

# Minutes pratiques

## > QUESTION/ RÉPONSE

### Immobilier

## La promesse n'est pas un long fleuve tranquille

Inf. 6

#### LA QUESTION

Comment réagir face à l'inexécution d'un avant-contrat ?

#### LA RÉPONSE

En cas de blocage ou de passivité, le notaire doit être proactif :

- en anticipant la caducité ;
- en informant les parties sur leurs options précontentieuses ;
- en instrumentant un acte spécifique si nécessaire.

1. «La vente devait se signer vite, sans problème de financement» ... «le terrain était soi-disant constructible»... «je découvre qu'il y a de lourds travaux à prévoir».

Mille raisons peuvent troubler le cours d'une promesse de vente, aucun notaire n'y échappe. Les aléas de l'immobilier peuvent produire une variété infinie de conflits dont les enjeux ont plusieurs visages : vente forcée, priorité d'achat, clause pénale, indemnité d'immobilisation... Ce peut être l'un d'eux seulement ou tous à la fois.

Le choc entre ces volontés contradictoires va amener l'une d'elles à plier, de gré (sous la pression du précontentieux) ou de force (sous l'autorité d'une décision de justice). Cette situation contrarie directement le rapport profond du notaire à la volonté des parties. Il peut avoir l'impression de passer du rôle de gardien du consentement à celui d'inquisiteur. Pourtant, la passivité lui est interdite et il va souvent devoir se forcer... à forcer l'exécution des obligations. Un combat juridique va s'engager et un rôle précis lui est assigné dans son anticipation, sa préparation et son déroulement.



**Olivier Pontnau,**  
notaire à Paris, Groupe  
Act&Notaires associés®

Au-delà de l'éthique, le notaire sera comptable de son action à l'heure du bilan des opérations.

#### Choisir le bon calibre : l'article 37-2

2. Un conflit autour d'une promesse ne se limite pas à un face-à-face entre le vendeur et l'acquéreur. La jurisprudence regorge d'exemples où des tiers au contrat jouent un rôle important : des créanciers prenant des inscriptions sur l'immeuble pendant le déroulement du litige ou des acquéreurs concurrents voulant tous faire valoir leurs droits en même temps.

Cet affrontement est donc à la fois un duel avec son adversaire direct, et une course de vitesse avec les autres prétendants.

Le mécanisme de la prénotation intervient alors pour mettre de l'ordre dans cet enchevêtrement de conflits. C'est une arme redoutable, une sorte d'inscription provisoire qui plante un drapeau sur l'immeuble contesté. Il faut en effet gagner sur deux terrains pour être certain d'obtenir une victoire complète : le terrain judiciaire et celui de la publicité foncière. Les situations

hautement conflictuelles peuvent entraîner des transferts de propriété désordonnés sur un même bien. En cas de concurrence sur le droit de propriété, son attribution finale sera déterminée par les règles de la publicité foncière.

À ce niveau, l'intérêt de la prénotation est d'être prioritaire sur tout le monde si la vente est obtenue à l'issue des affrontements judiciaires.

Elle est instituée par l'article 37-2 du décret du 4 janvier 1955. Celui-ci prévoit la faculté d'effectuer une publication dès la naissance du litige : « une demande en justice », un « procès-verbal notarié » ou encore une « déclaration, par acte notarié ». Le requérant prend rang à ce moment pour avoir un droit opposable aux tiers qui sera rétroactif depuis la naissance du litige. Pour cela, il faut que « dans un délai de trois ans » intervienne « la publication d'un acte authentique ou d'une décision judiciaire constatant la réitération ou la réalisation » de l'avant-contrat à l'origine de la dispute. Ainsi, les droits ou inscriptions publiés sur l'immeuble par d'autres (acheteurs concurrents, créanciers...) pendant le déroulement de la procédure judiciaire seront frappés d'opposabilité.

Le procès-verbal de carence est aussi précieux pour le vendeur car il permet de démontrer sa volonté de faire exécuter l'avant-contrat. Une initiative forte et rapide de sa part est indispensable en cas d'inexécution, sinon la promesse sera caduque et le vendeur privé du bénéfice de la clause pénale (*CA Versailles 24-11-2016 n° 14/08588* prononçant la caducité à la suite d'un dépassement de 8 mois de la date de réitération sans aucune sommation de signer la vente).

La prénotation est une véritable arme de guerre qui peut impressionner, blesser ou tuer ses adversaires.

Les impressionner car c'est un tir de sommation qui pourra les mettre en déroute.

Les blesser car elle va rendre de facto l'immeuble inaliénable pendant au moins trois ans.

Les tuer si le rang prioritaire est bien pris et que la procédure est gagnée.

La course à la publicité foncière est impitoyable. Ceux qui prénotent trop tard ou mal prennent le risque de courir après une victoire inutile car l'immeuble aura été saisi ou vendu pendant qu'ils s'acharnaient à plaider.

### Sortir son 37-2 et tirer

3. La mise en œuvre de l'article 37-2 du décret du 4 janvier 1955 passe le plus souvent par l'établissement d'un procès-verbal de carence notarié. Plusieurs raisons favorisent ce procédé, principalement la maîtrise des techniques de publicité foncière des notaires et le fait qu'il permet de cristalliser la genèse du différend. Une partie fixe une date limite à l'autre pour exécuter ses obligations en lui adressant une sommation, les contours du litige sont alors dessinés par son absence ou sa réponse. Selon une croyance répandue, on dresserait un procès-verbal de carence si une partie est absente ou un procès-verbal de difficultés si chacune se présente pour exposer ses arguments. En

réalité, le mot « carence » est employé dans l'acception d'un manquement à ses obligations par l'une des parties, qu'elle soit présente ou pas. C'est bien un procès-verbal de carence qui doit être dressé si l'avant-contrat n'est pas honoré. L'absence, la présence des parties et l'exposé de leurs arguments ne sont que des variantes de son déroulement.

Sa publication ne constitue pas un droit de propriété provisoire, ses effets se limitent à une prise de rang favorable en cas de victoire judiciaire ultérieure (voir *Cass. 3<sup>e</sup> civ. 1-10-2020 n° 19-17.549 : SNH 33/20 inf. 1* : impossibilité de contester une action en résolution en publiant seulement une assignation non suivie d'une décision judiciaire favorable).

Le notaire doit évidemment honorer son devoir de conseil en attirant l'attention de ses clients sur les risques encourus par le dépassement des délais contractuels et la nécessité de dresser

un procès-verbal de carence, sous peine de commettre une faute engageant sa responsabilité (*CA Paris 27-9-2017 n° 16/13688*).

Passée l'étape de la prise de conscience, arrive celle de la mise en œuvre.

### Attention à viser juste

4. La prénotation ne doit pas être utilisée à la légère au soutien de prétentions infondées, car son usage peut alors être considéré comme abusif et sévèrement sanctionné par les juges (voir *CA Paris 20-3-2014 n° 12/19383* : pour des candidats acquéreurs condamnés à indemniser un propriétaire à hauteur de 20 000 euros en raison d'un

procès-verbal de carence établi sans élément démontrant un réel engagement de vendre).

Le notaire doit lui aussi vérifier le sérieux des prétentions soutenues par le procès-verbal de carence qu'il instrumente. Par exemple, s'il rédige un projet d'acte éloigné des accords initiaux des parties en établissant un procès-verbal de carence, sa faute pourra être retenue. Il sera alors condamné à indemniser le préjudice du propriétaire, dont le bien a été longuement immobilisé en raison du discrédit porté à son droit de propriété par la procédure (*CA Paris 25-4-2000 n° 2000/113545* – pour la condamnation du notaire d'un marchand de biens qui avait établi un procès-verbal de carence).

Une sorte de « préjugement » du litige doit être effectuée par le notaire, qui devra refuser d'instrumenter en cas de demande abusive (*CA Montpellier 20-10-2009 n° 08/7726* approuvant le refus du notaire d'instrumenter un procès-verbal de carence relatif à un compromis caduc).

Le procès-verbal de carence devra être exhaustif et reprendre tous les arguments invoqués par les parties. Ainsi, en cas de faute du notaire, l'absence de préjudice pourra diminuer fortement sa condamnation si d'autres causes justifient par ailleurs l'inexécution de l'avant-contrat. La jurisprudence l'a admis dans un cas où un notaire avait commis une faute entraînant la nullité de l'avant-contrat, mais sa condamnation a été réduite au minimum car un problème de situation locative, dont il n'était pas responsable, justifiait aussi l'inexécution (*CA Paris 27-2-2014 n° 12/21795*). Les documents fondant les prétentions des parties (avant-contrat, échanges de lettres...) doivent impérativement être



**La prénotation ne doit pas être utilisée à la légère au soutien de prétentions infondées**



annexés au procès-verbal ou y être littéralement reproduits. À défaut, la formalité est irrégulière et inopposable aux tiers (*Cass. 3<sup>e</sup> civ. 21-11-1978 n° 77-11.588*). Il ne fait aucun doute que la responsabilité du notaire instrumentaire sera alors reconnue pour avoir établi un acte inefficace.

Le temps passe vite et il ne faut pas oublier de proroger le délai de trois ans si l'instance judiciaire dure. Cette démarche est indispensable pour garder le premier rang et elle nécessite la publication d'une ordonnance spécifique dont l'obtention devra être suffisamment anticipée au cours de la procédure.



**Le conseil :** On peut donner quelques instructions à suivre pour bien utiliser la prénotation de l'article 37-2 :

– entretenir son arme :

Le suivi des délais d'exécution de l'avant-contrat est le point de vigilance numéro 1, il permet de ne pas être pris au dépourvu en cas d'inexécution.

– dégainer :

La partie qui engage la procédure doit dégainer sans tarder la prénotation pour obtenir une position avantageuse dans le litige.

– viser juste :

La prénotation doit être utilisée avec précision pour conserver les droits du plaignant.

La mesure est aussi de mise pour ne pas causer de préjudice infondé à la partie qui fait l'objet de la sommation.

– vider son chargeur :

Tous les arguments des parties doivent être soigneusement consignés afin d'éviter toute mise en cause relative au périmètre du litige.