropriété disparaît et avec elle l'obligation de mesurage⁴⁴.

46. L'article 4-1 prévoit qu'il convient de s'attacher aux seuls « locaux clos et couverts ». Une nouvelle fois, on doit tenir compte de la situation du bien au jour de la vente⁴⁵. Les balcons, loggias et terrasses ont donné lieu à une abondante jurisprudence. Une loggia close et habitable entre dans le calcul

42. Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 2005 : *Defrénois* 2005, 1133, note BOISGRAUD ; *JCP N* 2005, 1371, note DAGOT ; *JCP N*, 2006, 1135, n° 14, obs. PIÉDELIEVRE.

43. Cass. 3^e civ., 28 mars 2007 : *Bull. civ.* III, n° 45 ; *Rev. loyers* 2007, 298, obs. ROUX ; *Administrer* juin 2007, 55, obs. BOUYEURE ; *JCP N* 2007, 1322, obs. PÉRINET-MARQUET ; *D.* 2007, 2190, obs. CAPOULADE.

44. Cass. 3^e civ., 28 janv. 2009 : *Bull. civ.* III, n° 25 ; *Rev. loyers* 2009, 136, obs. GÉLINET ; *Loyers et copr.* 2009, n° 102, obs. VIGNERON ; *Administrer* mai 2009, 55, obs. BOUYEURE ; *JCP* 2009, I, 127, obs. PÉRINET-MARQUET ; *D.* 2010, pan. 112, obs. ATIAS ; *AJDI* 2009, 550, note CAPOULADE.

45. Cass. 3^e civ., 6 sept. 2011 : *Administrer* déc. 2011, 65, obs. BOUYEURE rejetant un pourvoi aux motifs « qu'ayant énoncé que selon l'article 4-1 du décret n° 97-532 du 23 mai 1997, la superficie privative d'un lot ou d'une partie de lot mentionnée à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 était la superficie des planchers des locaux clos et couverts, exactement retenu que pour l'application de ce texte il y avait lieu de prendre en compte le bien tel qu'il se présentait matériellement au moment de la vente, et qu'il ressortait des propres écritures des époux X. qu'à cette date, le bâtiment C n'était plus un abri non clos comme l'énonce l'acte de vente mais qu'il avait été transformé en un local à usage d'habitation par le vendeur, la cour d'appel a pu déduire, sans violation de l'article 1341 du Code civil, qui ne concerne que les faits juridiques, et, sans dénaturer, que la superficie du bâtiment C clos et couvert

de la superficie⁴⁶. Pour les mezzanines, la jurisprudence distingue suivant qu'elle est constituée d'une structure légère⁴⁷ qui exclut le mesurage ou suivant qu'elle fait corps avec l'immeuble, ce qui implique un mesurage⁴⁸. La solution est logique. À partir du moment où l'on est en présence d'une structure légère, pouvant facilement être retirée, elle n'est pas intégrée à l'immeuble vendu. Par conséquent, seule la surface sur laquelle elle repose doit être prise en compte pour le mesurage.

Le mesurage concerne les parties privatives. Or il arrive qu'un propriétaire bénéficie d'un droit à la jouissance exclusive d'une partie commune. Ce droit de jouissance exclusive cadre mal avec division bipartite partie commune et partie privative, car il est un droit réel, souvent stipulé perpétuel par le règlement de copropriété. Il porte sur une partie commune, mais il est dans le même temps rattaché à un lot de copropriété. La Cour de cassation a considéré « qu'un droit de jouissance exclusive sur un jardin, partie commune, n'est pas un droit de propriété et ne peut constituer la partie privative d'un lot »⁴⁹. Cette solution est logique. La Cour de cassation reprend la solution qu'elle a donnée quelques mois auparavant suivant laquelle le droit de jouissance exclusive sur des parties communes ne s'analyse pas en un droit de propriété et qu'il ne constitue pas une partie privative⁵⁰. De là, il s'ensuit une conséquence logique, celle de l'exclusion de l'obligation de mesurage.

2. L'opération de mesurage

47. Le législateur n'a pas imposé le recours à un professionnel pour effectuer le mesurage prévu par l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, malgré son

à la suite de la transformation précitée, devait être prise en compte pour le calcul de la superficie du lot n° 2 ».

46. Cass. 3^e civ., 28 janv. 2015 : *JCP N* 2015, 1186, obs. PIÉDELIÈVRE où la Cour rejette un pourvoi aux motifs « qu'ayant souverainement retenu qu'à la date de la vente les deux loggias privatives, comprises dans le lot vendu, étaient closes et habitables, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions ou de procéder à une recherche, relatives à l'exclusion prévue par l'article 4-2 du décret du 17 mars 1967, que ses constatations rendaient inopérantes, en a déduit à bon droit que ces loggias devaient être prises en compte pour le calcul de la superficie des parties privatives vendues ».
47. Cass. 3^e civ., 22 nov. 2006 : *JCP N* 2007, 1302, obs. PIÉDELIÈVRE.
48. Cass. 3^e civ., 6 mai 2014 : *AJDI* 2014, 623, obs. PORCHERON.
49. Cass. 3^e civ., 16 janv. 2008 : *Bull. civ. I*, n° 149 ; *D.* 2008, 354, obs. ROUQUET ; *JCP N* 2008, 1007, obs. PIÉDELIÈVRE ; *Administrer avt.* 2008, 46, obs. BOUYEURE ; *Rev. loyers* 2008, 181, obs. GUÉGAN ; *Loyers et copr.* 2008 n° 67, obs. VIGNERON ; *JCP* 2008, I, 194, obs. PÉRINET-MARQUET ; Cass. 3^e civ., 8 oct. 2008 : *Bull. civ. III*, n° 149 ; *D.* 2008, 2601, obs. ROUQUET ; *Rev. loyers* 2008, 564, obs. GÉLINET ; *Loyers et copr.* 2008, n° 285, obs. VIGNERON ; *Administrer déc.* 2008, 69, obs. BOUYEURE ; *Constr.-Urb.* 2008, n° 188, obs. SIZAIRE ; *IRC* mars 2009, 10, obs. RITSCHY ; *Defrénois* 2009, 444, obs. ATIAS.
50. Cass. 3^e civ., 6 juin 2007 : *D.* 2007, 2356, note ATIAS ; *D.* 2007, pan. 2186, obs. CAPOULADE.

caractère technique. Même si cela n'est pas souhaitable, le vendeur pourrait effectuer lui-même cette opération. Si le bien qu'il aliène a déjà fait l'objet d'un mesurage, il peut être tenté de reprendre la surface précédente. Le fait que cette opération ait été initialement faite par un professionnel n'est nullement un gage de sécurité. Si le mesurage se révèle inexact, le vendeur en supportera seul les conséquences⁵¹.

Dans cette hypothèse, on peut s'interroger sur le rôle du notaire. Il ne peut être purement passif. Il doit tout au moins s'assurer de la régularité formelle des documents qui lui sont fournis et par exemple s'assurer que les professionnels qui ont effectué les diagnostics présentent les qualités requises et qu'ils sont assurés. Il tenu de faire respecter les différentes mesures. Mais peut-on aller plus loin et lui conférer un rôle plus actif. Une réponse nuancée s'impose. Par exemple, pour la loi *Carrez*, il est tenu de leur expliquer le mécanisme de cette obligation. Il lui appartient notamment de conseiller au vendeur de s'adresser à un professionnel du mesurage⁵². À l'inverse, il n'est bien entendu pas tenu de vérifier le mesurage. Malgré tout, la Cour de cassation paraît accentuer son devoir de conseil en ce domaine, comme le prouve un arrêt du 25 mars 2010.

Dans cette espèce, des juges du fond avaient refusé de retenir la responsabilité d'un notaire, car celui-ci avait mentionné les surfaces selon la déclaration du vendeur, que les travaux réalisés par celui-ci n'avaient pas suivi les plans établis par l'architecte. Ils ajoutaient que le notaire reçoit la déclaration de surface telle qu'affirmée par le vendeur et qu'il n'est tenu ni à vérification ni à injonction au vendeur de se faire assister d'un professionnel.

Cette décision est pourtant censurée au visa de l'article 1382 du Code civil, alors applicable. Pour la Cour de cassation, « en se déterminant ainsi, d'une part, sans rechercher si, au vu des documents qui lui avaient été communiqués, le notaire n'avait pas disposé d'éléments de nature à le faire douter de l'exactitude des surfaces déclarées par la société venderesse et, partant, avait rempli son obligation d'attirer l'attention des parties sur l'incidence juridique d'une éventuelle moindre mesure, au regard des dispositions de l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 modifiée et de l'article 4-3 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 modifié, et, d'autre part, sans se prononcer sur l'impossibilité pour la société créancière d'obtenir la restitution partielle du prix par suite de l'insolvabilité invoquée de la société Saint Augustin Portalis, qui était

51. Pour un exemple d'erreur commise par le vendeur Lyon, 6 févr. 2003 : *Constr.-Urb.* 2003, n° 266, obs. CORNILLE.

52. Paris, 6 sept. 2005 : *Gaz. Pal.* 15-16 mars 2006, 23 ; Paris, 5 mai 2009 : *Gaz. Pal.* 30-31 juill. 2010, 35, note MOORE.

susceptible d'obliger le notaire à garantir cette restitution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé »⁵³.

48. On doit s'interroger sur l'éventuelle faute commise par le notaire. Par un arrêt du 11 mars 2010, la Cour de cassation a indiqué que le notaire qui reçoit un acte de vente rapportant les déclarations erronées d'une partie ne saurait voir sa responsabilité engagée que s'il est établi qu'il disposait d'éléments de nature à faire douter de la véracité des informations reçues⁵⁴. Si le notaire a un doute, son devoir de conseil lui impose de prévenir les parties, de les mettre en garde contre les conséquences de leurs agissements et notamment sur les risques encourus. Or, il est assez rare qu'en pratique le notaire soit titulaire de documents lui faisant douter de la véracité des dires du vendeur. Certains ont prétendu que « le notaire dispose de documents lui permettant de se faire une idée de la superficie du lot vendu : c'est le cas, en particulier, du règlement de copropriété et de l'état descriptif de division »⁵⁵. Ces documents ne comportent pas obligatoirement la surface des appartements ; ils comprennent des millièmes qui ne sont pas par eux-mêmes indicatifs de la taille de l'appartement vendu. Seules des anomalies grossières devraient conduire à l'engagement de responsabilité du notaire. Il en irait de même s'il a connaissance du caractère erroné de la superficie⁵⁶.

La responsabilité pour défaut de conseil est également retenue à l'encontre de l'agent immobilier. Il est tenu d'attirer l'attention de son client sur la nécessité d'effectuer un mesurage, en lui conseillant de faire procéder à cette opération par un professionnel et en lui indiquant les risques qu'il encourt en effectuant seul cette mesure technique. Il ne bénéficie pas d'un pouvoir de contrainte, le vendeur restant libre de suivre ou non le conseil qui lui est donné.

49. Le recours à un professionnel ayant souscrit une assurance couvrant le risque d'engagement de sa responsabilité en cas d'erreur est de fait nécessaire. Selon l'article 4-1 du décret du 17 mars 1967, pour déterminer la superficie de la partie privative d'un lot ou d'une fraction de lot, il y a lieu

53. Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010 : *JCP N* 2010, 1320, obs. PIÉDELIEVRE ; sur lequel également BENILSI, « La responsabilité du notaire à la mesure de la loi Carrez », *JCP N* 2010, 1228.

54. Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2010 : *Jurisdata* n° 2010-001667.

55. BENILSI, « La responsabilité du notaire à la mesure de la loi Carrez », préc.

56. Cass. 3^e civ., 5 déc. 2007 : *Bull. civ.* III, n° 218 ; *D.* 2008, 161, obs. FOREST ; *D.* 2008, 2692, obs. CAPOULADE ; *Administrer* mars 2008, 40, obs. BOUYEURE ; *JCP N* 2008, 1197, n° 12, obs. PIÉDELIEVRE ; *JCP N* 2008, 1198, note LEVENEUR ; *IRC* janv.-févr. 2009, 14, obs. RITSCHY. Dans cette espèce, l'acquéreur avait indiqué au notaire que la surface mentionnée dans l'acte était inexacte, ce qui a entraîné la mise en cause de ce dernier. Dans une hypothèse de ce type, le notaire est tenu de refuser de prêter son concours à un acte qui viole ouvertement une règle de droit, puisque l'une de ses missions consiste à guider et à informer les parties, afin de passer un acte régulier et efficace par exemple Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1966 : *JCP N* 1966, II, 14 903 ; Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2001 : *D.* 2001, IR 906 ; Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2002 : *Bull. civ.* I, n° 54.

de mesurer « la superficie des planchers des locaux clos et couverts », mais il faut en déduire « les surfaces occupées par les murs, les cloisons, marches et cages d'escalier, gaines, embrasures de portes et de fenêtres ».

Un tel mesurage a nécessairement un coût. Reste à savoir qui le supportera. Le principe est que ces frais sont à la charge du vendeur, puisqu'il est tenu d'une obligation d'information envers l'acquéreur. Mais cette règle n'est pas d'ordre public et une convention entre le vendeur et l'acheteur pourrait tout à fait prévoir que ces frais sont à la charge de ce dernier. En tout état de cause même dans cette hypothèse, les sommes seront le plus souvent avancées par le vendeur. Le mesurage s'opère pour la totalité du lot ; il n'est pas nécessaire en théorie que la surface de chaque pièce soit mentionnée.

3. Les sanctions en cas de non-respect des règles sur le mesurage

50. Les sanctions en cas de non-respect des règles sur le mesurage diffèrent suivant que l'on se trouve en présence d'une absence de mesurage (a) ou en cas de mesurage inexact (b).

a. L'absence de mesurage

Selon l'article 46, alinéa 4, de la loi du 10 juillet 1965, « le bénéficiaire en cas de promesse de vente, le promettant en cas de promesse d'achat ou l'acquéreur peut intenter l'action en nullité, au plus tard à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente ».

Les conditions de délai sont strictes. La nature du délai d'un mois a été incertaine, car le législateur n'a pas précisé si l'on se trouvait en présence d'un délai de procédure ou d'un délai préfix. Cette dernière hypothèse était plus vraisemblable ; elle a d'ailleurs été retenue par la Cour de cassation⁵⁷. Il en résultera deux conséquences importantes : il n'est susceptible ni de suspension ni d'interruption et il ne peut pas être prorogé si le dernier jour tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé⁵⁸. Cependant en application de l'article 2241 du Code civil, les délais préfix peuvent être interrompus par une demande en justice, même en référé, et même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente⁵⁹.

57. Cass. 3^e civ., 2 juin 2016 : *JCP*2017, 1098, obs. PIÉDELÈVRE ; *Gaz. Pal.* 26 juill. 2016, 68, obs. PARMENTIER ; *Loyers et copr.* 2016, n° 211, obs. VIGNERON et COUTANT-LAPALUS ; *Administrer* oct. 2016, 53, obs. BOUYEURE ; également Cass. 3^e civ., 3 juin 2016 : *Administrer* avr. 2017, 38, obs. BOUYEURE.

58. La Cour de cassation considère que le délai d'un an prévu par l'article 46 pour engager l'action en diminution du prix de vente est interrompu par une assignation en référé expertise : Cass. 3^e civ., 12 nov. 2015 : *D.* 2015, 2375.

59. Une telle solution avait été dégagée avant la réforme du droit de la prescription par la loi du 17 juin 2008 : Cass. ch. mixte, 24 nov. 2006 : *Bull. civ.*, n° 11 ; *BICC* 15 févr. 2007, 17, rapp. ROUZET