

Pour une modernisation de la publicité foncière

Rapport de la Commission de réforme
de la publicité foncière

Remis le 12 novembre 2018
à Madame Nicole Belloubet,
garde des Sceaux, ministre
de la Justice

SOMMAIRE

| | |
|--|----|
| I.- La publicité foncière aujourd'hui | 7 |
| <u>A.- L'origine de la publicité foncière</u> | 7 |
| 1°- <u>Le besoin de publicité</u> | 7 |
| 2°- <u>Les obstacles à la publicité</u> | 12 |
| a.- L'opposition à la divulgation des patrimoines | 12 |
| b.- La mauvaise connaissance des sols | 14 |
| <u>B.- Les finalités de la publicité foncière</u> | 17 |
| 1°- <u>Assurer l'opposabilité des droits sur les immeubles</u> | 18 |
| 2°- <u>Informers les usagers</u> | 21 |
| 3°- <u>Participer à la collecte de l'impôt</u> | 25 |
| <u>C.- L'organisation et le fonctionnement de la publicité foncière</u> | 26 |
| 1°- <u>La formalité</u> | 26 |
| a.- Les conditions préalables à la formalité | 27 |
| α- <i>La condition d'authenticité</i> | 27 |
| β- <i>La condition d'effet relatif</i> | 31 |
| b.- L'accomplissement de la formalité | 33 |
| c.- La demande de renseignement | 37 |
| α- <i>L'apparition d'un fichier mixte</i> | 38 |
| β- <i>L'informatisation de l'accès au fichier</i> | 40 |
| 2°- <u>Les acteurs</u> | 41 |
| a.- Le service de la publicité foncière | 41 |
| b.- Le notaire | 45 |
| c.- Les autres professions | 47 |
| II.- La publicité foncière demain | 48 |
| <u>A.- Sur la forme : renforcer l'accessibilité</u> | 50 |
| 1°- <u>Rassembler les textes</u> | 51 |
| a.- Rassemblement matériel | 52 |
| b.- Rassemblement substantiel | 53 |
| 2°- <u>Moderniser les textes</u> | 55 |
| a.- Adapter à la réalité | 56 |
| b.- Améliorer la lisibilité | 59 |

| | |
|--|----|
| B.- <u>Sur le fond : renforcer l'efficacité</u> | 60 |
| 1°- <u>Hiérarchiser les fonctions</u> | 61 |
| 2°- <u>Accroître la sécurité juridique</u> | 64 |
| a.- La valeur des mentions sur le fichier immobilier | 65 |
| b.- La portée de la condition de publicité du titre antérieur | 69 |
| c.- Le traitement des avant-contrats immobiliers | 71 |
| <i>α.- Renforcer l'efficacité des promesses unilatérales et des pactes de préférence</i> | 71 |
| <i>β.- Adapter le traitement fiscal des promesses synallagmatiques</i> | 74 |
| d.- La publication des demandes en justice | 75 |
| e.- Le rôle de la « bonne foi » dans le règlement des conflits | 80 |
| 3°- <u>Moderniser l'organisation</u> | 84 |
| a.- Améliorer la tenue des registres | 85 |
| <i>α.- Généraliser la dématérialisation du dépôt</i> | 85 |
| <i>β.- Simplifier les règles de refus et de rejet</i> | 86 |
| <i>γ.- Développer les cas de radiation</i> | 88 |
| b.- Faciliter l'accès aux informations de publicité foncière | 91 |
| <i>α.- Créer un guichet unique</i> | 91 |
| <i>β.- Simplifier l'accès à un fichier national</i> | 93 |
| III.- Proposition de textes à insérer dans le Code civil et autres modifications législatives ou réglementaires | 97 |
| A.- <u>Code civil</u> | 97 |
| LIVRE II : DE LA DISTINCTION DES BIENS | |
| TITRE V : DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE | |
| CHAPITRE I.- DES ACTES SOUMIS AUX FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE ET DES CONSÉQUENCES DE LEUR ACCOMPLISSEMENT | |
| CHAPITRE II.- DE L'EXÉCUTION DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE | |
| Section 1.- Conditions relatives aux actes et décisions objet de la publicité | |
| Section 2.- Condition relative à la publicité du titre antérieur | |
| Section 3.- Effectivité des formalités de publicité | |
| § 1.- Prénотations | |
| § 2.- Radiations | |

CHAPITRE III.- DU FONCTIONNEMENT DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

LIVRE IV : DES SÛRETÉS

TITRE II : DES SÛRETÉS RÉELLES

CHAPITRE IV.- DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES

Section 1.- Des modalités d'inscription

Section 2.- Des effets de l'inscription

Section 3.- De la radiation de l'inscription

Section 4.- Des mentions en marge

B.-Autres modifications

112

ANNEXES

Annexe 1 : Lettre de mission de Mme La garde des Sceaux et de M. Le ministre de l'Action et des Comptes publics

Annexe 2 : Composition de la Commission

Annexe 3 : Auditions réalisées par la Commission

Annexe 4 : Pistes d'adaptation des décrets traitant des refus et rejets

Annexe 5 : Pistes d'adaptation des décrets relatifs aux divisions immobilières

*NB : Ce rapport a été établi grâce au précieux concours de Mme Claire Séjean-Chazal, maître de conférences à l'université de Paris II, et auteure d'une thèse de doctorat consacrée à *La réalisation de la sûreté*. Qu'elle en soit vivement remerciée.*

La publicité foncière a pour origine une idée simple : l'acquisition d'un droit sur un immeuble (propriété, usufruit, servitude, hypothèque...) est efficace lorsqu'elle est rendue publique. C'était autrefois le rôle de la possession : permettre au propriétaire de défendre son droit contre tout revendiquant en l'exerçant publiquement ; en termes juridiques : opposer son droit.

Avec la dématérialisation progressive de l'exercice des droits immobiliers à l'époque moderne, la publicité foncière a pris la place de la possession, sans éliminer totalement d'ailleurs, le rôle de celle-ci.

La publicité foncière est une institution juridique accessoire, à l'instar des sûretés (cautionnement, hypothèque...) avec lesquelles elle entretient de nombreux rapports. Accessoire au double sens du terme. Non principale d'abord : ce n'est pas elle qui opère le transfert de propriété ou l'acquisition d'un autre droit réel ; elle vient en second, une fois ceux-ci réalisés en vertu d'un acte qu'elle se borne à révéler. Non autonome, ensuite : elle se greffe sur un acte qu'elle ne purge pas de ses vices éventuels, se bornant à permettre aux tiers d'y accéder. Ce caractère accessoire explique peut-être le relatif désintérêt des juristes et la formation récente et assez chaotique de ses règles, qui souffrent d'une absence de théorie générale. Il n'empêche que la publicité foncière – tout comme les sûretés réelles d'ailleurs – joue un rôle-clé, mais discret, dans l'efficacité des droits immobiliers, essentielle à la sécurité juridique, elle-même indispensable au développement économique.

De là l'intérêt que lui portent aujourd'hui les pouvoirs publics.

Publier un acte juridique c'est le rendre public, le porter à la connaissance de tous. La publicité répond à un besoin de faire connaître une information au plus grand nombre. Dans son acception la plus commune, elle renvoie aux opérations commerciales destinées à promouvoir un bien, un service, une marque. Pour le juriste, la publication fait écho, avant tout, à celle des actes législatifs ou administratifs : « *nul n'est censé ignorer la loi* », à condition toutefois d'avoir pu en prendre connaissance. La publicité des actes législatifs est donc la condition indispensable à leur opposabilité.

S'imposant avec la force de l'évidence pour les actes législatifs, le recours à la publicité nécessite une explication lorsqu'il est question de conventions privées. Les contrats sont l'affaire des parties, tandis que la publicité est par hypothèse destinée aux tiers. Pourquoi, donc, imposer de rendre public ce qui a été conclu en privé ? Parce que les actes, même privés, risquent un jour d'être confrontés aux prétentions de tiers ; la question de l'opposabilité des droits qu'ils confèrent doit donc être réglée¹, dans un but de protection des

¹V. *La sécurité juridique un défi authentique*, 111^e Congrès des notaires de France, Strasbourg 10-13 mai 2015, n° 4044, p. 799 : « *Un droit, quel qu'il soit, ne vaut guère s'il ne peut être opposé aux tiers. Dès lors, il revient aux pouvoirs publics d'organiser et de garantir, sur leur territoire, l'opposabilité des droits* ».

tiers tout autant que des parties à l'acte², tout particulièrement dans le domaine immobilier. C'est le rôle que remplit la publicité dite « foncière »³. Cette publicité peut répondre à des caractéristiques et objectifs très différents selon les époques et les pays ; il existe toutefois une constante : la publicité opère par une inscription sur un registre public⁴.

Aboutissement d'une histoire chahutée, quoique récente, le modèle français de publicité foncière semble avoir acquis aujourd'hui une stabilité dans ses principes⁵ (I). Il se trouve malgré tout confronté aux nouveaux défis⁶ que constituent notamment l'informatisation⁷ et la mondialisation⁸. Comment notre modèle de publicité foncière peut-il continuer de s'adapter à ces nouveaux enjeux ? C'est ce que nous tenterons de déterminer en envisageant ce que pourrait être la publicité foncière de demain (II). La Commission propose à cette fin un ensemble de textes de valeur législative à insérer dans le Code civil (III).

² V. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, p. 93 et s., *passim*.

³ « Ensemble des règles destinées à faire connaître aux tiers intéressés la situation juridique des immeubles par le moyen d'un fichier immobilier et la publicité des privilèges, des hypothèques et des autres droits portant sur ces immeubles ». *Vocabulaire juridique*, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), par G. CORNU, 11^e éd. 2016, V^o « Publicité foncière ».

⁴ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les sûretés La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n^o 667, p. 463.

⁵ V. B. CONSTANT, « Avant-propos » in *Le Livre et la Plume* – « Publicité Foncière et Notariat : quel avenir ? », 43^e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, Grenade, 17-21 octobre 2012, p. 12 : « Il demeure que la publicité foncière française, malgré probablement des imperfections et quelques dysfonctionnements qui ne sont pas nécessairement inhérents au système juridique et organisationnel mis en place en 1955, a donné jusqu'à maintenant très largement satisfaction. » ; M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études Jacques Flour*, p. 217 : « [...] on peut, à peu près, affirmer que les Français, s'ils ne sont pas pleinement satisfaits de leur système de publicité foncière, sont maintenant décidés à faire avec ».

⁶ V. M. SUQUET-COZIC, *Publicité foncière*, éd. Francis Lefebvre, 2014, p. 7 : « Immuable pendant 50 ans, la publicité foncière est entrée dans le XXI^e siècle dans la tourmente. L'informatisation du fichier immobilier, la dématérialisation des échanges entre l'administration fiscale et les professionnels, l'élargissement de la formalité fusionnée, le raccourcissement des délais de publication, la multiplication des impôts perçus à cette occasion, l'introduction dans le Code civil de l'exigence d'un acte authentique pour accéder à la publicité foncière, la suppression des conservateurs des hypothèques, l'apparition de la responsabilité de l'État et de la contribution de sécurité immobilière, autant de mesures, parmi d'autres, venues révolutionner ce domaine ces dernières années ».

⁷ La loi du 6 avril 1998 tendait déjà à adapter le droit de la publicité foncière à l'informatisation des bureaux des hypothèques.

⁸ V. *La sécurité juridique un défi authentique*, préc., n^o 4079 et s., p. 815 et s.

I.- La publicité foncière aujourd'hui

Avec quelques 145 articles, les décrets du 4 janvier⁹ et du 14 octobre 1955¹⁰ font figure de « véritable petit Code »¹¹ de la publicité foncière. Même s'ils ont été retouchés par quelques réformes, ces textes constituent toujours le cœur de notre système actuel de publicité foncière. Après avoir évoqué l'origine de la publicité foncière (A), seront envisagés ses finalités (B) et son fonctionnement (C).

A.- L'origine de la publicité foncière

Personne n'oserait aujourd'hui remettre en cause le rôle fondamental de la publicité foncière dans la sécurité juridique des opérations immobilières. Comment, alors, expliquer qu'elle soit apparue en France si tardivement¹² ? Pour le comprendre, il faut rappeler qu'en dépit de l'incontestable besoin de publicité en matière immobilière (1°), la mise en place d'un tel système s'est longtemps heurtée à d'importants obstacles, aussi bien techniques que sociologiques (2°).

1°- Le besoin de publicité

Parce qu'elle est étroitement liée à la quête, permanente chez les hommes comme les États, d'appropriation du sol, la problématique de la formalité foncière est cruciale¹³. À cet égard, il est symptomatique d'observer que le besoin de publicité foncière ait généralement été ressenti à l'occasion tantôt de l'appropriation de terres nouvelles – on songe au modèle *Torrens* mis en place en Australie en 1858¹⁴ et utilisé par la suite au Maroc¹⁵ ou en Tunisie¹⁶ –

⁹ D. n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière.

¹⁰ Décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

¹¹ G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 663, p. 458.

¹² V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, PUF, 1981, p. 16 : « La mise en place en droit français d'un système complet cohérent est en définitive assez récente puisqu'elle remonte seulement aux réformes de 1955. Jusque-là, le système était demeuré assez incomplet ».

¹³ V. Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 2 : « Appartenance mythique de la terre à la nation, aux générations futures, nécessité de tirer un meilleur parti de l'utilisation des terres, désir de favoriser l'égalité, tous ces prétextes sont invoqués par les gouvernants pour développer le contrôle des biens fonciers ».

¹⁴ V. G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. III, LGDJ, 1958, n° 172, p. 64 ; Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., n° 362, p. 427 : « La mise en place de ce système a été justifiée, et facilitée à la fois, par le fait que, pour une très grande part, les terres étaient concédées par la Couronne aux colons, et non acquises auprès de propriétaires privés. Le colon se trouvait investi d'une propriété originaires, et non transmise ».

¹⁵ V. G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. III, LGDJ, 1958, n° 175, p. 65 : « Le dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation des immeubles a ordonné la création de registres fonciers qui donne aux propriétaires toute sécurité ». Adde Caillé, *La procédure judiciaire de l'immatriculation foncière au Maroc*, 1956.

¹⁶ V. G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 174, p. 65 : « Une loi du 5 juillet 1885, voté sur l'initiative de P. Cambon, a introduit un système analogue en Tunisie ». Adde G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 661, p. 457 : « La France avait [...] rencontré des difficultés [...] dans ses colonies et protectorats. Mais s'agissant de pays neufs, où la propriété n'était point morcelée et délimitée comme sur le territoire métropolitain, l'Act *Torrens* australien lui fournissait un modèle remarquable. [...] C'est ce système, énergiquement orienté vers la constitution de bases solides pour la propriété dans les pays où elle apparaissait essentiellement incertaine, qui à l'époque coloniale fut imité [...] en Tunisie, au Maroc, à Madagascar, en Afrique noire, dans les territoires d'Océanie et, dans une moindre mesure, en Algérie. » ; Ph. THERY, *op. et loc. cit.* : « Bien que le droit français fût aux antipodes, c'est du système *Torrens* que le législateur s'est inspiré lorsqu'il a voulu instaurer des règles de publicité au Maroc, en Tunisie ou dans les pays de l'Union française. La situation foncière y était identique: des terres non appropriées – au moins au sens du Code civil – que concédait l'autorité publique et qui pouvaient, à cette occasion, être précisément délimitées ».

tantôt de la réorganisation de la propriété de territoires anciens¹⁷ – c’est le cas en particulier des lois révolutionnaires qui bannirent les propriétés simultanées du droit féodal¹⁸. En présence d’un système de transfert de propriété *solo consensu* tel que le connaît le droit français¹⁹, le caractère occulte de la convention augmente le risque d’opérations frauduleuses. Ainsi, une personne pourrait octroyer des droits réels sur un bien dont elle ne serait pas propriétaire, une autre acheter, sans le savoir, un bien largement grevé²⁰ ou encore, un véritable propriétaire pourrait aisément conférer des droits incompatibles à deux contractants différents. Or, en raison de leur importance économique, aussi bien au regard de leur valeur vénale que de leur rôle dans l’octroi de crédit, les immeubles méritent une attention particulière afin d’assurer la sécurité juridique des opérations les concernant. Ce but peut être poursuivi de manière curative ou préventive.

En 1804, c’est la voie curative qui fut principalement choisie par les rédacteurs du Code civil, puisque seules les donations et quelques hypothèques étaient soumises à publication²¹. La sécurité juridique des transactions immobilières était alors essentiellement assurée par le caractère dissuasif de la perspective d’une condamnation. En effet, les pratiques frauduleuses telles que la vente ou l’hypothèque de la chose d’autrui encourageaient la qualification de *stellionat*, délit civil sanctionné par la contrainte par corps²². Il est possible de voir dans ce choix une manifestation de la volonté de Portalis de ne pas « *part[ir] de l’idée qu’il faut parer à tout le mal et à tous les abus dont quelques personnes sont capables [...], [de] supposer les plus mauvais d’entre les hommes, meilleurs qu’ils ne sont* »²³. Toutefois, reposant sur

¹⁷ V. Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 4.

¹⁸ V. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 146 et s., p. 172 et s. ; J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Defrénois, 2014, n° 14, p. 9 : « *La publicité foncière est véritablement apparue, du moins dans sa forme moderne, avec le droit révolutionnaire. Elle est due en grande partie aux bouleversements qu’a subis à cette époque le patrimoine foncier, en raison de la suppression de la féodalité, de la vente d’une partie des biens de l’Église et d’une partie de ceux des émigrés* ».

¹⁹ Art. 1196, C. civ. : « *Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat* ». Art. 1583 C.civ. : *La vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix* ».

²⁰ V. dans l’ancien droit, où les hypothèques étaient occultes : LOYSEAU, *Du déguerpissement*, Liv. III, chap. 1, n° 19 : « *Nous voyons avenir tous les jours du trouble aux acquéreurs, à cause des hypothèques précédentes dont il se voit infinité de bonnes maisons ruinées, non par mauvais usage, mais pour n’avoir pas assez seurement acheté* ».

²¹ V. M. GOBERT, « *La publicité foncière française, cette mal aimée* », in *Études Jacques Flour*, p. 209 : « *L’inscription des hypothèques fut maintenue, mais en furent dispensées les hypothèques légales auxquelles étaient, en même temps, restitué leur caractère de généralité supprimé par la loi de brumaire. La transcription des transferts de propriété à titre onéreux fut, en revanche, supprimée, mais non pas celle des donations pour qui elle demeurerait même la seule formalité à accomplir.* » ; Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, n° 366, p. 430 : « *Le Code civil n’imposa que parcimonieusement la publicité des hypothèques. Surtout, il abandonna toute publicité des mutations* ».

²² Anciens articles 2059 et 2136 du Code civil. V. Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. GRIMALDI, *Economica*, n° 280, p. 272 ; Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 366, p. 430.

²³ P. -A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcocq, 1836, t. I, p. 514-515. *Adde t. XV, p. 237* (BIGOT DE PREAMENEU) : « *Devrait-on écouter celui qui porterait le mépris de ses concitoyens au point de supposer que les fripons composent la généralité, et que les gens honnêtes ne font qu’une exception ? Est-ce sur une pareille théorie que l’on peut faire des lois ?* ».

la seule crainte de la condamnation²⁴, la protection pouvait légitimement paraître insuffisante au regard des enjeux²⁵.

La seconde voie, celle de la prévention, passe par le fait de rendre publiques les opérations significatives à raison de leurs effets à l'égard des tiers. Par leur assise fixe, les immeubles se prêtent à la tenue d'un registre²⁶. De plus, un tel système dans lequel « *les contrôles sont assurés a priori* »²⁷, paraît plus conforme à la tradition française²⁸. Ainsi, et comme le relevait Mouly, « *Si le droit se donne pour fonction de permettre la prévision du futur, l'organisation de la publicité foncière entre dans ses attributions* »²⁹. En définitive, la publicité constitue sans doute le meilleur outil de sécurisation des transactions immobilières, dont dépend la sécurité du crédit immobilier.

Bien que l'appellation « *Conservation des hypothèques* » - anachronisme³⁰ abandonné seulement récemment³¹ - ait longtemps pu laisser à penser que la publicité foncière française serait avant tout affaire de crédit, son rôle est bien plus vaste et s'étend à la plus grande part des opérations immobilières³². « *Il faut que la propriété se révèle facilement à qui veut la connaître* »³³. Or, qu'ils soient acquéreurs potentiels, investisseurs immobiliers ou créanciers, nombreux sont ceux qui ont intérêt à connaître la situation d'un immeuble ou d'un patrimoine.

²⁴ FENET, t. XV, p. 298 : « [...] il n'est pas présumable qu'un homme soit assez imprudent pour se permettre une fraude qui ruinerait à jamais son crédit et qui l'exposerait aux peines de stellionat, puisqu'il aurait vendu et engagé comme libre un bien qui ne l'était pas ».

²⁵ V. L. AYNES, P. CROCO, *Droit des sûretés*, LGDJ, 11^e éd., 2017, n° 631, p. 360 : « le crédit immobilier était constamment menacé par les hypothèques générales et occultes, notamment celle de la femme mariée. La transcription des aliénations immobilières était facultative, ce qui mettait le créancier hypothécaire dans l'impossibilité de savoir si un débiteur n'avait pas déjà aliéné son immeuble au risque d'entraîner la nullité d'une hypothèque constituée a non domino ».

²⁶ Comparer, pour les meubles, J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Defrénois, 2014, n° 4 et s., p. 2 et s.

²⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, SLC, n° 51, p. 56.

²⁸ V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, SLC, n° 51, p. 56 : « la tradition française tend à assurer la sécurité des citoyens dans les transactions immobilières : leur sécurité juridique, notamment en établissant des origines de propriété quasiment incontestables, en garantissant la conservation de l'acte et en assurant la publicité de l'acte ; leur sécurité matérielle, en veillant aux opérations de mesurage qui permettent de vérifier la contenance de l'immeuble ; et aussi leur sécurité physique en suspendant la passation de l'acte à l'accomplissement d'une série d'expertises, de diagnostics, visant à assurer la salubrité publique de l'habitat. Cette sécurité, aux multiples aspects, se traduit évidemment, à terme, par des économies ».

²⁹ Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 1.

³⁰ Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., n° 369, p. 431 : « son nom, qui rappelle qu'historiquement la publicité avait pour finalité première de remédier au caractère occulte des hypothèques ».

³¹ Ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. V. Ch. GIJSBERS, « La conservation des hypothèques est morte : vive le service de la publicité foncière », *RLDC* 2013, n° 101, p. 35.

³² Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 118 : « Le domaine de la publicité foncière couvre presque tous les droits portant sur des immeubles. Actuellement, la liste des droits insusceptibles de publicité ne comprend que l'usucapion, l'occupation, l'accession, le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs. Les autres transferts de propriété ou de droits démembrés sont tous englobés par les formules larges de la loi ; les créations de droits réels de garantie sont visées ».

³³ J. GUYENOT, « La valeur du système français de publicité des mutations immobilières », *JCP G* 1958, I, 1435, n° 1.

À l'égard des aliénations (vente, donation, apport en société...), d'abord, la publicité présente plusieurs utilités. Elle permet au contractant avisé et prudent d'identifier si celui avec qui il entend traiter est bien, à son égard, titulaire du droit réel en cause. Pour ce faire, la publicité lui permet non seulement de s'assurer que la parcelle ou le droit a bien été transféré à l'aliénateur et n'a pas déjà été transféré à un autre acquéreur, mais également, en cas de cessions à deux personnes différentes, de régler le conflit en déterminant lequel des deux pourra faire valoir son titre à son égard, en tant que tiers. Enfin, elle est également, indirectement, un outil de fixation de la valeur vénale du bien, puisque celle-ci suppose de connaître l'étendue des charges qui le grèvent³⁴.

Quant aux opérations de crédit, la publicité foncière en est incontestablement aujourd'hui le pivot³⁵. Les acquisitions immobilières ne se font que rarement sans recours à un prêt garanti sur le bien en cause ; le montant de crédit accordé dépendra directement de l'efficacité de la sûreté qui pourra être accordée au prêteur, ce qui suppose de connaître l'étendue du passif hypothécaire déjà existant³⁶. Or sans publicité des inscriptions, il est impossible de mesurer cette quantité de crédit disponible³⁷. C'est ainsi qu'en 1850, le rapporteur à l'Assemblée d'un projet de réforme hypothécaire se fit le fervent défenseur d'une « *publicité complète et absolue* »³⁸ des hypothèques. « *Pour que le crédit foncier existe d'une manière réelle, il est indispensable [plaidait-il,] que toutes les charges hypothécaires se manifestent clairement aux yeux des prêteurs ; que ceux-ci puissent juger, par leurs propres lumières, de la situation de l'emprunteur ; qu'en un mot, pour faire le bilan immobilier du possesseur d'une maison ou d'une ferme, il suffise d'effectuer une addition et une soustraction* »³⁹.

L'histoire de la publicité foncière française se fait d'ailleurs le reflet du lien indéfectible entre transparence des opérations immobilières et sécurité du crédit réel. En effet, ainsi que l'expliquaient Ripert et Boulanger « *quand les mutations de propriétés sont devenues plus nombreuses et plus rapides et quand l'appel au crédit a été plus important, il a fallu trouver le moyen d'obtenir facilement les renseignements utiles* »⁴⁰.

³⁴ V. G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. III, LGDJ, 1958, n° 144, p. 51 : « *La transmission de la propriété des immeubles ne peut être réalisée en toute sécurité qu'en donnant à l'acquéreur le moyen de savoir si le cédant est vraiment propriétaire, et s'il n'existe pas sur l'immeuble des droits et des sûretés réelles qui en diminueraient la valeur.* » ; Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2e éd., n° 360, p. 424 : « *La valeur vénale de l'immeuble est ainsi tributaire des servitudes qui lui sont imposées, ou des baux qu'a consentis le propriétaire et dont tout acquéreur tiendra compte.* ».

³⁵ J. GUYENOT, « *La valeur du système français de publicité des mutations immobilières* », JCP G 1958. I. 1435, n° 1 : le « *système de publicité foncière [...] est à la fois à la base du crédit public et particulier.* » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 145, p. 52 : « *On considère à l'heure actuelle que la publicité des transferts de propriété et des sûretés réelles est la condition nécessaire du crédit immobilier. Cette idée est pourtant relativement récente.* » (Les auteurs soulignent).

³⁶ G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les sûretés La publicité foncière*, Sirey, 2e éd., 1987, n° 647, p. 447 ; Ch. MOULY, « *Publicité foncière – Europe occidentale* », J.-Cl. Notarial, fasc. 20, 1984, n° 1 : « *Le créancier qui peut ainsi mesurer la qualité de sa sûreté accordera, pour un bien de même valeur, plus de crédit que lorsqu'il court le risque d'être évincé.* ».

³⁷ Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2e éd., n° 360, p. 424 : « *Quant à la valeur disponible, elle suppose que l'on connaisse le passif hypothécaire.* ».

³⁸ Rapport du Projet Vatimesnil présenté le 4 avril 1850, cité par L. GUILLOUARD, « *La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil* », in *Le Code civil 1804-1904 Livre du centenaire*, Arthur Rousseau, 1904, p. 422.

³⁹ *Op. et loc. cit.* (Nous soulignons).

⁴⁰ G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 145, p. 52.

Concrètement, l'on observe que les périodes d'évolution du régime de notre publicité foncière ont coïncidé avec des chantiers de politique de développement du logement⁴¹. Une première réforme, par la loi du 23 mars 1855, destinée à développer les prêts hypothécaires, imposa la transcription des transferts de propriété ; cette modification était indispensable pour mener à bien la politique de développement du logement menée sous le Second Empire, symbolisée notamment par la création du Crédit Foncier en 1852⁴², lequel souhaitait que la sécurité de ses investissements soit renforcée⁴³. La réforme de 1955, quant à elle, semble avoir été dictée par la politique de reconstruction immobilière menée au cours de la IV^e République et rendue nécessaire par les destructions de la guerre autant que par le développement de la copropriété⁴⁴.

Au regard de ces observations, l'apparition tardive de la publicité foncière a de quoi surprendre. Les auteurs, légitimement, s'étonnent : « C'est comme si l'économie française avait pu se passer, jusqu'à l'époque contemporaine, d'une transmission rapide et sûre de la propriété et des instruments d'un crédit qui fonctionnât bien »⁴⁵. Il apparaît en réalité que les obstacles à la

⁴¹ V. entre autres : M. DAGOT, *La publicité foncière*, PUF, 1981, p. 18 ; M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études Jacques Flour*, p. 210 : « les grandes réformes intervenues depuis le Code civil ont été littéralement imposées par les besoins économiques et sociaux immédiats : attirer les capitaux vers les placements immobiliers en 1855, grâce à la création du Crédit Foncier trois ans plus tôt ; lutter contre la spéculation et défendre le franc en 1935 ; relancer le crédit et tenir compte de la multiplication des opérations immobilières, qui nécessitait entre autres une meilleure organisation de la publicité, en 1955. » ; L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », in *Le Code civil 1804-1904 Livre du centenaire*, Arthur Rousseau, 1904, p. 416 ; J. GUYENOT, « La valeur du système français de publicité des mutations immobilières », *JCP G* 1958 I 1435, n° 1, note 2 : « Le système français de publicité foncière a été mis en cause et amélioré chaque fois qu'une catégorie nouvelle de propriétaires ont demandé du crédit. » ; Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 6.

⁴² Décret du 28 février 1852. V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, PUF, 1981, p. 18 ; J. GUYENOT, *op. et loc. cit.* : « La création du Crédit Foncier [...] hâta la modification de la législation pour procurer une sécurité suffisante aux prêts hypothécaires destinés à favoriser l'exécution des grands travaux et à procurer des fonds aux propriétaires d'immeubles. » ; G. HERTERT, *Publicité foncière*, Imprimerie La Mouette, coll. Les Polycours, 1^{re} séance : « C'est au second Empire, époque de forte activité immobilière, que survint la première réforme d'importance, par la loi du 23 mars 1855, consécutive à des enquêtes et études et au décret du 28 février 1852, créateur des sociétés de Crédit Foncier. » ; Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 6 et n° 133 : « La réforme de 1855 était justifiée par les efforts que le Second Empire déployait pour augmenter le nombre de logements construits. » ; J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 20, p. 12 ; Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., n° 367, p. 430.

⁴³ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, n° 656, p. 455 : Le « Crédit Foncier de France, organisme à caractère public et qui avait le désir d'asseoir ses prêts hypothécaires sur des bases plus sûres quant à la propriété de l'emprunteur sur hypothèque ».

⁴⁴ V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, PUF, 1981, p. 18 ; J. GUYENOT, *op. et loc. cit.* : « le développement de la copropriété et des ventes d'immeubles par appartements, ainsi que le remembrement de la propriété rurale donnant lieu à des prêts nombreux et importants furent à l'origine du décret du 4 janvier 1955 et des textes d'application. » ; G. HERTERT, *Publicité foncière*, Imprimerie La Mouette, coll. Les Polycours, 1^{re} séance : « le système appelait une réforme profonde et complète, que justifiaient davantage, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, la reconstruction des régions sinistrées, le développement industriel et agricole et les grands investissements publics. » ; Ch. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 1984, n° 133 : « La réforme de 1955 est liée aux efforts du gouvernement de la IV^e République pour résorber le manque de logements et pour reconstruire ou améliorer les immeubles détruits pendant la guerre. » ; J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 22, p. 14.

⁴⁵ M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études Jacques Flour*, p. 218 : « Rétrospectivement, on demeure confondu qu'un pays moderne ait pu vivre, si longtemps, avec une publicité foncière totalement incapable de fournir une généalogie complète de la propriété, puisque pratiquement limitée aux transferts de propriété entre vifs, si peu sûre par l'absence de renseignements sur la condition juridique de cette dernière et si lente à les fournir à cause d'une organisation matérielle défectueuse, sans parler de son absence complète de concordance avec le cadastre ».

publicité des opérations immobilières sont longtemps parvenus à prendre le dessus sur le besoin de sécurité juridique.

2°- Les obstacles à la publicité

La principale entrave prenait corps dans la résistance sociale face au risque de divulgation des patrimoines (a). Mais l'absence de maîtrise du territoire s'est également longtemps érigée en obstacle pratique (b).

a. L'opposition à la divulgation des patrimoines

Jusqu'à une période très récente, l'idée même de rendre publiques les opérations immobilières a divisé l'opinion française, entre partisans de la transparence et défenseurs de la clandestinité⁴⁶. Dans l'ancien droit français, tant les transferts de propriété que les opérations de crédit sur les immeubles demeuraient occultes. Puis, progressivement, la quête de prévisibilité des opérations fit naître l'espoir d'ouvrir une brèche dans cette opacité des patrimoines.

Le premier symbole de ce conflit d'intérêts est sans doute l'Édit « de Colbert » du 21 mars 1673⁴⁷. Ce texte prévoyait en effet de créer, dans l'ensemble du royaume, des greffes d'enregistrement des hypothèques ; l'efficacité de ces garanties à l'égard des tiers devenait ainsi tributaire de leur inscription. Par cette évolution, la volonté affichée était de permettre de « prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé »⁴⁸. L'argument de la sécurité ne suffit pourtant pas à emporter la conviction et l'édit fut abrogé treize mois plus tard. Plusieurs raisons sont avancées afin d'expliquer cet échec. Selon le « Testament politique de Colbert », la contestation serait venue d'abord du Parlement lui-même qui « n'eut garde de souffrir un si bel établissement qui eût coupé la tête à l'hydre des procès dont il tire sa subsistance »⁴⁹. Officiellement, le Parlement fonda son opposition sur le besoin de protéger la réputation des grandes familles, ce qui ne pouvait passer que par le maintien du secret de leur patrimoine⁵⁰.

⁴⁶ V. L. GUILLOUARD, art. préc., n° 12, p. 426 : « Le premier obstacle à la création du livre foncier, c'est, hélas ! L'hostilité non déguisée de toutes les personnes qui, dans le monde des affaires, vivent des obscurités de notre régime hypothécaire, et ces personnes s'appellent légion. » ; C. Mouly, fasc. préc. n° 2 : « La divulgation des "patrimoines" (plus précisément de leur contenu immobilier [...]) s'insère dans un ensemble de forces en opposition : recherche d'opacité par les individus, intérêts conjugués de groupes sociaux en faveur de la divulgation (banquiers, notaires, petits propriétaires) ou en faveur du secret, qui désavantage le fisc ».

⁴⁷ V. L. AYNES, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 631, p. 359 ; M. GOBERT, art. préc. p. 211 ; Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 162, p. 224 ; *Le Livre et la Plume* – « Publicité Foncière et Notariat : quel avenir ? », 43^e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, Grenoble, 17-21 octobre 2012, n° 24 et s., p. 35 et s.

⁴⁸ Préambule de l'édit de 1673, cité par Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 162, p. 224.

⁴⁹ *Testament politique de Colbert*, éd. 1693, ch. XII, cité par L. GUILLOUARD, art. préc., n° 12, p. 426. *Contra*, v. BIGOT DE PREAMENEU, in FENET, t. XV, p. 231 : « Ce n'est point à ces motifs vagues et dénués de fondement qu'il faut attribuer la révocation de l'édit de 1673. [...] Son premier défaut était d'être impraticable ».

⁵⁰ *Testament politique de Colbert*, éd. 1693, ch. XII, p. 474, cité par M. GOBERT, art. préc. p. 211 : Le Parlement « démontra que la fortune des plus grands de la Cour allait s'anéantir par là et qu'ayant pour la plupart plus de dettes que de biens, ils ne trouveraient plus de ressources dès que leurs affaires seraient découvertes ».

En cela, il rejoignait la résistance de la noblesse, soucieuse que son endettement ne soit pas révélé au grand jour⁵¹. Treilhard le dénoncera ainsi : « *les hommes puissants voyaient s'évanouir leur funeste crédit ; ils ne pouvaient plus absorber la fortune des citoyens crédules, qui, jugeant sur les apparences, supposaient de la réalité partout où ils voyaient de l'éclat* »⁵².

Un peu plus d'un siècle plus tard, ce conflit refit surface à l'occasion de la discussion du Code civil. Le débat fut mené avec les mêmes arguments, quoique la forme paraisse plus virulente⁵³. Il faut dire qu'entre-temps, le Droit intermédiaire avait furtivement consacré la publicité générale des hypothèques et des mutations⁵⁴, ralliant ainsi davantage de plaideurs à la cause de l'information du public⁵⁵.

Les travaux préparatoires se sont fait l'écho de cette querelle, cristallisée autour des opinions contradictoires de Bigot de Préameneu, défenseur du secret, et de Treilhard, partisan de la transparence. Bigot-Préameneu s'inscrivait en effet fermement en faveur de la dispense d'inscription des sûretés. À l'appui de sa position, il faisait valoir que « *le système de publicité est une interdiction aux familles de garder le secret des affaires [lequel constitue] un des principaux droits de la liberté individuelle* »⁵⁶, mais également que le rôle de la loi n'était pas « *de procurer des facilités pour des emprunts éventuels* »⁵⁷. Cette défense de la clandestinité des hypothèques va de pair avec celle des mutations. Cette dernière était, selon ses partisans, doublement justifiée par le faible nombre d'opérations concernées : non seulement le peu de transferts de propriété ne semblait pas rendre utile leur publicité⁵⁸, mais surtout, selon

⁵¹ V. FENET, t. XV, p. 286 : le décret de Colbert, selon Réal, « *ne fut repoussé que par le malheur de temps, les préjugés, et plus encore par l'intrigue, et par le besoin où se trouvèrent alors les grands seigneurs d'en imposer au public et de continuer à tromper leurs créanciers.* » ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, op. cit., n° 177, p. 208 : « *La noblesse, dont les biens sont souvent hypothéqués, proteste contre tout ce qui peut porter son crédit réel à la connaissance du public. Lors de la rédaction de la coutume du Poitou (art. 222), elle s'oppose au partage des meubles entre les héritiers : "[...] grande diminution des maisons et de leur autorité, car, en ce, sera découvert la pauvreté et la richesse des maisons : qui sera grand préjudice."* À plus forte raison, la publicité des transferts immobiliers et des hypothèques lui paraît-elle de nature à lui interdire tout espoir de crédit ».

⁵² FENET, t. XV, p. 450.

⁵³ V. FENET, t. XV, p. 281 : « *Aucun autre titre du Code n'a éprouvé d'aussi nombreuses, d'aussi violentes contradictions* ».

⁵⁴ Après des décrets, inapplicables, du 9 messidor an III, la loi du 11 brumaire an VII consacre la publicité des hypothèques et des actes translatifs de propriété. V. A.-M. PATAULT, op. cit., n° 178 et s., p. 209 et s. ; Ph. THERY, op. cit., n° 365, p. 429.

⁵⁵ V. FENET, t. XV, p. 280 et s. : « *Et ce ne sont pas seulement quelques tribunaux dont on pourrait dire [...] que des habitudes anciennes ont pu commander l'opinion, qui ont demandé la conservation du régime consacré par la loi de brumaire an VII ; ce sont aussi des tribunaux que des habitudes devaient, au contraire, environner de préjugés opposés [...] qui tous se réunissent pour [...] affirmer, comme juges, et d'après leur actuelle expérience, que le principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques est essentiellement conservateur de la propriété, créateur du crédit public et du crédit particulier, régénérateur de la bonne foi et des mœurs* ».

⁵⁶ FENET, t. XV, p. 237.

⁵⁷ FENET, t. XV, p. 239.

⁵⁸ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, n° 653, p. 453 : « *Cette situation [...] n'était rendue tolérable que par la stabilité relative de la vie familiale et des propriétés et surtout par l'intervention des notaires et par les renseignements puisés dans leurs minutes et archives.* » ; J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Defrénois, 2014, n° 12, p. 8 : « *Les opérations immobilières, peu fréquentes, se passaient à l'échelon local et le plus souvent les notaires connaissaient la situation juridique de l'immeuble.* » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, op. cit., n° 145, p. 52 : « *Dans une population sédentaire, les fraudes étaient difficiles et l'intervention des notaires donnait à chacun une certaine sécurité.* » ; Ph. THERY, op. cit., n° 364, p. 428 : « *la clandestinité des transferts immobiliers [...] engendrait une insécurité considérable qui n'était tempérée que par une certaine stabilité de la fortune foncière.* » ; *Le Livre et la Plume* – « *Publicité Foncière et Notariat : quel avenir ?* », n° 24, p. 35.

Bonaparte lui-même, la publicité, en ce qu'elle vise « à rendre les mutations rapide et faciles [...] n'a rien d'avantageux pour l'État, lequel trouve au contraire sa garantie dans la fixité des propriétés dans les mêmes familles »⁵⁹. Treilhard défendait, quant à lui, la position exactement inverse. Il faisait de la publicité « la mesure qui doit garantir l'efficacité des transactions, et protéger avec un égal succès et le citoyen qui veut du crédit, et le citoyen qui peut en faire »⁶⁰. En effet, la publicité constituait à ses yeux le meilleur « moyen d'éclairer chaque citoyen sur l'état véritable de celui avec lequel il traite »⁶¹ et d'éviter, ainsi, « qu'on ne puisse tromper sans cesse les citoyens en leur donnant pour gage des immeubles cent fois absorbés par des dettes antérieures »⁶².

Cette irréconciliable polémique aboutit au système de compromis que l'on connaît : le Code civil consacra à la fois la clandestinité des mutations immobilières à titre onéreux⁶³ et la publicité des hypothèques, ce dernier principe étant émaillé de tant d'exceptions qu'elles le vidaient d'une grande partie de sa substance⁶⁴. Ce système était insatisfaisant pour deux raisons. En premier lieu, parce qu'en l'absence de caractère général, la publicité était insuffisante à assurer véritablement la sécurité juridique des opérations immobilières⁶⁵. En second lieu, parce que cette publicité était de type personnel et non pas réel, ce qui s'expliquait par la mauvaise connaissance des sols.

b.- La mauvaise connaissance des sols

En 1804, la publicité des hypothèques fut organisée sur une base exclusivement personnelle. Pourtant, les inconvénients d'un tel système étaient nombreux. Pour se renseigner sur un immeuble, il était nécessaire de connaître l'identité de son propriétaire, afin de pouvoir consulter sa fiche⁶⁶. « Ainsi, l'on tournait dans un cercle vicieux. Pour analyser la situation juridique de l'immeuble, il fallait d'abord déterminer les ayants droit ; alors que pour déterminer les ayants droit, il eût fallu d'abord analyser la situation juridique de l'immeuble »⁶⁷.

⁵⁹ FENET, t. XV, p. 315.

⁶⁰ FENET, t. XV, p. 448.

⁶¹ FENET, t. XV, p. 448.

⁶² FENET, t. XV, p. 455.

⁶³ Les donations immobilières entre vifs, dont l'insinuation avait été mise en place par l'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539, continuaient de faire l'objet d'une transcription.

⁶⁴ Étaient exceptées en particulier les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

⁶⁵ V. DECOURDEMANCHE, *Du danger de prêter sur hypothèque et d'acquérir des immeubles*, 3^e éd., 1830 ; L. GUILLOUARD, art. préc., n° 18, p. 431 : « [...] la clandestinité de ces hypothèques offre de très graves inconvénients pour les autres créanciers hypothécaires, auxquels le véritable crédit immobilier de leur débiteur ne peut jamais être parfaitement connu. Ces créanciers peuvent souvent ignorer que le propriétaire d'immeubles avec lequel ils traitent est, ou a été, mari ou tuteur. Ils peuvent surtout ignorer la quotité des droits pour lesquels la femme, le mineur ou l'interdit ont une hypothèque. » ; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 179, p. 210 ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 158, p. 58.

⁶⁶ V. J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 1961-1962, p. 721 : « À supposer que l'on ait ignoré le nom de l'un des propriétaires antérieurs, on risquait donc toujours d'obtenir des renseignements incomplets : il pouvait se faire que ce fût précisément ce propriétaire-là qui ait un jour vendu ou hypothéqué l'immeuble. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, n° 659, p. 456 : « [...] les actes reçus étaient répertoriés d'après le nom des parties. De telle façon que pour retrouver la situation d'un immeuble, il fallait partir du nom du propriétaire actuel, rechercher tous les actes publiés auxquels il avait été partie pour connaître les droits qu'il aurait pu consentir et ainsi retrouver son titre d'acquisition ; par là son auteur et les droits consentis par celui-ci ; puis le précédent aliénateur, et ainsi de suite ».

⁶⁷ R. SAVATIER, « Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955 », *D.* 1959, chr., XXXIII, n° 2.

De plus, les homonymies nombreuses et les erreurs notoires de la table alphabétique rendaient la recherche particulièrement longue et difficile⁶⁸. Pour assurer l'efficacité de la publicité foncière, une inscription rattachée à l'immeuble aurait paru évidemment plus cohérente⁶⁹ puisque, selon les mots de Savatier, « *La continuité de l'histoire d'un même immeuble ne peut s'établir que sur une base stable : la parcelle immuablement placée au même point de l'écorce terrestre* »⁷⁰. Pourtant, ainsi que le relevait la Faculté de Caen à l'occasion d'une enquête sur le régime hypothécaire entamée en 1841⁷¹, « *Il serait injuste de reprocher aux rédacteurs du Code de n'avoir pas songé à ce système. Le cadastre n'avait pas encore divisé le sol en parcelles, et trop de difficultés se seraient élevées sur l'identité et l'étendue précise de chaque immeuble* »⁷².

L'établissement d'un système de publicité de type réel suppose effectivement une connaissance précise des propriétés foncières sur l'ensemble du territoire⁷³.

Cet enregistrement des fonds a en général été effectué par les États à des fins fiscales ; c'est ce qui explique que le développement de la publicité foncière soit partout étroitement lié à l'apparition d'un cadastre⁷⁴. Ainsi, en Allemagne, l'instauration du livre foncier par le Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) fut rendue possible par l'existence préalable de registres fiscaux⁷⁵ ; en Suisse, le Code civil de 1907 prévoyait expressément que le registre foncier serait instauré une fois la mensuration cadastrale effectuée⁷⁶. En France, la création d'un tel cadastre avait bien été prescrite par une loi de finances du 15 septembre 1807, destinée, selon le vœu de Napoléon, à garantir la propriété individuelle. Mais, achevé en 1850, ce registre

⁶⁸ V. Exposé des motifs du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, I-I ; J. GUYENOT, « La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières », *JCP G* 1958, I, 1435, n° 2 et 36 ; J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 65, p. 40.

⁶⁹ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 675, p. 468 : « *S'agissant de publier des droits concernant des immeubles, on songe aussitôt à une publicité réelle, faite au nom de la chose.* » ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 363, p. 427 : la publicité réelle « *est la plus commode : tous les renseignements utiles sont reportés sur une fiche signalétique de l'immeuble. Seul ce système permet, par exemple, de connaître aisément la totalité des droits réels ou grevant un immeuble soit du chef de l'actuel propriétaire, soit du chef de propriétaires précédents.* »

⁷⁰ R. SAVATIER, « Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955 », *D.* 1959, chr., XXXIII, n° 2.

⁷¹ V. M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », art. préc., p. 213 : « *En 1841, le garde des Sceaux, en leur adressant une circulaire, sollicita l'avis de la Cour de cassation, des cours d'appel et des facultés de droit.* » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 158, p. 58 : « *par une circulaire du 7 mai 1841, le ministre de la justice, Martin, ouvrit une enquête.* »

⁷² Cité par L. GUILLOUARD, art. préc., n° 7, p. 421.

⁷³ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 675, p. 468 : « [...] *l'organisation d'une publicité réelle suppose une identification suffisante des immeubles et si elle a été facile à réaliser dans les pays neufs, les imperfections du cadastre contrarient sa mise au point dans des pays plus morcelés et dont les immeubles ont fait l'objet d'opérations juridiques et de transformations matérielles nombreuses.* »

⁷⁴ V. C. MOULY, fasc. préc., n° 2.

⁷⁵ V. C. MOULY, fasc. préc., n° 9. Adde M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, LGDJ Domat, 2^e éd., 2017, n° 505, p. 268 : « *Le livre foncier [...] s'appuie sur les informations du cadastre (Liegenschaftskataster) établi et mis à jour par les services des communes.* »

⁷⁶ V. C. MOULY, fasc. préc., 1984, n° 49 : « *En raison du caractère montagneux de la majorité du pays, la mensuration cadastrale n'avance que lentement. Elle est aujourd'hui réalisée pour les deux tiers du territoire et on estime qu'elle ne sera pas terminée avant l'an 2000. Par conséquent, le registre foncier n'est à l'heure actuelle introduit que dans une proportion inférieure à 50 %.* »

s'est avéré inapte à servir de support à la publicité foncière⁷⁷, en raison de sa facture imparfaite et, en particulier, de son caractère immuable⁷⁸. Par la suite, la perspective de devoir établir une nouvelle carte des propriétés foncières a semblé un obstacle tellement insurmontable, qu'il empêchait d'envisager une publicité à caractère réel⁷⁹.

Les rénovations progressives du cadastre français⁸⁰ ont finalement permis, en 1955, non seulement d'ajouter un support réel à notre système de publicité grâce à la création d'un fichier immobilier⁸¹, mais aussi d'institutionnaliser la liaison entre ce fichier et le cadastre, afin de ne pas retomber dans les travers du cadastre napoléonien. L'article 2 du décret du 4 janvier 1955 prévoit en ce sens que désormais « *Aucune modification de la situation juridique d'un immeuble ne peut faire l'objet d'une mutation cadastrale, si l'acte ou la décision judiciaire constatant cette modification n'a pas été préalablement publié au fichier immobilier* »⁸², et réciproquement, en vertu de l'article 7, « *Tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit indiquer, pour chacun des immeubles qu'il concerne, [...] la désignation cadastrale (section, numéro du plan et lieu-dit)* »⁸³.

⁷⁷ V. M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », art. préc., p. 213 : « Mais il suffit de rappeler le but fiscal de cette loi pour ne plus être étonné que le cadastre, utilisé comme base de l'impôt foncier, n'ait pas joué le rôle normal qui est le sien : déterminer sur le terrain de la propriété foncière, base sans laquelle aucun régime foncier n'est sérieusement organisé. », Ph. THERY, *op. cit.*, n° 363, p. 428 : « Mais, sans lien aucun avec les mutations de propriété, il n'offrait pas de garantie suffisante pour servir de base à la publicité. De ce fait, la publicité foncière ne pouvait être organisée en France que sur des bases personnelles ».

⁷⁸ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 662, p. 458 : « Le cadastre [...] avait vieilli et ne correspondait plus à l'état des parcelles, des constructions et des voies de communications. » ; *adde* n° 677, p. 469 ; 112^e Congrès des Notaires, *La propriété immobilière*, 2016, n° 1234, p. 144 : « Reposant sur un principe d'immutabilité, il avait pour principal inconvénient de ne pas avoir été mis à jour. Des distorsions sont alors apparues entre le registre et la situation réelle suite à des mutations précédées de divisions. Subsistaient alors des parties de parcelles simplement désignées par la mention du préfixe "p.", suivie des mêmes références que la parcelle dont elles étaient issues ».

⁷⁹ V. L. GUILLOUARD, art. préc., n° 14, p. 428 : « De là on signale un double et grave inconvénient : la dépense considérable nécessitée par l'établissement d'un tel livre foncier et la difficulté de mise à jour permanente de ce livre qui contiendrait tant de numéros de parcelles cadastrales ». L'auteur relève ensuite que, selon un rapport sur les opérations cadastrales réalisé à l'occasion du Congrès international de la propriété de 1892, ce serait certes « une opération importante, mais **sans difficulté insurmontable**. » (L'auteur souligne) ; R. SAVATIER, « Usage et avenir [...] », n° 5, p. 222 : « Le grand obstacle à la "réalisation" de la publicité foncière était économique. La mise en place supposait l'exactitude d'un plan parcellaire exact et tenu à jour. Mais on n'avait pas tenu à jour le vieux cadastre français ; et le refaire paraissait tâche herculéenne ».

⁸⁰ Par des lois du 17 mars 1898, du 16 avril 1930 et du 7 décembre 1941. *Adde* D. n° 55-471 du 30 avril 1955 relatif à la rénovation et à la conservation du cadastre. V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 662, p. 458 : « Une première loi du 17 mars 1898 avait prescrit la révision du cadastre, mais elle ne fut appliquée que dans très peu de communes (187 sur 38 000). C'est la loi du 16 avril 1930 qui a vraiment lancé les opérations de révision cadastrale qui ont été réalisées dans plus de la moitié des communes de France ».

⁸¹ V. Exposé des motifs du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, I, 1 : « Le décret, en créant un fichier immobilier tenant compte des possibilités nouvelles offertes par le cadastre en vue de l'identification certaine des immeubles, substitue à ce système la récapitulation de tous les renseignements concernant les immeubles ». *Adde* R. SAVATIER, art. préc., n° 5, p. 222 : « La méthode de la réforme a été la seule pratique. [...] Elle a consisté à entreprendre progressivement la réfection d'un cadastre, désormais tenu à jour, puis à inscrire progressivement, à la conservation des hypothèques, la condition juridique des parcelles de ce nouveau cadastre, au fur et à mesure des actes qui la révèlent. Les dépenses sont ainsi réparties sur beaucoup d'années et le passage à la publicité réelle est automatique ».

⁸² V. J. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 66, p. 41 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 370, p. 432 et s.

⁸³ V. Art. 17 et s. D. n° 55-1350 du 14 octobre 1955, organisant la « concordance du fichier immobilier et du cadastre ». V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, PUF, 1981, p. 34 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 679 bis, p. 473.

Alors même que les résistances sociologiques étaient levées depuis longtemps, l'obstacle technique tenant à la maîtrise du sol a perduré, au point de n'avoir été surmonté que récemment, puisque la rénovation du cadastre s'est achevée dans les années 1980. Le principe d'une publicité des opérations immobilières est désormais fermement acquis, d'autant plus que cet « *état civil* » de l'immeuble remplit plusieurs offices.

B.- Les finalités de la publicité foncière

En ce qu'elle porte une information à la connaissance du public, la publicité est intrinsèquement tournée vers les tiers. Il en va particulièrement ainsi de la publicité foncière française qui n'a pas vocation à influencer sur les rapports entre les parties à l'acte⁸⁴, mais s'adresse directement aux tiers ayant un intérêt à connaître la situation juridique d'un immeuble, tels les candidats à l'acquisition ou à une prise de garantie. Ce caractère prend corps dans le principe de libre accès au fichier immobilier, consacré à l'article 2449 du Code civil, et faisant obligation aux services de la publicité foncière « *de délivrer, à tous ceux qui le requièrent, copie ou extrait des documents [...] qui y sont déposés [ainsi que] des copies ou extraits du fichier immobilier* ».

Pourtant, cette mise à disposition de l'information n'est pas, en elle-même, la finalité première de la publicité foncière. Avant toute chose, la formalité de publicité permet d'assurer la sécurité des opérations immobilières en fixant un point d'équilibre entre une opposabilité *erga omnes* ou une inopposabilité absolue – les deux étant génératrices de risques⁸⁵.

La vocation naturelle de la publicité foncière est donc d'établir une formalité assurant l'opposabilité des droits immobiliers (1°). Plus récemment, la publicité foncière s'est vue assigner une nouvelle fonction, controversée, de pure information des usagers (2°). De manière sous-jacente, elle est également un outil de la collecte de l'impôt (3°).

⁸⁴ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 671, p. 466 : « [...] le conservateur [...] se borne à recevoir une publicité et ne s'engage nullement dans l'examen du fond du droit et de la valeur des titres. [...] Il s'agit d'un simple système de publicité dans l'intérêt des tiers ». Cf. *infra*.

⁸⁵ V. A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, V° « Publicité foncière », 1988, n° 13, p. 3 : « [...] le formalisme se révèle indispensable en matière immobilière. [...] Ou bien la convention des parties devient par elle-même opposable aux tiers, quoique ces derniers soient censés en ignorer de bonne foi l'existence, et les tiers sont alors sacrifiés. [...] Mais à l'inverse, qu'advierait-il de l'efficacité d'une hypothèque s'il était à présent décidé de l'inopposabilité de cette sûreté au tiers acquéreur ? Cela aboutirait inéluctablement à dépouiller le créancier hypothécaire de cette prérogative fondamentale qu'est pour lui le droit de suite. [...] Ce serait donc la notion même de crédit qui, en définitive, menacerait ruine s'il suffisait au débiteur ayant consenti hypothèque sur son immeuble de céder celui-ci à un tiers pour que soit affranchi le bien grevé de la sûreté octroyée ».

1°- Assurer l'opposabilité des droits sur les immeubles

La fonction cardinale de la publicité foncière française est d'assurer l'opposabilité des droits en matière immobilière à l'égard de certains tiers⁸⁶. Le rapport relatif à l'ordonnance de 2010 supprimant les conservateurs le rappelait expressément en ces termes : « *La publicité foncière [...] est une mission de service public ayant pour finalité de porter à la connaissance de tous, en les rendant opposables, les droits exercés individuellement sur les immeubles* »⁸⁷.

Le système français de publicité foncière n'est pas créateur de droit : le droit réel préexiste à sa publication. Son existence n'est donc pas conditionnée à sa publicité, et sa publicité ne constitue pas non plus une preuve de son existence. C'est la raison pour laquelle la publicité foncière française est généralement qualifiée de « *confortative* » de droit. Elle ne fait qu'assurer au propriétaire qu'il ne sera pas évincé par la prétention d'un tiers qui n'aurait pas publié son titre et au créancier hypothécaire que son droit sera efficace à l'égard de toute personne ayant un droit sur l'immeuble. De ce fait, dans notre système confortatif, ce sont les actes qui font l'objet de la publication, et non les droits⁸⁸.

À l'inverse, dans le système allemand, l'effectivité d'un acte translatif ou d'une sûreté dépend de son inscription au livre foncier⁸⁹ ; le simple échange des consentements est insuffisant à opérer le transfert. Pour cette raison, la publicité allemande est dite « *constitutive* » de droit. Outre ce rôle translatif, l'importance du livre foncier tient à sa valeur probatoire. Le BGB prévoit ainsi que « *lorsqu'un droit est inscrit au livre foncier en faveur d'une personne, il est présumé que ce droit lui appartient* »⁹⁰. Cette foi publique attachée au livre implique que ce qui y est inscrit ne peut être contesté que par un contredit.

Le principe de transfert *solo consensu* retenu par le droit français peut présenter un danger pour les tiers qui ne sont pas en mesure de prendre connaissance des mutations survenues sur un immeuble⁹¹. Pour prévenir tout risque, le choix a été fait d'apporter des exceptions au principe d'opposabilité *erga omnes* des droits réels⁹². À l'égard de certaines

⁸⁶ V. A. FOURNIER, préc., n° 3, p. 2 : « *La finalité propre à la publicité foncière consiste alors précisément à organiser, en matière immobilière, l'opposabilité aux tiers d'actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits de certaine nature.* » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 648, p. 449 : « *Ainsi l'inopposabilité est la pièce essentielle du régime de la publicité foncière* ».

⁸⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques.

⁸⁸ V. Ph. THERY, *op. cit.*, n° 361, p. 426 : « *Ainsi se trouvent opposés deux systèmes : l'un dit de publicité foncière, où ce sont des actes juridiques qui sont publiés afin d'opposabilité aux tiers ; l'autre dit du **livre foncier** où ce sont les droits eux-mêmes qui sont inscrits* ».

⁸⁹ V. M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, LGDJ, Domat, 2^e éd., 2017, n° 513 et s., p. 272 et s.

⁹⁰ §891, alinéa 1^{er} du BGB.

⁹¹ V. F. DANOS, « *Publicité foncière et transfert de propriété* », *Dr. patrimoine* nov. 2012, n° 219, p. 25 : « *Il est nécessaire que les tiers soient avertis de l'existence du nouveau rapport d'appropriation dont la chose a fait l'objet, de la mutation ainsi réalisée et de l'impossibilité corrélative pour ces tiers de contracter avec le cédant. Sinon, comment pourrait-on imposer à ces tiers un devoir d'abstention qu'ils ne sont pas en mesure de connaître ?* » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 644, p. 446 : « *[...] la règle du transfert des droits réels sans formalité particulière et par le seul effet de l'échange des consentements est dangereuse pour les tiers qui risquent d'être lésés par le jeu de la règle "Nemo plus juris" qui interdit de transférer un droit que l'on n'a pas soi-même* ».

⁹² V. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n° 283, p. 276.

catégories de tiers et pour les droits risquant d'entrer en conflit, l'opposabilité est soumise au respect d'une formalité de publicité⁹³. Cette exigence assure la sécurité du commerce immobilier de manière à la fois préventive et curative⁹⁴.

D'une part, en effet, en rendant accessible l'état juridique d'un immeuble, la publicité permet d'éviter la survenance de situations conflictuelles. Les « tiers, en connaissance de cause, sauront se détourner en temps utile de toute opération frauduleuse ou de nature à les léser »⁹⁵.

D'autre part, la prévention n'étant pas suffisante, la publicité foncière fixe également une règle de résolution du conflit avéré. La règle, fondée sur l'opposabilité, est la suivante : lorsque deux personnes prétendent avoir acquis du même auteur des droits concurrents sur un même immeuble, préférence est donnée au publiant le plus diligent⁹⁶. Concrètement, le droit publié en premier est, du seul fait de cette antériorité, rendu opposable au concurrent⁹⁷ : le publiant sera à l'abri de la découverte ultérieure d'autres droits s'exerçant sur l'immeuble, et réciproquement, le droit publié devra être respecté par toute personne acquérant ultérieurement un droit sur cet immeuble.

Cette résolution du conflit passe par la reconnaissance d'une publicité « active », c'est-à-dire d'un système dans lequel « l'opposabilité d'un droit publié se traduit [...] par une diminution, voire un anéantissement d'un droit concurrent non publié antérieurement »⁹⁸. Ainsi, celui qui prend la peine de respecter la formalité de publicité, ou qui l'a fait plus rapidement que ses concurrents, s'assure la sécurité de son droit : à défaut de publicité, les tiers seraient fondés à méconnaître le droit issu de cet acte auquel ils étaient, par hypothèse, étrangers.

Cette préférence donnée au premier publiant permet d'apporter une solution aux différents types de conflits éventuels. Elle permet évidemment de trancher le conflit entre acquéreurs successifs : le premier à avoir publié son titre de propriété sera préféré à celui qui n'a pas publié ou qui n'a publié que postérieurement, quand bien même son acte aurait été

⁹³ Art. 30 D. n° 55-22 du 4 janvier 1955 : « Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques ».

⁹⁴ V. A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, V° « Publicité foncière », 1988, n° 20, p. 4 : « La publicité foncière au préalable tend principalement à la prévention de tels conflits. Et seulement s'il s'avère que cette situation a échoué, le droit de la publicité foncière se résigne alors – mais il ne s'agit plus que d'un pis-aller car les conflits naissent accidentellement – à édicter la solution destinée à résoudre au mieux des intérêts en présence la situation conflictuelle surgie. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 648, p. 449 : « La publication a un rôle préventif de conflit en même temps qu'elle permet de résoudre celui qui pourrait se produire en assurant la sécurité de l'acquéreur qui s'est soumis à ses formalités ».

⁹⁵ A. FOURNIER, *préc.*, n° 17, p. 4. Adde G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 644, p. 446 : « Ainsi la publication d'une aliénation rend pratiquement impossible une nouvelle aliénation par celui qui a consenti la première car elle détournera tout nouvel acquéreur ».

⁹⁶ Art. 30 D. n° 55-22 du 4 janvier 1955 : « Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés ».

⁹⁷ V. M. DAGOT, *op. cit.*, p. 140 et s.

⁹⁸ L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 11^e éd., n° 632, p. 361.

conclu en premier⁹⁹. Elle donne encore la solution de l'opposition entre un acquéreur et un créancier : l'hypothèque prise du chef du vendeur ne pourra pas être utilement inscrite après publication de la vente de l'immeuble, cette vente emportant arrêt du cours des inscriptions¹⁰⁰. Enfin, et avec une intensité particulière, elle organise la concurrence entre les créanciers hypothécaires ou privilégiés.

La spécificité de la situation des sûretés immobilières tient à ce que ces instruments sont tournés exclusivement contre les tiers¹⁰¹. La sûreté, même valable entre les parties, ne serait pour son titulaire d'aucune utilité si elle était dépourvue d'opposabilité¹⁰². Incitation supplémentaire à la célérité, la date d'inscription détermine également le rang des créanciers hypothécaires¹⁰³. C'est ce qui explique que la formalité n'ait pas été formellement rendue obligatoire dans cette hypothèse, car plus que jamais, il va de l'intérêt du titulaire du droit de le rendre opposable, dès que possible¹⁰⁴.

En définitive, l'efficacité d'un acte, même valable, serait largement entamée par son défaut d'opposabilité ou par une opposabilité restreinte¹⁰⁵. Érigée en vue de la protection de certains tiers, la publicité se révèle donc également un outil précieux entre les mains des parties elles-mêmes : « *la publication est beaucoup plus [qu'une information] : l'acquéreur met publiquement la main sur le bien ; il manifeste la volonté d'opposer son droit ; la publication est, sous cet angle, analogue à l'entrée en possession* »¹⁰⁶.

Cette fonction d'opposabilité des droits sur l'immeuble est l'essence même de la publicité foncière française. Elle en est la genèse : l'opposabilité des droits s'affirma

⁹⁹ Art. 1198, al. 2, C. civ. : « 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 ».

¹⁰⁰ Art. 2427, C. civ. : « Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers ».

¹⁰¹ V. C. GIJSBERS, thèse préc.

¹⁰² Art. 2377, C. civ. : « Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription au fichier immobilier ».

¹⁰³ Art. 2425, C. civ. : « Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a rang que du jour de l'inscription prise par le créancier au fichier immobilier dans la forme et de la manière prescrites par la loi ».

¹⁰⁴ V. A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, n° 190, p. 18 : « Aussi longtemps qu'elles ne seront pas publiées, ces sûretés immobilières se révéleront privées de toute efficacité. C'est pourquoi les textes s'en remettent à la diligence de leurs titulaires pour prendre l'initiative de la publication. » ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n° 280 et s., p. 270 et s., et n° 285 et s., p. 279 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, op. cit., n° 724 bis, p. 506 : « Ce rôle est particulièrement important en la matière car les effets essentiels de l'hypothèque, droit de préférence et droit de suite, s'exercent contre des tiers et une hypothèque inopposable aux tiers est à peu près dépourvue de tout intérêt ».

¹⁰⁵ V. A. FOURNIER, « Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 156 : La sanction « la plus redoutable encourue repose sur l'inopposabilité aux tiers du droit non publié, tant un rapport de droit que sont admis à méconnaître ceux qui lui sont étrangers se voit dépouillé pour cette raison de sa pleine efficacité, de point de vue pratique pour le moins ».

¹⁰⁶ L. AYNES, « Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire », *D.* 2011, p. 851. En effet, la possession joue le même rôle d'information des tiers et de résolution du conflit au profit de celui qui a extériorisé son contrôle sur le bien : v. art. 1198, C. civ. ; F. DANOS, « Publicité foncière et transfert de propriété », *Dr. patrimoine* nov. 2012, n° 219, p. 23 : « la publicité foncière peut donc être considérée comme un mode de possession juridique de l'immeuble. » ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n° 283, p. 276.

historiquement comme le premier rôle de la publicité, lorsque, en 1804, l'inscription n'était prévue que pour les hypothèques. Mais elle en demeura également pendant longtemps le but exclusif, y compris après l'extension de la publicité aux actes translatifs¹⁰⁷, et ce jusqu'à l'apparition d'une publicité « pour l'information des usagers »¹⁰⁸.

2°- Informer les usagers

C'est par le décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant le régime de la transcription¹⁰⁹ que le virage a été amorcé. Ce texte fit entrer dans le champ de la transcription les mutations par décès et les actes déclaratifs. Or il ne s'agissait pas là d'opérations risquant de créer un conflit entre titulaires de droits concurrents¹¹⁰. Partant, ce décret fit apparaître aux côtés de la fonction de résolution des conflits assurée par l'opposabilité, de manière plus ou moins consciente¹¹¹, une nouvelle mission pour la publicité foncière : celle d'une institution de police civile¹¹². Par cette évolution, l'on cherchait en effet à retracer, sur les registres, l'histoire de l'immeuble par la publication de tous les maillons de la chaîne des transferts de propriété¹¹³. Pour autant, tous les actes translatifs ou constitutifs de droits réels n'étaient pas encore soumis à publicité, ce que certains regrettaient¹¹⁴. Ce tournant a donc été accentué à

¹⁰⁷ Par la loi du 23 mars 1855.

¹⁰⁸ Art. 36 et 37, D. 4 janvier 1955.

¹⁰⁹ Décret-loi pris en application de la loi du 8 juin 1935 donnant délégation au Gouvernement « pour assurer la défense du franc et lutter contre la spéculation », sur lequel v. L. JOSSERAND, « La transcription vue à travers le décret-loi du 30 octobre 1935 », *DH* 1936, chron., p. 1 et s. ; R. SAVATIER, « Ce que devient la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935 », *JCP*, p. 1397 et s.

¹¹⁰ V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, op. cit., p. 16 et p. 183 : « Ainsi en est-il pour les actes déclaratifs, comme le partage ; en raison de la rétroactivité attachée au droit de l'attributaire, le conflit ne s'élève plus entre ayants cause d'un même auteur. Exemple : conflit entre l'attributaire et le créancier hypothécaire qui a pris une inscription sur l'immeuble indivis, du chef d'un autre indivisaire. L'auteur n'est pas le même, puisque l'attributaire est censé tenir ses droits directement du défunt et non pas des autres indivisaires. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, op. cit. n° 651, p. 450 et s. : « l'utilité de la publication qui est d'assurer la sécurité des acquéreurs ne se retrouve pas ici, l'héritier n'étant nullement menacé par les actes de son auteur, par hypothèse décédé ».

¹¹¹ V. J. GUYENOT, « Valeur du nouveau système français de publicité... », art. préc., n° 2 : « Les auteurs du décret ont juxtaposé, sans prendre garde » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, op. cit., n° 165, p. 61 : « Sans que les rédacteurs du décret-loi y aient pris garde ».

¹¹² V. J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 1961-1962, p. 713 : « [...] elle n'est plus qu'un pur moyen d'information, fournissant aux tiers des renseignements pratiques sur l'état de la propriété immobilière. [...] Dans cette deuxième fonction, la transcription est devenue – suivant une formule courante en doctrine, encore qu'assez peu évocatrice – une simple institution de police civile. » ; R. NERSON, « La réforme de la publicité foncière », *D.* 1955, chr. p. 156 : « la transcription, d'après le décret-loi de 1935, est une mesure de police civile et administrative destinée seulement à renseigner les usagers sur l'état juridique des propriétés foncières. » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, op. et loc. cit. : « Cessant d'être le moyen technique d'arbitrer les conflits d'intérêts privés qui naissent à l'occasion de la transmission d'un droit, la transcription est devenue une **institution de police civile** » (les auteurs soulignent).

¹¹³ V. J. FLOUR, op. cit., p. 711 : « Au régime établi par la loi de 1855, il était reproché de ne pas révéler la filière complète des propriétaires successifs d'un immeuble déterminé » ; M. GOBERT, art. préc., p. 209 : « la réforme [de 1935] tendait à combler les trous présentés par les chaînes de propriétaires. Mais elle s'écartait de l'objet précis de la transcription en France. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, op. cit., n° 651, p. 451 : « En organisant la publication des actes déclaratifs comme celle des actes translatifs ou constitutifs, des faits juridiques comme des actes juridiques, on veut rassembler toutes les informations permettant d'écrire l'histoire juridique d'un immeuble et de décrire sa situation. » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, op. cit., n° 165, p. 61 : « il s'est agi de faire apparaître sur des registres publics tous les renseignements d'ordre pratique qui intéressent la propriété immobilière ».

¹¹⁴ V. L. JOSSERAND, « La transcription vue à travers le décret-loi du 30 octobre 1935 », *DH* 1936, chron., p. 2.

l'occasion du décret du 4 janvier 1955, par un allongement de la liste des actes devant être publiés à titre d'information¹¹⁵. Le développement de cette liste, constituée désormais d'actes ayant peu de points communs¹¹⁶, aboutit à un principe de généralité de la publication au-delà des seuls droits réels immobiliers¹¹⁷.

À ce titre, doivent désormais être publiés notamment les actes qui consolident un droit publié précédemment – tels les actes confirmatifs ou constatant l'accomplissement d'une condition suspensive¹¹⁸ – ou les demandes en justice tendant à obtenir l'anéantissement d'une convention¹¹⁹.

Parmi ces publications informatives, certaines sont facultatives¹²⁰, d'autres obligatoires¹²¹. Dans ces hypothèses il ne pouvait toutefois être question d'exiger une publication à peine d'inopposabilité¹²². Dans le cadre d'une succession, par exemple, l'on voit bien ce qu'il y aurait d'inconcevable à permettre à certaines personnes de se prévaloir de l'absence de publicité pour ignorer le décès du propriétaire et le droit de ses héritiers¹²³...

La sanction du défaut de formalité ne pouvait qu'être d'un autre ordre, mais le décret-loi de 1935 n'en avait pas prévue. C'est le décret du 4 janvier 1955 qui s'en chargea. Il mit en place des délais¹²⁴ sanctionnés par une amende civile¹²⁵, laquelle fut finalement supprimée en 1998¹²⁶. Il fut également prévu que la responsabilité civile pouvait jouer, mais selon des règles propres à la publicité foncière : seul pouvait s'en prévaloir un intéressé subissant un préjudice à raison du défaut de publication, et ayant lui-même publié son droit¹²⁷.

¹¹⁵ V. J. GUYENOT, « Valeur du nouveau système français de publicité... », art. préc., n° 16 et s. ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 169, p. 63 : « La liste des actes soumis à transcription a été allongée. On s'est ingénié à faire figurer sur les registres de la conservation et, par conséquent, sur le fichier immobilier, toute la documentation désirable sur la situation juridique de l'immeuble ».

¹¹⁶ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 789.

¹¹⁷ V. R. NERSON, « La réforme de la publicité foncière », art. préc., p. 152.

¹¹⁸ Art. 28-4° a) et b), D. 4 janvier 1955.

¹¹⁹ Art. 28-4° c), D. 4 janvier 1955.

¹²⁰ Art. 37, D. 4 janvier 1955.

¹²¹ Art. 28 et 36, D. 4 janvier 1955 ; art. 73, D. 14 octobre 1955.

¹²² V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 16 ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 712 ; J. GUYENOT, art. préc., n° 2, note 15.

¹²³ V. M. DAGOT, *La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 167 ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 713 et 806 : « Or, on ne peut pas faire comme si un mort était encore vivant : on ne peut pas, à lui, lui maintenir ses pouvoirs de disposition. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.* n° 651, p. 451 : « On ne peut prétendre faire abstraction de la mort d'une personne ; si on admettait qu'un tiers puisse prétendre ignorer l'héritier légal au motif que celui-ci n'a pas publié son titre, il faudrait admettre que les biens de la succession continuent à appartenir au défunt ».

¹²⁴ V. R. SAVATIER, « Ce que devient la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935 », *JCP*, p. 1399 : « Jusqu'à présent, la transcription n'était assujettie à aucun délai fixe. On se fiait simplement à l'intérêt que l'acquéreur avait à transcrire rapidement pour se trouver à l'abri des droits réels susceptibles de frapper son auteur ou d'être concédés par lui à des tiers ».

¹²⁵ Art. 33, D. 4 janvier 1955. Le décret-loi de 1935 ne prévoyait pas de sanction pour irrespect du délai de publication.

¹²⁶ Par la loi du 6 avril 1998. L'amende, de 50 francs, était dérisoire et n'était plus recouvrée. V. M. SUQUET-COZIC, *Publicité foncière*, éd. Francis Lefebvre, 2014, n° 10850, p. 158.

¹²⁷ Art. 30-4, D. 4 janvier 1955 : « Toute personne intéressée qui, ayant publié son propre droit, prouve qu'elle a subi un préjudice à raison soit du défaut de publication avant l'expiration du délai légal, soit de la publicité incomplète ou irrégulière d'un des actes visés aux 3° à 9° de l'article 28, peut demander des dommages et intérêts ». V. F. MANGIN, *J.-Cl. Civil Annexes*, V° « Publicité foncière », fasc. 37 « Effets de la publicité », n° 97 et s.

Enfin, une sanction indirecte était trouvée dans la règle de l'effet relatif¹²⁸, dans la mesure où celle-ci incite à la publication en raison de l'impossibilité consécutive de publier un acte ultérieur¹²⁹.

Par-delà sa mission de résolution des conflits, la publicité foncière permet donc aujourd'hui d'avoir une vision quasi-exhaustive du statut juridique de l'immeuble¹³⁰, qu'il s'agisse de son histoire ou de sa condition actuelle. Grâce à la publication des opérations translatives – acquisitions¹³¹, successions¹³², expropriations¹³³ – le registre est un reflet fidèle de la généalogie de la propriété¹³⁴. Mais il permet aussi de se faire une représentation de l'état de l'immeuble et de sa valeur, dès lors que sont inscrits les baux de longue durée¹³⁵, les charges¹³⁶, le règlement de copropriété¹³⁷, ou encore le classement en monument historique¹³⁸.

En elle-même, cette fonction informative revêt une importance à plusieurs titres. Elle permet de faciliter le commerce juridique des immeubles : les investisseurs potentiels ou les créanciers souhaitant des poursuites pourront connaître la situation de l'immeuble, et en particulier le montant du passif grevant exercer l'immeuble. Mais l'information ne s'adresse pas qu'aux particuliers, elle est utile également pour l'Administration, qui peut avoir intérêt notamment à connaître la nationalité des acquéreurs, afin d'être renseignée, à titre d'ordre public, sur « *le volume d'acquisitions réalisées par des étrangers sur le territoire national* »¹³⁹.

Pourtant, cette mission continue de susciter des interrogations quant à son domaine.

Le premier questionnement tient au caractère énonciatif ou limitatif des dispositions fixant les actes pouvant être publiés à titre informatif¹⁴⁰.

¹²⁸ Articles 32 et s., D. 14 octobre 1955, cf. *infra*.

¹²⁹ Art. 32-1, D. 14 octobre 1955 : « aucune formalité de publicité ne peut être opérée dans un bureau des hypothèques à défaut de publicité préalable ou simultanée de l'acte, de la décision judiciaire ou de l'attestation de transmission par décès constatant le droit du disposant ou dernier titulaire ».

¹³⁰ V. A. FOURNIER, « Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 155 : « *Rendre un état-civil complet de l'immeuble accessible à la connaissance des tiers – soit toute personne qui y trouve intérêt quelconque –, telle est la finalité assignée à notre système de publicité foncière* ».

¹³¹ Art. 28-1°-a), D. 4 janvier 1955.

¹³² Art. 29, D. 4 janvier 1955.

¹³³ Art. 35-3°, D. 4 janvier 1955.

¹³⁴ V. M. Gobert, art. préc., p. 218, approuvant le nouveau système de publicité foncière permettant « *de fournir une généalogie complète de la propriété* ».

¹³⁵ Art. 28-1°-b), D. 4 janvier 1955.

¹³⁶ Art. 37-2°, D. 4 janvier 1955.

¹³⁷ Art. 35-6°, D. 4 janvier 1955.

¹³⁸ Art. 35-7°, D. 4 janvier 1955.

¹³⁹ A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, préc., n° 25, p. 4.

¹⁴⁰ V. M. DAGOT, *op. cit.*, p. 201 ; A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, préc., n° 181, p. 17 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 818, p. 563 ; S. Piédelièvre, *J.-Cl. civ.*, fasc. préc., n° 3.

Face à une jurisprudence hésitante¹⁴¹, la doctrine elle-même est divisée¹⁴². Pour les défenseurs d'une publicité foncière dont le but serait d'établir un état civil de l'immeuble le plus fiable possible, il est cohérent de considérer que la liste des publications facultatives ne serait qu'indicative¹⁴³. En ce sens, le Professeur Michel Dagot fait valoir que l'esprit du décret de 1955 « *commande [...] d'accepter tout ce qui concernant un immeuble est susceptible d'informer les tiers* »¹⁴⁴. D'autres auteurs estiment à l'inverse qu'« *Admettre que n'importe quel acte "relatif" à un immeuble peut être publié, c'est faire jouer à la publicité foncière un rôle qui n'est pas le sien* »¹⁴⁵. Par où l'on voit que, derrière la controverse sur le caractère limitatif de la disposition, la discussion est en réalité plus profonde.

La réflexion porte plus fondamentalement sur le bien-fondé même d'une publicité foncière destinée à devenir le réceptacle de toutes les informations relatives à l'immeuble, et s'éloignant ainsi du rôle initial axé sur l'opposabilité des droits. À la tête de ce mouvement critique, le Professeur René Savatier dénonçait, dès 1959¹⁴⁶, une dérive historiographique, en se disant « *effrayé de la démesure qu'un faux et vain instinct de collectionneur a introduite dans le musée récent de la publicité foncière* »¹⁴⁷. À force de vouloir rassembler, au sein des registres de la publicité foncière, toutes les informations afférentes à l'immeuble, le risque n'est-il pas, entre autres, d'engorger les services avec des demandes de publication spontanée¹⁴⁸ et de réquisitions pour des informations que les intéressés pourraient aussi bien obtenir ailleurs¹⁴⁹ ? Il paraît aujourd'hui nécessaire de se demander si l'on veut poursuivre cette

¹⁴¹ En faveur du caractère limitatif : Trib. Segré, 12 mars 1958, *JCP N* 1958. II. 10588 ; Trib. Nice 4 octobre 1958, *JCP N*, 1958 II 11060 ; Reims, 14 juin 1977. Contre le caractère limitatif : Paris, 1^{er} juin 1988, *Deffrénois* 1989, p. 425, note L. AYNES : « *L'énumération des actes pouvant être publiés, mentionnés dans l'article 37 du [décret du 4 janvier 1955], n'est pas limitative ; le prêt à usage viager consenti sur un immeuble rentre tout naturellement dans la catégorie des actes pouvant être publiés* ».

¹⁴² V. M. GOBERT, art. préc., p. 210 : « *Beaucoup a été fait [par le décret du 4 janvier 1955]. Pour qui s'en tient au rôle premier de la publicité française, régler les conflits entre les tiers, le beaucoup est trop, c'est-à-dire superflu. Pour qui pense que la publicité foncière a pour raison d'être la sécurité absolue des transactions, le beaucoup n'est pas assez. Entre les deux, il y a le décret* ».

¹⁴³ En ce sens, v. A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, préc., n° 192 et s., p. 18 : « *L'information des tiers s'en trouverait enrichie sans que s'ensuive un excès de formalisme tatillon. Le but premier de la publicité foncière ne consiste-t-il pas à procurer l'image la plus complète et précise du statut juridique de l'immeuble ?* » ; J. GUYENOT, art. préc. n° 8 : « *le décret du 4 janvier 1955 marquant une étape importante et attendue de notre système consacre une **publicité plus complète et par là plus sûre*** » (Nous soulignons) ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 144, p. 51 : « *Tous les actes qui intéressent le statut de la propriété immobilière doivent être publiés* ».

¹⁴⁴ M. DAGOT, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁵ L. AYNES, *Deffrénois* 1989, p. 427, note sous Paris, 1^{er} juin 1988. Dans le même sens, v. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 838 ; M. GOBERT, art. préc., p. 219 : « *La Cour de cassation adopta la solution restrictive : fort bien. Il n'est pas du tout souhaitable de prendre l'habitude d'ajouter aux textes en matière de publicité foncière* ».

¹⁴⁶ V. R. SAVATIER, « *Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955* », *D.* 1959, chr. 33, p. 221 et s.

¹⁴⁷ R. SAVATIER, art. préc., p. 223.

¹⁴⁸ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 838 : « *Que l'on imagine, en effet, ce que serait l'encombrement des Conservations si les particuliers avaient la faculté d'y publier n'importe quoi : par exemple tous les baux, même conclus pour une courte durée !* ».

¹⁴⁹ En ce sens v. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 915 : « *Les renseignements que l'on peut aujourd'hui demander au conservateur – du moins ceux qui offrent quelque intérêt : car qui se soucie, par exemple, de savoir que tel immeuble a été délaissé ? – il était hier loisible au public d'en prendre connaissance ailleurs : dans les actes notariés et les origines de propriété qui y sont relatées. Si l'on envisage les deux exemples les plus typiques, un acheteur éventuel pouvait toujours demander communication au vendeur soit du partage qui lui avait attribué le bien à vendre, soit d'un acte de notoriété qui, joint au titre de propriété de son auteur, établissait qu'il l'avait, à telle date, hérité de telle personne* ».

impulsion ou au contraire se recentrer sur le rôle premier de la publicité foncière, qui est d'assurer l'opposabilité de certains droits¹⁵⁰. En toute hypothèse, cela ne devrait pas remettre en cause la mission fiscale conférée à la publicité foncière.

3°- Participer à la collecte de l'impôt

« Notre système de publicité a conservé le **caractère fiscal** qui lui a été imprimé dès l'origine »¹⁵¹. En effet, dès le départ, la tâche de gérer la publicité foncière a été confiée à un service administratif rattaché au ministère de l'Économie et des Finances¹⁵². Les liens entre la publicité foncière et la collecte de l'impôt sont de plusieurs ordres.

En premier lieu, les services de la publicité foncière sont chargés de percevoir des taxes à l'occasion des formalités¹⁵³. Ils sont ainsi tenus de recouvrer la taxe de publicité foncière¹⁵⁴, due à raison de l'exécution de la formalité, ainsi que la contribution de sécurité immobilière¹⁵⁵, versée en contrepartie de la sécurité apportée par le service public de publicité et la responsabilité étatique corrélative¹⁵⁶. Depuis la loi n° 69-1168 du 26 décembre 1969¹⁵⁷, ce rôle de collecte a été accentué par la consécration de ce qu'il est coutume d'appeler la « *formalité fusionnée* »¹⁵⁸. Cette simplification permet de traiter ensemble les formalités d'enregistrement et de publicité pour les actes soumis à cette double exigence, dans un « *souci d'assurer une meilleure utilisation des agents tout en allégeant les obligations des usagers* »¹⁵⁹. Ainsi, les services de la publicité foncière ont compétence pour recouvrer, en plus des taxes foncières, l'équivalent du montant des droits d'enregistrement afférents à l'acte publié¹⁶⁰. Face au succès de cette innovation, le nombre d'impôts collectés à l'occasion de la formalité foncière a été accru ; ont ainsi été ajoutées la perception de l'impôt sur les

¹⁵⁰ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 914 : « Mais, outre qu'une telle historiographie ne saurait jamais être complète, la tentation est intellectuelle et abstraite ; plus qu'elle ne correspond aux besoins concrets de la pratique. » ; R. SAVATIER, art. préc., p. 223 : « [...] du moment que la seule sécurité véritable des registres réside dans l'inopposabilité des actes tardivement publiés, aux tiers plus diligents, on ne devrait soumettre à la publicité foncière que les actes dont l'opposabilité dépend de la publicité. Pour tout le reste, et au regard de son but, une publicité est un luxe à peu près vain. Le public n'en a pas sérieusement besoin ».

¹⁵¹ G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 181.

¹⁵² V. S. PIEDELIEVRE, *J.-Cl. civ.*, fasc. préc., n° 22 ; M. SUQUET-COZIC, *Publicité foncière*, éd. Francis Lefebvre, 2014, n° 500, p. 27.

¹⁵³ Art. 878-3°, CGI.

¹⁵⁴ Art. 663, CGI. V. J. LAFOND, N. GONZALEZ-GHARBI, *Guide de la publicité foncière*, LexisNexis, 2017, v° « Taxe de publicité foncière », n° 7810 et s., p. 1788 et s.

¹⁵⁵ Art. 879 et s., CGI, issu de l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 supprimant le statut de conservateur des hypothèques.

¹⁵⁶ V. J. LAFOND, N. GONZALEZ-GHARBI, *Guide de la publicité foncière*, V° « Contribution de sécurité immobilière », n° 2199 et s., p. 526 et s. ; M. SUQUET-COZIC, *Publicité foncière*, *op. cit.*, n° 14700, p. 197.

¹⁵⁷ Sur laquelle voir les « Instructions administratives », BODGI 7 A-6-70, *Defrénois* 1970, I, p. 693 et s.

¹⁵⁸ Art. 647, CGI : « I. Les formalités de l'enregistrement et de la publicité foncière sont fusionnées pour les actes publiés au fichier immobilier et les actes portant sur des droits inscrits sur le livre foncier de Mayotte ». V. J. LAFOND, N. GONZALEZ-GHARBI, *Guide de la publicité foncière*, v° « Formalité unique », n° 3908 et s., p. 920 et s.

¹⁵⁹ « Instructions administratives », *Defrénois* 1970, I, n° 1, p. 694.

¹⁶⁰ V. « Instructions administratives », préc., n° 14, p. 697 : « Afin de donner à la réforme toute son efficacité, l'article 2 de la loi prévoit que les actes qui donnent lieu à la formalité unique sont soumis à la taxe de publicité foncière et cessent d'être assujettis aux droits d'enregistrement. Le montant de ces droits est incorporé dans la taxe de publicité foncière, de manière à aboutir à une perception unique ».

plus-values immobilières des particuliers¹⁶¹ ou celle de la taxe sur les terrains devenus constructibles¹⁶².

La publicité foncière contribue encore, de manière indirecte, à l'efficacité du recouvrement des impôts fonciers. En effet, la collecte de la taxe foncière, de la taxe d'habitation et de la contribution économique territoriale est fondée sur les informations cadastrales. Or, grâce au récent principe de concordance entre le cadastre et le fichier immobilier¹⁶³, la perception de ces impôts se fait sur la base d'informations permettant d'identifier le débiteur de l'impôt foncier de façon plus fiable¹⁶⁴.

Cet accroissement de la mission de collecteur d'impôt assignée aux services de la publicité foncière est, lui aussi, l'objet de critiques. En effet, selon certains auteurs, la motivation fiscale irait parfois jusqu'à dévoyer l'esprit de la matière, qui est d'être un instrument de sécurisation des transactions immobilières¹⁶⁵. Or, le choix d'orienter un système de publicité foncière vers une finalité plus que vers une autre aura nécessairement un impact tangible sur son organisation et son fonctionnement.

C.- L'organisation et le fonctionnement de la publicité foncière

Les principes actuels d'organisation et de fonctionnement techniques de la publicité foncière sont très largement issus des décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955, lesquels ont en partie repensé le système afin de le rendre plus fiable et donc plus efficace.

Ce souci d'accroître la sécurité de la publicité se manifeste aussi bien sur le plan des règles encadrant la formalité de publication (1°), que sur celui du rôle dévolu aux différents acteurs prenant part à l'accomplissement de cette formalité (2°).

1°- La formalité

La formalité de publication consiste à déposer, au service de la publicité foncière, l'acte sujet à publicité, et à en faire mention sur les registres *ad hoc*. L'acte doit remplir certaines conditions préalables (a) pour que la formalité de publication puisse effectivement être réalisée (b). Toute personne peut alors demander à obtenir des renseignements issus des registres (c).

¹⁶¹ Art. 150-U, CGI.

¹⁶² Art. 1529, CGI.

¹⁶³ Cf. *supra*.

¹⁶⁴ V. M. SUQUET-COZIC, *op. cit.*, n° 650, p. 29.

¹⁶⁵ V. J. FLOUR, *op. cit.* p. 728 : « [...] le rattachement des conservations des hypothèques au ministère des Finances [...] a parfois conduit le législateur à réglementer la publicité sous l'empire de considérations purement fiscales. On a soumis à transcription des actes pour lesquels cette formalité ne s'impose pas rationnellement, pour lesquels elle n'est pas vraiment nécessaire à la sécurité des transactions immobilières : et ce, dans le dessein évident de procurer un supplément de ressources au Trésor. » ; S. PIEDELIEVRE, J.-Cl. civ., fasc. préc., n° 22 : « La conséquence en est nécessairement un certain détournement de la finalité des règles de la publicité foncière, puisque les considérations fiscales sont le plus souvent primordiales dans une matière qui a pour vocation de renforcer la sécurité des transactions immobilières ».

a. Les conditions préalables à la formalité

Le système de publicité implique l'existence d'un écrit, mais les exigences relatives à cet écrit divergent selon les systèmes et les époques. Le décret du 4 janvier 1955, en particulier, a fait évoluer la réglementation dans le but de renforcer la fiabilité de la publicité foncière française. Ce texte a imposé que l'acte à publier réponde à deux nouvelles conditions préalables au dépôt : ne pourra être publié par principe qu'un acte « dressé en la forme authentique »¹⁶⁶ (α) et à la condition que le « titre du disposant ou dernier titulaire [ait] été préalablement publié »¹⁶⁷, règle connue sous l'appellation d'« effet relatif » (β).

α- La condition d'authenticité

Le lien entre publicité et authenticité paraît relever aujourd'hui du domaine du truisme¹⁶⁸. Cette condition de principe est même gravée, depuis 2011¹⁶⁹, dans le marbre du Code civil. L'alinéa 1^{er} de l'article 710-1 prévoit en effet que « tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative ».

Notons dès à présent que l'alinéa 3 de cet article pose des exceptions à ce principe. L'authenticité n'est en effet pas requise pour la publication « des assignations en justice, des commandements valant saisie, des différents actes de procédure qui s'y rattachent et des jugements d'adjudication, des documents portant limitation administrative au droit de propriété ou portant servitude administrative, des procès-verbaux établis par le service du cadastre, des documents d'arpentage établis par un géomètre et des modifications provenant de décisions administratives ou d'événements naturels ». Ces actes, bien que certains soient parfois qualifiés d'authentiques - on pense à certains actes administratifs -, ne répondent pas à la définition de l'authenticité retenue par l'alinéa 1^{er}. Les ranger au titre des exceptions, alors que leur publication est requise, évite d'avoir recours au détour d'un « rattachement purement fonctionnel [...] à la famille de l'authenticité »¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Art. 4, D. 4 janvier 1955 : « Tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique ».

¹⁶⁷ Art. 3, D. 4 janvier 1955 : « Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié ».

¹⁶⁸ V. L. AYNES (dir.), *L'authenticité*, La documentation française, 2013, n° 93 et s., p. 123 et s.

¹⁶⁹ L. n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques.

¹⁷⁰ V. L. AYNES (dir.), *L'authenticité*, op. cit., n° 25, p. 49, citant l'article L. 1212-4 CGPPP : « Les préfets reçoivent les actes d'acquisitions immobilières passés en la forme administrative par l'État et en assurent la conservation. Ils confèrent à ces actes l'authenticité en vue de leur publication au fichier immobilier ».

Cette exigence d'authenticité est récente à l'échelle de l'histoire de la publicité foncière française et n'a, de plus, pas toujours fait l'unanimité, y compris au sein de la profession notariale, lorsqu'elle fut introduite par la réforme de 1955¹⁷¹.

Lorsque la transcription des actes à titre onéreux fut rétablie en 1855, les registres de publicité étaient alors ouverts à la transcription des actes sous seing privé. Mais certaines voix s'étaient déjà élevées afin de souligner le défaut de fiabilité de ce type d'actes et les conséquences néfastes qui en résultaient. Le rapport fait au nom de la Commission du Corps législatif faisait notamment état de ce qu'« *on est amené à reconnaître que l'obscurité qui règne sur l'état de la propriété en France a pour l'une de ses causes l'usage des actes sous seing privé* »¹⁷².

Une évolution fut amorcée à l'occasion du décret-loi du 30 octobre 1935, dont l'article 2 imposa, comme condition préalable à la publication d'un acte sous seing privé¹⁷³, que celui-ci soit déposé au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois suivant sa signature. Ni pleinement privé, ni parfaitement authentique : cet entre-deux fut vivement critiqué. Au titre des objections, l'on regrettait que le dépôt puisse être effectué par l'une des parties seulement et sans reconnaissance d'écriture et de signature¹⁷⁴. *A fortiori*, l'on réprouvait la publication d'un acte dont le notaire n'était pas tenu de vérifier le contenu et la régularité, même si le législateur espérait sans doute qu'il en irait ainsi en pratique¹⁷⁵. Tout en alourdissant le formalisme nécessaire à la publication, cette nouvelle exigence n'apportait donc que peu de fiabilité¹⁷⁶. Pouvait-on imaginer système plus bancal que celui où « *L'acte réunit [...] l'insécurité de l'acte sous seing privé au coût de l'acte notarié* »¹⁷⁷ ? Il fallut tout de même vingt années pour y remédier.

¹⁷¹ Jean-François Pillebout rapporte en effet avoir assisté « *au lendemain de la réforme de la publicité foncière [...] à une réunion d'information sur les décrets de 1955. À l'issue de la séance, [...] certains participants dire[nt] qu'il n'y avait plus qu'à démissionner, le métier devenant trop compliqué* ». J.-F. PILLEBOUT, JCP N 8 juin 2018, n° 23.

¹⁷² « Rapport de Monsieur de Belleyme fait au nom de la Commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire », p. XL.

¹⁷³ Exception faite des baux de plus de dix-huit ans et des cessions ou quittances anticipées de loyers et de fermages.

¹⁷⁴ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 747.

¹⁷⁵ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 682, p. 475 : « *On espérait ainsi que s'il y avait une déficience de rédaction le notaire pourrait faire corriger ou compléter l'acte. Ce n'était qu'une demi-mesure pas nécessairement efficace* ».

¹⁷⁶ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 389, note 1 : « *Il est d'ailleurs regrettable que le dépôt puisse ainsi suppléer l'authenticité. Les garanties ne sont pas les mêmes. Le notaire veille, sous sa responsabilité, à la régularité des actes qu'il reçoit. Il n'est pas tenu de vérifier celle des actes qui sont déposés au rang de ses minutes.* » ; v. toutefois M. DAGOT, J.-Cl. Civ. préc., fasc. 40, n° 11, p. 8 : « *Certes, lorsque l'acte sous signatures privées est déposé au rang des minutes d'un notaire, celui-ci ne peut en modifier le contenu ; mais rien n'empêche, et c'est ce qui se passe toujours en pratique, avec l'accord des parties, de préciser dans l'acte de dépôt ce qui a pu être omis dans l'acte sous seing privé. [...] il est donc inexact de prétendre que le notaire ne peut compenser les insuffisances de l'acte sous seing privé* ».

¹⁷⁷ R. SAVATIER, « Ce que devient la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935 », JCP 1935, p. 1397 : « *Il eût été parfaitement défendable d'obliger les parties à faire établir, par notaire, tous leurs actes immobiliers. Mais les astreindre à déposer leurs actes sous seing privé chez un notaire, cela ne saurait se comprendre dans une législation soucieuse soit de sécurité, soit de moralité. L'acte reste en effet sous seing privé, avec tous les inconvénients, et, surtout, les défauts de rédaction, de cette sorte d'acte. Pourtant, les parties devront le payer au prix de l'acte notarié. [...] De toutes les combinaisons, c'est la plus mauvaise* ».

La réforme de 1955 imposa l'authenticité à titre de principe, sous peine de refus de dépôt¹⁷⁸, reproduisant ainsi le schéma du livre foncier d'Alsace-Moselle¹⁷⁹. L'article 4 du décret du 4 janvier énonce en effet que « *Tout acte sujet à publicité [...] doit être dressé en la forme authentique* ». Cette utilisation du terme « *dresser* » a pu semer le trouble quant au maintien de la possibilité de publier des actes sous seing privé déposés au rang des minutes d'un notaire¹⁸⁰. Mais les praticiens ont rapidement trouvé un salut dans le décret du 14 octobre 1955 : celui-ci confirmait la validité de cette pratique, à des conditions devenues toutefois plus strictes. L'article 68 de ce décret autorisait en effet la publication d'un acte dont le dépôt aurait été effectué par « *toutes les parties et avec reconnaissance d'écritures et de signatures* »¹⁸¹. Fallait-il y voir une exception au principe d'authenticité ? De manière unanime, la doctrine répond négativement. Bien au contraire : dans de telles conditions, le dépôt est précisément considéré comme un équivalent de l'acte authentique¹⁸². Il s'agissait là du dernier véritable bastion résistant au tout authentique ; il céda en 2011. « *Le dépôt au rang des minutes d'un notaire d'un acte sous seing privé, contresigné ou non, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne peut donner lieu aux formalités de publicité foncière* » : c'est ainsi que l'article 710-1 du Code civil proscrit définitivement cette pratique¹⁸³, en consacrant un principe législatif de pleine et entière authenticité pour les actes sujets à publicité, sous réserve des exceptions mentionnées par le texte lui-même. Au regard des motifs invoqués au soutien de l'exigence d'authenticité, l'on ne pouvait que s'étonner qu'il ait été, pendant si longtemps, considéré comme acceptable de s'accommoder de simples équivalents¹⁸⁴.

L'authenticité obligatoire des actes sujets à publicité foncière répond avant tout à une volonté affirmée « *d'asseoir davantage la sécurité juridique* »¹⁸⁵. Pour ce faire, le passage par l'authenticité s'est imposé. « *Acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par l'autorité*

¹⁷⁸ Art. 68, 2, D. 14 octobre 1955 : « *le conservateur des hypothèques étant tenu de refuser le dépôt, toutes les fois que les actes dont la publicité est requise n'ont pas été dressés en cette forme* ».

¹⁷⁹ Art. 42, Loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle : « *Tout acte portant sur un droit susceptible d'être inscrit doit être, pour les besoins de l'inscription, dressé, en la forme authentique, par un notaire, un tribunal ou une autorité administrative* ».

¹⁸⁰ V. M. DAGOT, *J.-Cl. Civil*, fasc. 40, « *Publicité foncière – Fonctionnement – Conditions. Dépôt. Formalités* », m.àj 2010, n° 12, p. 9 : « *Cette disposition ne paraît pas cependant conforme à l'article 4 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 qui exige que l'acte soit "dressé en la forme authentique", alors qu'en l'espèce, l'acte est dressé en la forme sous seing privé et déposé en l'étude d'un notaire par toutes les parties avec reconnaissance d'écritures et de signatures* ».

¹⁸¹ Art. 68-1 D. 14 octobre 1955.

¹⁸² V. M. DAGOT, « *Dépôt au rang des minutes d'un notaire* », *JCP N*, 1994, p. 237 : « *L'avantage fondamental est d'entraîner la transformation de nature de l'acte déposé : de sous seing privé il devient authentique.* » ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 747 ; A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, préc., n° 268, p. 23 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 682, p. 476.

¹⁸³ Cette disposition permet également d'écarter la possibilité de publier des actes contresignés par avocat. V. 112^e Congrès des Notaires de France, *La propriété immobilière*, Nantes 5-8 juin 2016, n° 1237, p. 147.

¹⁸⁴ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 389, note 1 : « *Dès lors que l'authenticité est aujourd'hui considérée comme une condition préliminaire au bon accomplissement de la publicité, elle devrait être exigée sans équivalent possible* ».

¹⁸⁵ Rapport AN n° 3179 sur le projet de loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, par Y. NICOLIN, sous art. 4, p. 28. *Adde Étude d'impact sur le projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées*, mars 2010, p. 41 : « *Le rapport Darrois [...] précise que le recours à l'acte authentique pour [...] les actes portant transfert de droits réels ou constitution de sûretés (hypothèques, antichrèse, privilèges) sur les immeubles contribue à la sécurité juridique* ».

publique »¹⁸⁶, la particularité de l'acte authentique tient à la mission de puissance publique de celui qui le reçoit et à la foi publique qui en résulte. Il a donc été jugé utile non seulement de recourir à cette catégorie d'actes pour assurer la fiabilité des registres, mais également de s'appuyer sur la compétence des officiers publics, et en particulier des notaires pour garantir l'efficacité de la publicité.

En premier lieu, le recours obligatoire à l'authenticité a été perçu comme un moyen d'assurer le respect effectif de la formalité de publicité. Abandonnée à la liberté des parties, la publicité ne serait sans doute pas correctement exécutée¹⁸⁷, alors qu'« *une fois l'acte signé, les notaires ont toujours considéré que l'accomplissement de la formalité de publicité est compris dans leur mission* »¹⁸⁸. Plus encore, avec l'avènement du principe d'authenticité, cette réalité de terrain est devenue une obligation professionnelle. L'article 32 du décret du 5 janvier 1955 prévoit en ce sens que « *les notaires, huissiers, greffiers, commissaires à l'exécution du plan et autorités administratives sont tenus de faire publier [...] indépendamment de la volonté des parties, les actes ou décisions judiciaires [...] dressés par eux ou avec leur concours* ».

En second lieu, l'intervention de l'officier public en amont de la publication permet d'apporter une plus grande fiabilité aux registres, dès lors que celle-ci est nécessairement corrélée à la qualité des actes qui y sont intégrés¹⁸⁹. En insérant l'exigence d'authenticité à la section II du décret de 1955, relative aux « *mesures tendant à assurer l'exactitude du fichier immobilier* », le législateur a voulu expressément rattacher cette disposition à cet objectif de sécurité. Imposer que l'acte soit dressé en la forme authentique permet en effet de s'assurer que le notaire en vérifie le contenu, ce qui n'est pas le cas lors d'un simple dépôt au rang de ses minutes, pour lequel le professionnel n'est tenu de contrôler que l'expression du consentement de chacune des parties. Or, en matière de bien-fonds, la sécurité juridique est bien plus qu'une simple affaire de consentement ; autant que faire se peut, il faut s'assurer de la titularité de celui qui entend céder ou constituer un droit réel, ainsi que de la juste identification de l'immeuble et des personnes concernées.

¹⁸⁶ L. AYNES (dir.), *L'authenticité*, op. cit., n° 73, p. 103.

¹⁸⁷ V. M. DAGOT, J.-Cl. Civil, fasc. précit, n° 10, p. 7 : « *l'intervention d'un officier public garantit que la publicité serait effective, ce qui ne serait pas toujours le cas si la publicité était abandonnée au bon vouloir des intéressés qui ne saisissent pas toujours l'intérêt de certaines publicités (celle des attestations d'héritier par exemple).* » ; J. FLOUR, op. cit., p. 745 : « *Par ignorance ou négligence, les particuliers se désintéresseraient des formalités.* » ; A. FOURNIER, Rép. Civ. Dalloz, préc., n° 265, p. 23.

¹⁸⁸ G. RIPERT, J. BOULANGER, op. et loc. cit.

¹⁸⁹ V. L. AYNES (dir.), *L'authenticité*, La documentation française, 2013, n° 93, p. 123 : « *La fiabilité d'un système de publicité est d'autant mieux garantie qu'elle s'appuie sur des actes qui ont fait l'objet d'une vérification scrupuleuse des mentions factuelles qu'ils portent et de leur conformité à la loi, le sérieux de l'instrumentum rejaillissant, par contre-coup, sur la crédibilité du système publicitaire dans lequel il s'insère* ».

La désignation des immeubles et des parties à l'acte est ainsi précisément encadrée par les articles 5, 6 et 7 du décret du 4 janvier 1955¹⁹⁰. Il a été justement considéré que le notaire serait le plus à même de satisfaire ces exigences¹⁹¹, en sa qualité d'officier public impartial. Quant à la vérification de la qualité de celui qui prétend consentir un droit sur le bien, elle est également confortée par l'intervention du notaire. Responsable de la validité de l'acte qu'il instrumente, ce professionnel a pris l'habitude, dans les opérations immobilières, de contrôler notamment la qualité du propriétaire en établissant une « *origine de propriété* », c'est-à-dire les transmissions successives à l'issue desquelles la partie à l'acte est devenue propriétaire. Cela permet de se prémunir contre la publication d'actes entachés d'irrégularité¹⁹², en particulier pour ceux conclus *a non domino*¹⁹³. Cette pratique permet également de faciliter le respect de la règle de l'effet relatif, puisque, grâce à cette « *origine de propriété* », le titre de l'auteur est nécessairement connu.

β.- La condition d'effet relatif

Le principe dit de l'effet relatif de la publicité foncière a été instauré par le décret du 4 janvier 1955, en son article 3¹⁹⁴ et ses modalités d'application ont été organisées par une section entière du décret du 14 octobre 1955¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Art. 5 D. 4 janvier 1955 : « Tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit contenir les nom, prénoms dans l'ordre de l'état civil, domicile, date et lieu de naissance et profession des parties, ainsi que le nom de leur conjoint ». Art. 6, 1, D. 4 janvier 1955 : « Tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit contenir les éléments suivants d'identification des personnes morales : a) Dénomination ; b) Forme juridique et siège [...] ». Art. 7 D. 4 janvier 1955 : « Tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit indiquer, pour chacun des immeubles qu'il concerne, la nature, la situation, la contenance et la désignation cadastrale ».

Sur ces exigences, v. M.-L. ENAULT, in *Le Livre et la Plume – Publicité foncière et Notariat : quel avenir ?*, op. cit., n° 128 et s., p. 82 et s. et A. FOURNIER, *ibid.*, n° 182 et s., p. 100 et s.

¹⁹¹ V. M. DAGOT, J.-Cl. Civil, fasc. précit, n° 11, p. 7 : l'authenticité « permet, seule, le respect des prescriptions extrêmement minutieuses imposées par la loi pour la publicité, notamment en ce qui concerne l'identification des parties et la désignation de l'immeuble. » ; J. FLOUR, op. cit., p. 746 : « le notaire est seul en mesure, par sa compétence professionnelle, de réunir tous les renseignements de nature à permettre une publicité vraiment utile. Notamment, il n'aurait servi à rien d'exiger, dans les actes soumis à publicité, une identification minutieuse des personnes et des immeubles, si la rédaction de ces actes avait été laissée à l'initiative des particuliers : les renseignements fournis auraient été souvent faux. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, op. cit., n° 682, p. 476.

¹⁹² V. M. DAGOT, J.-Cl. Civil, fasc. précit, n° 11, p. 7 : « la règle de l'authenticité, en imposant l'intervention d'un professionnel, est une garantie indirecte mais très réelle de la régularité de l'acte soumis à publicité. » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, op. cit., n° 214, p. 82 : « La publicité donnée à un acte ne garantit, en droit, que sa conformité à des exigences formelles. La responsabilité professionnelle des notaires en garantit, en fait, la valeur juridique intrinsèque ».

¹⁹³ V. J. FLOUR, op. cit., p. 746 : « beaucoup d'actes sous seing privé sont atteints de cause de nullité. [...] Le notaire, au contraire, veillera à ce qu'aucune cause de nullité n'entache l'acte qu'il reçoit. Il vérifiera, en particulier, que le vendeur est bien propriétaire de l'immeuble vendu. C'est la raison pour laquelle tout acte notarié constatant une opération immobilière contient une "origine de propriété". » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, op. cit., n° 213, p. 81 : « Professionnellement responsables de la régularité et de la validité des actes qu'ils reçoivent, les notaires ont dû, pour les aliénations immobilières ou constitutions d'hypothèque, se soucier du point de savoir si celui qui vend ou hypothèque est bien propriétaire ».

¹⁹⁴ Art. 3, D. n° 55-22, 4 janvier 1955 : « Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret.

Il est fait exception à cette règle si le droit a été acquis sans titre, notamment par prescription ou accession, ou si le titre du disposant ou dernier titulaire est antérieur au 1^{er} janvier 1956 ».

¹⁹⁵ Section III, « Effet relatif de la publicité », art. 32 à 37, D. 14 octobre 1955.

Derrière une appellation obscure¹⁹⁶, s'abrite en réalité une règle simple : aucun acte relatif à un droit réel immobilier ne peut être publié sans que le titre de l'agent ne l'ait été préalablement. Ainsi, un créancier ne pourra inscrire une hypothèque du chef d'un propriétaire si ce dernier n'a pas préalablement publié son titre de propriété.

Cette condition vise principalement à éviter toute rupture de continuité dans la chaîne des mutations de la propriété. La fiabilité de la publicité foncière en sort renforcée, car le fichier immobilier devient de ce fait un outil précieux, permettant de retracer la généalogie complète de l'immeuble¹⁹⁷.

Une pratique des conservateurs, reposant sur une interprétation large de la qualité de « *disposant ou dernier titulaire* »¹⁹⁸, avait, un temps, mis à mal cette fiabilité. En effet, les conservateurs acceptaient de publier des actes pour lesquels les droits du disposant avaient effectivement fait un jour l'objet d'une publication, quand bien même cet auteur ne serait pas le dernier titulaire inscrit au fichier immobilier. Cela entraînait la constitution malencontreuse de doubles chaînes de propriété¹⁹⁹. La Cour de cassation eut à connaître de cette question à l'occasion d'une affaire dans laquelle des hypothèques avaient été inscrites par le conservateur, du chef d'un précédent propriétaire, et ce, postérieurement à la publication de l'acte par lequel ce propriétaire-débiteur avait cédé la propriété de l'immeuble. Dans cet arrêt *Hedreul*²⁰⁰, les magistrats firent cesser cette pratique en décidant « *que le conservateur des hypothèques devait s'assurer de la concordance du document déposé et des documents publiés antérieurement* », et qu'en l'espèce il aurait dû rejeter la formalité « *puisque le lot n'appartenait plus depuis de nombreuses années au débiteur* ». Pour respecter l'effet relatif, mettre en relation avec un acte publié ne suffit donc plus... encore faut-il que l'acte émane de celui qui se présente, selon les informations du fichier immobilier, comme le dernier titulaire en date. Par la suite, l'Association mutuelle des Conservateurs des Hypothèques (AMC) a décidé d'étendre la portée de l'arrêt au-delà des inscriptions, et d'appliquer la nouvelle vision de l'effet relatif également aux publications²⁰¹. Avec l'aide du juge, la règle

¹⁹⁶ V. M. DAGOT, J.-Cl. Civil, fasc. précit, n° 48, p. 17 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 378, p. 440 : « *L'expression même est généralement critiquée. Elle sonne, à vrai dire, étrangement quand on pense que la publicité assure erga omnes l'opposabilité des actes... Ceci dit, l'essentiel tient au souci de faire en sorte que les actes publiés soient **en relation** les uns les autres.* » (L'auteur souligne).

¹⁹⁷ V. M. DAGOT, J.-Cl. Civil, fasc. précit, n° 53, p. 18 : « *Ainsi on peut suivre la filière des opérations immobilières et contrôler les origines. Et ce n'est pas là un mince mérite car une publicité incomplète ne rend que des services bien limités, puisqu'on ne peut se fier à elle par crainte des lacunes qu'elle peut comporter.* » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 683, p. 477 : « *La raison de cette règle est dans le désir d'organiser une publicité complète et d'éviter des lacunes dans la chaîne des titulaires successifs d'un droit* ».

¹⁹⁸ Art. 3, D. n° 55-22, 4 janvier 1955.

¹⁹⁹ V. M. DAGOT, J.-Cl. Civil, fasc. préc., n° 56, p. 19.

²⁰⁰ Civ. 3^e, 12 juin 1996, n° 94-18004, Bull. III, n° 145, p. 93.

²⁰¹ Bulletin de l'AMC, janv. à juin 2005, art. 1877, p. 9 : « *Après une réunion, en séance plénière, de la Commission juridique et de la Commission du contentieux [...] l'AMC a invité les conservateurs à l'appliquer. Il convenait toutefois de déterminer avec précision les limites de la nouvelle jurisprudence. [...] L'AMC a décidé [de conférer à l'arrêt une portée commune aux inscriptions et aux publications], solution mieux fondée en droit et plus conforme au service à rendre aux usagers* ».

de l'effet relatif peut jouer de nouveau pleinement son rôle dans la sécurisation de la publicité foncière²⁰².

Cette condition remplit également une fonction de sanction indirecte de l'obligation de publier, en particulier pour les actes qui, tout en étant soumis à la formalité, ne sont pas exposés à l'inopposabilité. Le mécanisme repose sur l'incitation. En effet, lorsque la condition de l'effet relatif n'est pas respectée, le service de la publicité foncière est tenu de refuser le dépôt de l'acte²⁰³. Partant, si le titulaire d'un droit n'a pas jugé bon de procéder à la publication de l'acte qui le lui octroie, la possibilité de passer postérieurement un acte sur cet immeuble en sera nécessairement affectée. Le contractant potentiel, confronté à l'impossibilité future de publier son propre acte et donc de l'opposer aux tiers, risque de ne pas même conclure l'opération²⁰⁴. Toutefois, nul n'étant à l'abri d'une négligence, un tempérament a été prévu par les textes afin qu'un défaut de publication ne dégénère pas, dans les faits, en une impossibilité de disposer. Pour ce faire, il est toléré que la publicité du titre du dernier disposant ou titulaire soit, par exception, requise simultanément²⁰⁵. Les deux actes seront donc concomitamment déposés au service de la publicité foncière en vue de leur publication.

b.- L'accomplissement de la formalité

Derrière le terme de formalité de publicité, se cache une pluralité de démarches et de registres. Le processus de publication est à la fois trop technique et trop connu des praticiens pour être ici exposé en détails. Seules les grandes lignes méritent d'être rappelées.

Avant toute chose, l'acte ou le bordereau doit être déposé au service de la publicité foncière compétent, à savoir celui de la situation de l'immeuble²⁰⁶. Cette remise doit alors

²⁰² V. M. SUQUET-COZIC, *op. cit.*, n° 7120, p. 112, relevant toutefois qu'« il n'est pas impossible de voir se créer encore aujourd'hui plusieurs chaînes de propriété parallèles. Il en ira ainsi par exemple lorsqu'une vente est annulée alors que l'acquéreur avait déjà revendu l'immeuble au moyen d'un acte publié ».

²⁰³ Art. 33, D. n° 55-1350, 14 octobre 1955 : « Le dépôt de tout extrait, expédition ou copie est refusé en l'absence des mentions ou précisions prévues au 2 de l'article 32, ou si la publicité du titre ou de l'attestation n'est pas effectuée au plus tard en même temps que la formalité nouvelle ».

²⁰⁴ V. M. DAGOT, *J.-Cl. Civil*, fasc. précit, n° 54 et s., p. 18 et s. ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 718 : « Supposons une transmission de propriété à cause de mort. [...] l'héritier n'a pas d'intérêt immédiat et direct à la publier, puisque, de toute manière, il pourra opposer son droit aux tiers [...] Mais, supposons que, plus tard, il veuille vendre l'immeuble dont il a hérité. L'acheteur, lui, tient absolument à publier la vente : faute de quoi, il ne pourrait opposer son droit aux tiers. Dès lors, il faudra bien, à ce moment, que l'héritier se décide à publier la transmission à cause de mort, s'il ne l'a pas fait plus tôt : autrement, il ne trouverait personne qui accepte de traiter avec lui. **Son intérêt** – inexistant lors du décès – apparaît le jour où il cherche, à son tour, à disposer de l'immeuble qu'il avait acquis par succession. » (L'auteur souligne) ; A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, préc., n° 262, p. 22 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. et loc. cit.*

²⁰⁵ Art. 32, D. n° 55-1350, 14 octobre 1955 : « [...] aucune formalité de publicité ne peut être opérée dans un bureau des hypothèques à défaut de publicité préalable ou simultanée de l'acte, de la décision judiciaire ou de l'attestation de transmission par décès constatant le droit du disposant ou dernier titulaire. [...] Si ce titre, ou cette attestation, n'a pas encore été publié, le document déposé doit préciser que la publication en sera requise simultanément ».

²⁰⁶ Art. 28, D. n° 55-22, 4 janvier 1955 : « Sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles [...] ». Art. 67-3, D. 14 octobre 1955 : « Pour opérer la publicité des actes ou décisions [...], les parties ou l'une d'elles déposent [...] au bureau des hypothèques de la situation des immeubles [...] ».

immédiatement être inscrite sur le **registre des dépôts**²⁰⁷. La tenue de ce registre est primordiale : c'est lui qui détermine la chronologie des formalités, dont on connaît le caractère déterminant puisque, si la formalité est ensuite acceptée, elle sera réputée effectuée à la date du dépôt. Le service de la publicité foncière devra ensuite se conformer à cet ordre des dépôts pour procéder aux formalités requises²⁰⁸.

Seconde étape, le service doit classer le document au sein du registre adéquat, selon l'objet de la publication. Outre celui des dépôts, les registres sont au nombre de trois : **inscriptions** (pour les bordereaux d'inscription), **publications** (pour les actes) et **saisies** (pour les commandements de saisie). Les copies des documents déposés sont ainsi « *enliassées* » en fonction de la nature de l'acte²⁰⁹. La formalité est alors réputée accomplie.

Tel qu'il vient d'être présenté, le processus de publication ou d'inscription peut paraître archaïque. Mais il ne faut pas s'y tromper. Inscription, registre, fiche, enlissement... ces termes à la connotation surannée ne correspondent plus rigoureusement à la pratique quotidienne des services de la publicité foncière. Ils n'en sont pas moins utiles pour aider le juriste à se représenter les étapes de la publication plus aisément que ne le ferait le langage informatique sans lequel ne peut être exposée la réalité contemporaine. En effet, la formalité ne cesse d'être simplifiée depuis les années quatre-vingt-dix, grâce au développement de l'informatisation.

Face à l'accroissement du volume de formalités et aux lenteurs dans la délivrance de renseignements, la Direction générale des Impôts (DGI) a envisagé, à partir des années quatre-vingts, de recourir à l'informatique. Le caractère répétitif des actes nécessaires à la publication confortait la faisabilité de cette mutation²¹⁰. Pour autant, ce choix était audacieux à l'époque. Outre les obstacles financiers, il fallait « *apporter la preuve qu'un système informatique pouvait être susceptible d'assurer une fiabilité équivalente à celle obtenue par les procédures manuelles* »²¹¹. Aujourd'hui, cette crainte à l'égard des « *terminaux écran-clavier* »²¹² est dépassée ; la vague numérique, quoiqu'inachevée²¹³, a déjà recouvert un grand champ de la publicité foncière.

C'est par la loi n° 98-261 du 6 avril 1998²¹⁴ que les bases de l'adaptation de la publicité aux évolutions technologiques ont été dessinées. La première étape a consisté à consacrer la possibilité de tenir le registre des dépôts sous forme informatique, ce qu'autorise désormais

²⁰⁷ Art. 2453, al. 1, C. civ. : « *Les services chargés de la publicité foncière seront tenus d'avoir un registre sur lequel ils inscriront, jour par jour, et par ordre numérique, les remises qui leur seront faites d'actes, décisions judiciaires, bordereaux et, généralement, de documents déposés en vue de l'exécution d'une formalité de publicité* ».

²⁰⁸ Art. 2453, al. 2, C. civ. : « *Ils ne pourront exécuter les formalités qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur auront été faites* ».

²⁰⁹ Art. 77, D. n° 55-1350, 14 octobre 1955.

²¹⁰ V. C. MOULY, fasc. préc. « Europe occidentale », n° 243, p. 34 et s.

²¹¹ 78^e Congrès des notaires de France, *L'informatique au service du droit et des libertés*, Bordeaux, 25-28 mai 1982, p. 552.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Cf. infra.*

²¹⁴ Et les décrets du 23 juin 1998 et du 3 juillet 1998.

l'article 2454 du Code civil²¹⁵. L'apparition du logiciel « MADERE » (Module accéléré de délivrance des renseignements) permit alors d'obtenir les renseignements issus du registre des dépôts. C'est ensuite le fichier immobilier qui dut être aménagé, ce qui a été rendu possible grâce à la création de « FIDJI » (Fichier informatisé de la Documentation juridique immobilière). À partir de là, la dématérialisation du fichier s'est réalisée de deux façons. D'une part, il a fallu procéder à une numérisation des fiches cartonnées existantes – environ 158 millions – sur des DVD ; les données anciennes ainsi enregistrées constituent la base « FIDJI Stock » ou BIA (Base Image Autonome). D'autre part, et dans le même temps, les formalités nouvelles ont été effectuées par ordinateur au fur et à mesure de l'installation du logiciel dans les bureaux des hypothèques²¹⁶ ; les données ainsi enregistrées de manière informatique composent la base « FIDJI Flux ». Désormais, les informations sont contenues dans une base numérique unique, constituée de différents champs : personnes, immeubles et formalités. FIDJI gère donc l'informatisation de l'ensemble des tâches accomplies par les services de la publicité foncière. Les « bacs à fiches papier » ont été relégués au rang de souvenir, et le travail du conservateur s'en est trouvé allégé car il n'est plus nécessaire d'annoter plusieurs fiches pour une même formalité.

Après l'informatisation des registres, le processus de dématérialisation devait logiquement gagner le terrain du dépôt des actes. Pour cela, il fallut organiser un système numérique d'échange entre les services de publicité foncière et leur interlocuteur principal : la profession notariale.

C'est ainsi qu'en 2006, à l'issue d'une phase expérimentale²¹⁷, un partenariat a vu le jour entre le Conseil supérieur du Notariat (CSN) et la Direction générale des Finances publiques (DGFIP), posant les bases du projet « Télé@ctes ». Grâce au logiciel de rédaction d'actes, les offices peuvent désormais procéder aux dépôts d'actes et de bordereaux de façon dématérialisée. La transmission d'un acte sur support électronique emporte les mêmes effets que l'ancien dépôt papier au service de la publicité, seul le processus a changé : les données saisies dans le logiciel labellisé alimentent directement le fichier²¹⁸, et une copie dématérialisée de l'acte est adressée au service pour « *enlissement* ». Oubliés, les formulaires bleus et roses : télé@ctes a permis également l'informatisation des demandes de renseignements. Il a en revanche fallu attendre 2009 pour que la réponse ne soit plus fournie

²¹⁵ Art. 2454, al. 2, issu de la L. du 6 avril 1998 : « Par dérogation à l'alinéa précédent, un document informatique écrit peut tenir lieu de registre ; dans ce cas, il doit être identifié, numéroté et daté dès son établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve ».

²¹⁶ Cette informatisation des bureaux s'est déployée de 1998 à 2003.

²¹⁷ Le premier dépôt d'acte par voie informatique eut lieu le 19 décembre 2005. V. O. BOUDEVILLE, J.-Cl. *Notarial Formulaire*, V° « Publicité foncière », fasc. 15, « Télé@ctes », n° 15.

²¹⁸ V. H. SUSSET, in *Le Livre et la Plume* – « Publicité Foncière et Notariat : quel avenir ? », *op. cit.*, n° 322, p. 166 : « Télé@ctes n'est pas un simple envoi de documents issus d'un traitement de texte vers la conservation des hypothèques. Bien plus que cela, Télé@ctes permet d'envoyer les informations nécessaires à la publication sous une forme particulière permettant leur exploitation automatique par le système de conservation des hypothèques, la personne en charge du dossier à la conservation des hypothèques n'ayant plus qu'à valider ces informations dans le système ».

sur papier²¹⁹ mais sous forme dématérialisée, dans la limite toutefois des volumes de fichiers transmissibles²²⁰. Enfin, l'accomplissement de la formalité étant aussi l'occasion de la perception de recettes fiscales, l'intervention de la Caisse des dépôts et consignations fut nécessaire, afin de mettre en place un système de paiement intégré²²¹.

Quelques années de pratique ont montré les bienfaits de ces applications informatiques : amélioration de la fiabilité du fichier par la diminution des erreurs humaines²²², limitation des causes de refus²²³, gain de temps et de productivité²²⁴, réduction des délais et donc des risques d'inscriptions intercalaires²²⁵... De plus, chaque nouvelle version du logiciel a accru le nombre d'actes pouvant être publiés selon ce canal²²⁶. En 2011, 23 % des formalités et 64 % des demandes de renseignements étaient déjà dématérialisées. C'est donc logiquement que, par un décret du 4 mai 2017²²⁷, l'utilisation de la voie électronique a été rendue obligatoire pour le dépôt, auprès des services, d'une liste de documents fixée par arrêté²²⁸. En vigueur pour les actes signés depuis le 1^{er} janvier 2018, et

²¹⁹ V. D. FROGER, JCP N 2006, n° 12, Étude 1133, n° 14, p. 587 relevait, en 2006, que « *Le retour des données inscrites sur le fichier immobilier suite à une première demande se fera toujours sur papier. Il n'est pas prévu de dématérialiser ce fichier compte tenu de sa densité* ».

²²⁰ V. O. BOUDEVILLE, fasc. préc., n° 82 : « *Depuis la version V2008 de Télé@ctes, toutes les réponses aux demandes de renseignements sont réalisées de manière dématérialisée (sauf demande expresse de l'office). L'état-réponse a été revu dans sa structure pour apporter plus de lisibilité et l'annexe est désormais systématiquement jointe. [...] Un retour important d'images peut toutefois empêcher le retour dématérialisé.* » ; X. LECLERC, S. MARCOT, in *Le Livre et la Plume*, préc., n° 621, p. 373 : « *Certaines transmissions peuvent se heurter à un obstacle purement technique : une taille de fichier trop importante pour être transmis par voie dématérialisée. Il en va ainsi par exemple des demandes de copies d'acte effectuées à la conservation. Une copie d'acte peut être retournée par voie dématérialisée, à condition toutefois de ne pas dépasser une taille maximale de fichier de 4,0 Mo. À défaut, l'administration propose [en 2012] un envoi par CD-Rom. [...] Une seconde contrainte de volume est imposée par le système : la quantité d'images transmises par la conservation en une journée ne doit pas dépasser un certain seuil* ».

²²¹ V. D. FROGER, art. précit, n° 5 et s.

²²² V. H. SUSSET, in *Le Livre et la Plume* – « *Publicité Foncière et Notariat : quel avenir ?* », op. cit., n° 325, p. 170 : « *de par l'utilisation de données informatiques structurées, il est même un moyen d'améliorer la qualité des informations détenues dans le fichier immobilier* ».

²²³ V. O. BOUDEVILLE, fasc. préc., n° 52 : « *Les cas de refus sont cependant très exceptionnels avec Télé@ctes car un contrôle informatique se fait systématiquement lors de l'envoi du dépôt de sorte que le dépôt sera bloqué par le serveur PLANETE s'il n'est pas complet.* » ; H. SUSSET, op. et loc. cit. : « *il n'est pas possible, lors d'un dépôt Télé@ctes, d'omettre un des paragraphes prévus dans la partie dite "normalisée" qui sert à la publicité de l'acte. Même si rien ne doit y être dit, celui-ci est tout de même présent, mais non renseigné. Par ailleurs, il n'est plus possible de ne pas respecter l'ordre dans lequel les paragraphes doivent se succéder* ».

²²⁴ Déchargé de la saisie des données, le service peut se concentrer sur la conformité entre ces données et celles inscrites dans les fichiers et registres. Le rapport annuel de la Cour des comptes pour l'année 2008 (consultable sur <https://www.ccomptes.fr/fr/publications> p. 445) indique que grâce à FIDJI, « *le nombre de formalités effectuées par agent est passé de 1 950 en 2001 à près de 2 800 en 2006 (+ 43,6 %)* ».

²²⁵ Rapport annuel 2008 de la Cour des comptes p. 448 : « *La durée moyenne de publication est ainsi passée de 37 jours et demi à la fin du premier semestre 2003 à 12 jours à mi 2007. Alors qu'en juin 2003, on comptait 133 conservations des hypothèques dont les délais de publication étaient supérieurs à 40 jours, elles n'étaient plus que six en juin 2007* ».

²²⁶ V. O. BOUDEVILLE, fasc. préc., n° 36 et s. ; H. SUSSET, préc. n° 328, p. 173.

²²⁷ Décret n° 2017-770 du 4 mai 2017 portant obligation pour les notaires d'effectuer par voie électronique leurs dépôts de documents auprès des services chargés de la publicité foncière, JO 6 mai 2017. V. S. LAMIAUX, « *Publication au fichier immobilier de l'acte notarié : dématérialisée, sinon rien* », JCP N 2017 n° 20, p. 5, act. 547.

²²⁸ Doivent être actuellement télé@ctés : la plupart des actes de vente, les actes portant constitution d'une servitude, les attestations immobilières après décès, les actes et attestations rectificatives, les conventions de rechargement d'une hypothèque conventionnelle, les actes de mainlevées et les radiations simplifiées. V. arrêté du 2 juin 2017, JO n° 0137 du 13 juin 2017, texte n° 14.

insérée à l'article 73-1 du décret du 14 octobre 1955²²⁹, cette nouvelle obligation est sanctionnée par le refus de dépôt.

La publicité serait toutefois vaine si, une fois archivée, l'information ne pouvait pas être aisément retrouvée en cas de demande de renseignement par un usager. C'est à ce stade que l'on voit poindre le rôle central du fichier immobilier.

c.- La demande de renseignement

L'article 2449 du Code civil consacre le principe d'accessibilité aux informations contenues dans les registres de la publicité foncière²³⁰. Selon ce texte, « *Les services chargés de la publicité foncière sont tenus de délivrer, à tous ceux qui le requièrent, copie ou extrait des documents, autres que les bordereaux d'inscription, qui y sont déposés dans la limite des cinquante années précédant celle de la réquisition, et copie ou extrait des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il n'existe aucun document ou inscription entrant dans le cadre de la réquisition. Ils sont également tenus de délivrer sur réquisition, dans un délai de dix jours, des copies ou extraits du fichier immobilier ou certificat qu'il n'existe aucune fiche entrant dans le cadre de la réquisition* ».

Pour pouvoir accéder à ces requêtes, après avoir classé l'acte, le service de la publicité doit encore, en dernier lieu, annoter le fichier immobilier²³¹. Créé par le décret de 1955, ce fichier centralise toutes les références de classement dans les différents registres, au moyen de fiches personnelles, parcellaires et d'immeubles²³². Il s'agit là sans conteste de la première amélioration fondamentale de la publicité foncière, puisque les recherches ont été largement facilitées grâce à la mise en place d'un système de publicité mixte (α).

Aujourd'hui, une nouvelle révolution est en cours, destinée à rendre encore plus aisée la demande de renseignement : le développement d'un accès direct, par voie

²²⁹ « *Sous peine du refus du dépôt, les documents établis par acte notarié ou qui requièrent l'intervention d'un notaire dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé du budget sont déposés par les notaires, auprès des services chargés de la publicité foncière dotés d'un fichier immobilier informatisé, par voie électronique au moyen d'une application informatique dédiée.*

Le refus de dépôt n'est pas opposé en cas d'indisponibilité du service de télétransmission ne permettant pas de respecter le délai prévu au III de l'article 647 du Code général des impôts ».

²³⁰ V. également art. 38-1, D. 14 octobre 1955 : « 1° Pour l'application des articles 2449 du Code civil et 9 et 9-1 du décret du 4 janvier 1955 susvisé, le requérant formule une demande de copie de document ou une demande de renseignements ;

2° Les services de la publicité foncière sont tenus de délivrer copie ou renseignements concernant :

- a) Des documents publiés en vertu des articles 28, 35 à 37 et 39 du décret du 4 janvier 1955 susvisé autres que les saisies non émargées de la mention de publication de l'adjudication ou de la mention du jugement constatant la conformité de la vente amiable ;
- b) Des saisies en cours ;
- c) Des inscriptions subsistantes ;
- d) Les mesures de gel des avoirs immobiliers en cours ;

ou de certifier qu'il n'existe aucun renseignement entrant dans le cadre de la demande de renseignements ».

²³¹ V. M. DAGOT, J.-Cl. civil, fasc. 40, préc., n° 202, p. 47 : « L'annotation du fichier immobilier est le corollaire indispensable de la formalité. En effet le mode de classement, celui par date de dépôt, des documents publiés ne permet pas de retrouver ceux-ci, lorsqu'on ignore la date du dépôt. » ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 733 : « le fichier est [...] un simple instrument de recherche, permettant de regrouper les renseignements figurant sur les registres ».

²³² Sur lesquelles v. notamment M. DAGOT, J.-Cl. Civil Annexes, V° Publicité foncière, fasc. 35, préc., n° 59 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 679, p. 470 et s.

informatique, aux données contenues dans le fichier. Cet accès informatisé au fichier (β) sera effectif d'ici peu pour la profession notariale.

α - L'apparition d'un fichier mixte

« D'après le Code, on inscrit non sur l'immeuble, mais sur la personne »²³³. Il s'agissait bien là d'un des principaux reproches adressés à l'organisation technique de la publicité foncière française au XIX^e siècle. Nombreux étaient ceux qui militaient en faveur de l'instauration d'une publicité établie sur une base réelle, à l'image du modèle des livres fonciers. Pour mieux cerner le débat, il n'est pas inutile de revenir sur ces deux systèmes de publicité²³⁴. La publication d'une formalité doit être rattachée à un élément de l'acte à publier. Dès lors, la publicité foncière peut être établie soit en considération des parties à l'acte – elle est alors dite personnelle –, soit en considération des immeubles concernés par l'opération – l'on parle dans ce cas de publicité réelle.

La publicité personnelle repose généralement sur des fiches nominatives, sur lesquelles toutes les opérations relatives aux différents immeubles d'un même propriétaire seront consignées²³⁵, ou sur des répertoires alphabétiques au nom des propriétaires²³⁶. Les inconvénients de ce système ont déjà été présentés²³⁷ : nécessité de connaître l'identité du propriétaire pour connaître la situation d'un immeuble, risque consécutif d'une information toujours incomplète, difficultés liées aux homonymies... C'est ce qui fit dire à certains que le système réel serait préférable.

Lorsque la publicité est réelle, les informations sont en revanche classées en fonction de la désignation de la chose, c'est-à-dire de l'immeuble. Les fiches contiennent alors la liste des actes passés sur un bien déterminé. Sans connaître en amont l'identité du propriétaire, il est possible d'obtenir des renseignements complets sur le fonds convoité²³⁸. C'est l'organisation sur laquelle reposent le système Torrens²³⁹ et celui du livre foncier²⁴⁰. Le

²³³ Rapport de la Faculté de Caen, cité par L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », art. préc., p. 420.

²³⁴ Sur ce point, v. M. DAGOT, J.-Cl. *Civil Annexes*, V^o Publicité foncière, fasc. 35 « Organisation », n^o 6 et s.

²³⁵ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 733.

²³⁶ Avant 1955, la publicité ne reposait que sur des tables et un répertoire alphabétique, ce qui constituait une difficulté supplémentaire : v. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 734 : « Des tables et un répertoire pouvaient difficilement être tenus à jour dans un ordre rigoureusement alphabétique. Rien de plus simple que de classer des fiches ; et lorsqu'il n'y a plus de place sur celle d'une personne déterminée, rien de plus simple que d'en créer une seconde à son nom ». Adde G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n^o 676, p. 468.

²³⁷ Cf. *supra*.

²³⁸ V. G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n^o 675, p. 468.

²³⁹ V. G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n^o 173, p. 64 : « Les registres sont tenus, non pas **par noms de personne**, mais **par terres** ». (Les auteurs soulignent).

²⁴⁰ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 721 : « En Allemagne, il existe un registre foncier, dans lequel chaque feuillet est attribué, non à un propriétaire, mais à un immeuble déterminé : tel fonds de terre, telle maison. » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n^o 176, p. 65 : « Son trait principal est l'existence d'un registre foncier, dans lequel chaque feuillet est attribué non à un propriétaire, mais à un **fonds de terre**, ce qui constitue le point de départ de toute publicité **réelle** ». (Les auteurs soulignent).

système purement réel n'est pourtant pas dénué d'inconvénients. En particulier, il ne permet pas de prendre connaissance du patrimoine immobilier d'un seul et même propriétaire²⁴¹.

La réforme de 1955 a instauré un équilibre entre ces deux techniques. La formalité de publicité elle-même est toujours et simplement effectuée de manière chronologique, par le dépôt de l'acte, suivi de son archivage dans les registres en fonction de la nature de l'opération à publier²⁴² ; mais l'outil de recherche a changé²⁴³. Aux côtés des fiches personnelles, le fichier immobilier ajoute en effet des fiches d'immeubles et de parcelles. Rendue possible par la rénovation du cadastre²⁴⁴, cette évolution apporte un incontestable progrès au système initial. Elle permet de gagner du temps – denrée précieuse pour les services de publicité foncière – lors de la recherche d'une information. Elle élargit également le périmètre des recherches : désormais, que l'on s'intéresse au patrimoine immobilier d'une personne ou que l'on souhaite connaître la situation d'un immeuble, les informations foncières peuvent être aussi aisément retrouvées. En améliorant ainsi l'accès à l'information, le fichier accroît la fiabilité du système français.

En pratique, pour qui veut un système efficace de publicité, il est difficile d'échapper à un tel alliage des caractères réel et personnel, ne serait-ce que pour l'outil de recherche. L'équilibre apporté par le système mixte explique que ce dernier ait, en définitive, été adopté par la plupart des pays. Ainsi, même en Allemagne, des répertoires alphabétiques ont été établis afin de pouvoir reconstituer la fortune immobilière d'un propriétaire²⁴⁵.

L'accès à l'information a donc été amplement facilité par la création du fichier immobilier. Cette simplification, révolutionnaire lors de sa survenance, n'est sans doute qu'infime au regard de celle amorcée par l'informatisation.

²⁴¹ V. A. FOURNIER, *Rép. Civ.*, préc., n° 220, p. 20 : « À l'opposé, un système purement réel ne rend point compte de la pluralité éventuelle d'immeubles possédés par un même propriétaire dans un ressort territorial déterminé, voire une seule commune ». Adde M. DAGOT, *J.-Cl. Civil Annexes*, V° Publicité foncière, fasc. 35, préc., n° 12 soulevant la difficulté du système purement réel, impliquant, lorsqu'un acte concerne plusieurs parcelles, qu'une copie de l'acte figure dans chacun des dossiers correspondant à chacune des parcelles.

²⁴² Le système se distingue ainsi du livre foncier dont la base est réelle, mais dans lequel la publication est effectuée directement sur la fiche d'immeuble, alors que ces fiches, dans le fichier immobilier français, ne sont que des outils de recherche et n'ont pas de valeur juridique. V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 733 : « A-t-on oublié de reporter sur les fiches un dépôt de pièces constaté au registre des dépôts ? Une fiche a-t-elle été égarée ou détruite ? Dans ces divers cas, la publicité est néanmoins considérée comme ayant été régulièrement accomplie : l'acte dont il s'agit [...] est quand même opposable aux tiers. » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 678, p. 470.

²⁴³ V. M. DAGOT, *J.-Cl. Civil Annexes*, V° Publicité foncière, fasc. 35, préc., n° 9 ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 168, p. 62 : « En elle-même, la formalité de publicité demeure inchangée. Elle consiste toujours en un dépôt de pièces au bureau de la conservation des hypothèques. C'est le moyen de recenser et de regrouper les actes publiés qui a été modifié ». (Les auteurs soulignent).

²⁴⁴ Cf. *supra*.

²⁴⁵ V. M. DAGOT, fasc. 35, préc., n° 10 : « À vrai dire, la publicité mixte qui est celle du droit français est [...] bien supérieure à un système de publicité purement réelle. La preuve en est que les pays qui, comme l'Allemagne, connaissent dans les textes une publicité purement réelle, ont été contraints, en pratique d'établir des répertoires alphabétiques, par noms de propriétaires, ce qui s'explique par le fait que le seul lien qui existe souvent entre deux parcelles de terre est bien l'unité de propriétaire. » ; C. MOULY, fasc. préc. « Europe occidentale », n° 19, p. 7 : « Le classement des feuillets est normalement fait par parcelles. Toutefois la loi permet un classement personnel, par nom de propriétaires, à condition qu'aucune confusion n'en naisse. Ce classement personnel est assez répandu en Allemagne du Sud où la propriété immobilière est très divisée et où une même personne est souvent propriétaire d'un grand nombre de parcelles ».

β.- L'informatisation de l'accès au fichier

Dans son fonctionnement actuel, l'accès aux informations contenues dans le fichier immobilier n'est pas direct et suppose d'adresser une réquisition au service chargé de la publicité foncière. Pour les notaires – qui sont à l'origine de 90% des réquisitions - cette demande est dématérialisée grâce à télé@ctes.

Afin de poursuivre cet élan de simplification et de modernisation, il a été envisagé de s'inspirer du système alsacien-mosellan. Depuis 2008, le livre foncier d'Alsace-Moselle est en effet librement consultable, grâce au dispositif AMALFI (Alsace-Moselle Application pour un Livre Foncier Informatisé)²⁴⁶.

Annoncée lors du Congrès des Notaires de Nantes, l'ouverture du fichier immobilier aux notaires a été prévue par une convention-cadre du 6 juin 2016 entre la DGFIP et le notariat. Cet « *Accès des notaires au fichier immobilier* », ou ANF²⁴⁷, se présente comme la contrepartie du 100 % télé@ctes²⁴⁸. En application de cet accord, un arrêté du 27 juin 2017 a déjà mis en place l'expérimentation d'un traitement automatisé des demandes de renseignements, dans les échanges entre les offices notariaux et les services de publicité foncière de sept départements²⁴⁹. Les demandes de renseignements émanant du notariat devraient pouvoir toutes se faire *via* ANF à compter du 1^{er} janvier 2019²⁵⁰.

Concrètement, avec ANF, le notaire effectuera sa demande de renseignements – réelle, personnelle ou réelle personnalisée – à partir du logiciel de rédaction d'actes, *via* la plate-forme d'échange PLANETE²⁵¹. Cette évolution rendra obsolète les demandes de renseignements par un autre canal lorsqu'elles émaneront du notariat. La connexion au dispositif ANF se fera grâce à la clé d'authentification « Réal » et la réquisition pourra être faite 24 heures sur 24, et 7 jours sur 7²⁵². La base ANF, vers laquelle sera transmise la demande, regroupe l'ensemble des informations contenues dans les bases FIDJI. Ce dispositif permettra d'obtenir un état-réponse dématérialisé instantané, sur la base de la dernière journée d'enregistrement connue. Lorsque la réponse est incomplète, il sera possible à l'office notarial d'accéder directement aux informations de FIDJI – par exemple pour importer une fiche hypothécaire complémentaire – sans requérir l'intervention des services de la publicité foncière.

²⁴⁶ V. X. LECLERC, S. MARCOT, *in Le Livre et la Plume – « Publicité Foncière et Notariat : quel avenir ? »*, *op. cit.*, n° 301 et s., p. 158 et s. ; E. SANDER, « Informatisation du Livre foncier : les nouvelles avancées du décret du 20 mai 2005 », *JCP N*2005, n° 29, étude 1347, p. 1316 et s.

²⁴⁷ V. S. LAMIAUX, « Traitement automatisé « Accès des notaires au fichier immobilier » », *JCP N* 2017, act. 728.

²⁴⁸ *Cf. supra*.

²⁴⁹ Corse-du-Sud, Haute-Garonne, Gironde, Loiret, Nièvre, Sarthe et Seine-Maritime.

²⁵⁰ V. Projet de décret relatif au traitement automatisé de demandes de renseignements et à l'accès des notaires aux données du fichier immobilier.

²⁵¹ Plateforme d'échange mise en place par le CSN et permettant le transfert et la sécurisation des données entre le notariat et ses principaux partenaires (CDC, DGI, CRPCEN...).

²⁵² L'heure butoir, présente dans Télé@ctes, disparaîtrait ici.

L'impact de cette évolution sur les services chargés de la publicité foncière promet d'être important. Le but premier est d'optimiser leur activité en allégeant le travail de renseignement, lequel représente 10 à 15 % de leur temps de travail, et est en constante augmentation - l'on compte environ 20 % de réquisitions supplémentaires entre 2008 et 2017. Les agents chargés de la publicité foncière pourraient ainsi se concentrer sur les autres missions. Les services seront également incités à clôturer rapidement la journée d'enregistrement afin de garantir aux notaires un accès aux informations les plus fraîches possibles.

Au-delà des innovations techniques apportées par Télé@ctes et ANF, ces applications informatiques sont également dotées d'une portée symbolique. Il n'est pas anodin d'avoir cherché à simplifier prioritairement le dialogue entre les offices notariaux et les services chargés de la publicité foncière : il s'agit là en effet des deux acteurs principaux sur la scène de la publicité foncière.

2°- Les acteurs

La tenue des registres et le bon fonctionnement de la publicité reposent principalement sur l'action combinée d'un couple de professionnels, dont les interventions se succèdent : le notaire en amont de la formalité, et le Service de la publicité foncière, chargé d'y procéder. En jouant chacun sa partition à tour de rôle, ces deux acteurs de la publicité assurent l'équilibre. La modestie de la mission dévolue au Service de la publicité foncière (**a**) quant à la régularité des actes s'explique en effet par l'importance inversement proportionnelle de la tâche incombant en la matière au notariat (**b**). Quoique leur rôle soit moindre, il ne faut pas passer sous silence les autres professions (**c**) amenées à effectuer, occasionnellement, une demande de formalité.

a.- Le Service de la publicité foncière

La publicité foncière est actuellement gérée par un service administratif dépendant du ministère de l'Action et des Comptes publics. Depuis le 1^{er} janvier 2013, ce sont 354 « *services de la publicité foncière* » - succédant aux « *conservations des hypothèques* » - et 3 304 agents²⁵³ qui sont en charge de l'accomplissement de cette mission de service public, laquelle consiste à procéder à la publication de près de 4 000 000 d'actes par an²⁵⁴.

Initialement chargé de recevoir les oppositions des créanciers²⁵⁵, le corps de conservateurs des hypothèques a été créé sous Louis XV, par un édit du 17 juin 1771. Au fur et à mesure de l'extension du domaine de la publicité, les formalités furent confiées à ces conservateurs, mais l'utilisation de l'appellation « *hypothèque* » ne fut pas pour autant remise en cause. Leur répartition sur le territoire national était fixée par arrêté du 12 juin 1970. À la

²⁵³ Hors chefs de service, et selon les chiffres de 2017.

²⁵⁴ 3 991 852 publications pour l'année 2017.

²⁵⁵ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 727 : L'édit de 1771 « *avait organisé une procédure de purge des hypothèques à une époque où celles-ci étaient occultes, mais où les créanciers devaient se révéler lorsque, par cette procédure, l'acquéreur d'un immeuble offrait de leur en verser le prix : ils devaient précisément faire opposition à la Conservation des hypothèques* ».

tête de chaque bureau, on trouvait un conservateur qui, tout en étant fonctionnaire, était doté d'un statut particulier. Sa rémunération était en effet composée d'un « *salaire* » directement perçu sur la formalité. Cette particularité avait pour raison d'être de compenser la sévérité du régime de responsabilité du conservateur²⁵⁶ : en cas de faute, même qualifiée de faute de service, ce fonctionnaire était en effet personnellement et civilement responsable, par dérogation au régime de responsabilité administrative s'appliquant traditionnellement aux fonctionnaires. Déjà présente dans l'édit de 1771, cette responsabilité particulière a constitué pendant plus de deux siècles la garantie de la sécurisation des opérations immobilières.

Pourtant, dans son rapport public pour l'année 2008, la Cour des comptes a recommandé de réformer le statut du conservateur des hypothèques. Elle y dénonce une « *curiosité administrative* » caractérisée par son anachronisme, doublée d'une « *opacité du système* » et d'« *anomalies juridiques* », le tout permettant à la DGI d'offrir, « *comme fin de carrière, à un assez large éventail hiérarchique de ses cadres, une centaine d'emplois particulièrement attractifs par les rémunérations élevées et les pensions de retraite majorées dont ils sont assortis* »²⁵⁷. Suivant ces préconisations, la décision de supprimer les conservateurs des hypothèques fut annoncée en Conseil des ministres le 10 juin 2009, puis mise en œuvre par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010, applicable à compter du 1^{er} janvier 2013.

Les bureaux des hypothèques ont alors été remplacés par le Service de la publicité foncière, régi par des décrets du 26 décembre 2012²⁵⁸. Ce nouveau Service est composé de fonctionnaires dont la rémunération relève de la grille de la fonction publique. Le « *salaire du conservateur* » n'existe donc plus en tant que tel, mais le coût de la publicité n'est pas pour autant réduit pour l'usager. Une nouvelle taxe a en effet été créée, la « *contribution de sécurité immobilière* », prélevée au profit de l'État à l'occasion de chaque formalité. En définitive, le changement le plus important réside dans la modification apportée au régime de responsabilité. Les articles 2455 et 2456 du Code civil relatifs à la responsabilité du conservateur ont été supprimés ; quant à l'article 2450, il prévoit désormais que « *L'État est responsable du préjudice résultant des fautes commises par chaque service de la publicité foncière dans l'exécution de ses attributions* ».

Cette évolution est-elle louable ? D'aucuns en doutent. En effet, du fait du risque d'engagement de leur responsabilité personnelle, les conservateurs s'étaient réunis sous la

²⁵⁶ V. J. FLOUR, *op. cit.* , p. 728 : « *Ces salaires constituent la contrepartie des lourdes responsabilités que le conservateur risque d'encourir dans l'exercice de ses fonctions.* » ; P. FREMONT, *J.-Cl. Civil Annexes* , V° Publicité foncière, fasc. 35 « *Organisation* », n° 4 : « *Ce mode de rémunération, sans équivalent semble-t-il dans la fonction publique, se justifie par le fait que la responsabilité du conservateur est une responsabilité personnelle même en cas de faute qui, selon les critères du droit administratif, serait une faute de service. Il s'agit là d'une responsabilité fort lourde et qui est souvent une responsabilité du fait d'autrui lorsque la faute a été commise par un agent de la conservation qui, il faut le noter, n'est pas choisi par le conservateur* ».

²⁵⁷ Rapport public annuel 2008, p. 435 et s., consultable sur <https://www.ccomptes.fr/fr/publications>.

²⁵⁸ D. n° 2012-1462 et 2012-1463 du 26 déc. 2012, JO 28 déc. 2012.

forme d'une Association mutuelle des Conservateurs, destinée à assurer la défense collective de leurs intérêts. Au-delà de la souscription d'une assurance collective, l'AMC avait pour mission d'apporter une assistance juridique à ses adhérents²⁵⁹. Cela passait notamment par la formulation d'avis sur les questions touchant à l'application du droit de la publicité foncière. Les réponses apportées par la Commission juridique, formant la « doctrine de l'AMC » étaient diffusées grâce au *Bulletin* de l'association. L'uniformité des pratiques des conservations était ainsi assurée sur l'ensemble du territoire. De ce fait, « la responsabilité personnelle des conservateurs était un gage de sérieux et de bon fonctionnement des conservations »²⁶⁰. Pour ces raisons, l'absence de responsabilisation des chefs de service a fait craindre à certains une dégradation du service²⁶¹.

Quant à sa fonction, on a coutume d'opposer le Service de publicité foncière français au juge foncier allemand. Il est vrai qu'en raison de la différence de fonction retenue par chacun de ces systèmes de publicité, ces deux publicateurs exercent des rôles profondément différents.

En Allemagne, la publicité est constitutive de droit : elle est indispensable à la réalisation du transfert de propriété et rend inattaquable le droit publié²⁶². Le fonctionnaire chargé de publier est ainsi amené à contrôler le fond du droit avant de l'inscrire sur le livre foncier. Cette fonction devait logiquement incomber à un magistrat de l'ordre judiciaire, et elle a été confiée aux tribunaux cantonaux.

En droit français, la publicité n'est pas attributive de propriété ou de droit réel²⁶³. Le publicateur ne contrôle pas la validité du droit, qui pourra toujours faire l'objet d'une contestation en justice. Il lui suffit en principe de vérifier que les conditions formelles, nécessaires à la publication, sont respectées. Cette absence d'un contrôle de validité du *negotium* permet de confier la mission de publication à un fonctionnaire administratif et non pas à un juge. Pour autant, on aurait tort de réduire la mission d'accomplissement de la publicité foncière à une pure activité administrative. En cela, la publicité foncière se démarque des autres publicités légales qui se limitent à l'enregistrement des actes. En effet, les décrets de 1955²⁶⁴, en même temps qu'ils imposaient de nouvelles conditions pour la publication, confiaient aux agents de la publicité le soin de contrôler le respect de ces exigences.

²⁵⁹ V. l'article 3 des statuts de l'AMC, <http://amc-online.fr/foncass/somstatu/Satuts.htm>.

²⁶⁰ S. PIEDELIEVRE, « Était-il nécessaire de supprimer le statut des conservateurs des hypothèques ? », *Defrénois* 2010 n° 17, p. 1864.

²⁶¹ V. A. FOURNIER, « Avant-propos », in *Le livre et la Plume*, Congrès du MJN précité, n° 2, p. 13 ; S. Piédelièvre, « Était-il nécessaire de supprimer le statut des conservateurs des hypothèques ? », art. préc.

²⁶² Cf. *supra*.

²⁶³ Cf. *supra*.

²⁶⁴ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 724 : « Le conservateur n'a plus le rôle purement passif qu'il avait autrefois, où il ne pouvait refuser de transcrire les actes qui étaient déposés à son bureau. » ; J. MAZEAUD, note sous Civ. 3^e, 14 mars 1968, *D.* 1968, J, p. 425 : « Jusqu'au décret du 4 janvier 1955, le conservateur n'était, en aucun cas, juge de la régularité des transcriptions [...] Pour assurer la perfection du système, le décret de 1955 a fait une entorse au principe selon lequel les conservateurs n'ont, dans le système français, aucun pouvoir de contrôle ».

Ce pouvoir de contrôle requiert non seulement un temps d'analyse mais également des compétences juridiques. Ainsi, sans préjuger de la validité de l'acte, l'agent doit néanmoins procéder à un travail de vérification minimale portant sur sa propre compétence, l'authenticité de l'acte, l'identité des parties... Il doit également s'assurer que la condition d'effet relatif est respectée, et pour ce faire, analyser le titre du disposant. Les registres de publicité foncière ne devant contenir que des droits réels, il lui appartient encore de déterminer si les droits, sur lesquels portent l'acte soumis à la formalité, peuvent être qualifiés comme tels.

L'agent est donc amené à prendre parti face à des actes complexes ou des droits réels innommés. On rappellera, à titre d'exemple, que ce sont les conservateurs des hypothèques, en dialogue avec le notariat, qui ont admis la publication des volumes créés par la pratique²⁶⁵. La sanction de cette vérification se traduit par la faculté, pour l'agent, de refuser le dépôt de l'acte si une irrégularité est immédiatement perceptible, ou de rejeter la formalité s'il perçoit le défaut seulement après le dépôt. Les répercussions du pouvoir de vérification de l'agent sont donc loin d'être anodines puisqu'elles ont un impact direct sur l'efficacité juridique –l'opposabilité– de l'acte publié. En particulier, le refus de dépôt empêche de prendre date car il oblige les parties à effectuer un nouveau dépôt après régularisation. De plus, la vérification opérée par l'agent est particulièrement étendue lorsqu'il s'agit d'inscrire une sûreté non conventionnelle, en vertu d'un titre qui n'a pas fait l'objet d'une vérification notariale – loi ou jugement. L'article 2428 alinéa 2 du Code civil prévoit en effet que « *pour l'inscription des hypothèques et sûretés judiciaires, le créancier présente [...] audit service : 1° L'original, une expédition authentique ou un extrait littéral de la décision judiciaire donnant naissance à l'hypothèque, lorsque celle-ci résulte des dispositions de l'article 2412 ; 2° L'autorisation du juge, la décision judiciaire ou le titre pour les sûretés judiciaires conservatoires* », sous peine de refus de dépôt. Tout en n'étant pas juge de la validité de la décision présentée, le service doit néanmoins vérifier l'absence de discordance entre le bordereau et le titre de créance qui l'accompagne et que ce titre permet de prendre l'inscription requise.

Sur le fond, l'opposition entre le système du livre foncier et le système français de publicité est à nuancer. Si, dans notre système, le publicateur peut être dispensé d'exercer un contrôle au fond lors de l'accomplissement de la formalité, c'est grâce au processus d'authentification qui assure la légalité de l'acte en amont de sa publication. Le binôme formé par le notaire et le service de la publicité foncière assure donc les mêmes fonctions que les services du livre foncier, et ce modèle dualiste inspire même certains droits étrangers²⁶⁶.

²⁶⁵ V. H. PALUD, « Un rapide aperçu sur 35 ans de pratique de la division en volumes à la Défense », in *Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois 2017, p. 221 et s., spéc. p. 222.

²⁶⁶ V. C. BENASSE, « Le modèle français de la publicité foncière », *JCP N* 2014, act. 1099 : « *de nombreux notariats s'inspirent du modèle français [...]. Dans ces pays, le lien entre publicité foncière et acte authentique se réalise en accéléré. [...] C'est le cas de la récente loi marocaine sur le notariat mais c'est aussi l'évolution constatée en Russie, en Chine et dans d'autres pays d'Asie* ».

b.- Le notaire

Le processus d'authentification, prérequis pour la publication, a été imposé en vue de garantir la fiabilité des registres. L'intervention d'un officier public assure un contrôle préalable de l'acte soumis à formalité. Ici comme ailleurs, « *authentique* » n'est pas synonyme de « *notarial* » et il serait malvenu de confondre les deux²⁶⁷. Pour autant, lorsqu'il est question de publicité foncière, ces deux termes recouvrent, peu s'en faut, la même réalité.

Le double rôle du notaire se manifeste ici. Ce dernier a vocation à intervenir en qualité d'officier public, agent de la légalité de l'acte qu'il reçoit. Mais il œuvre également en qualité de rédacteur d'actes, assistant les particuliers à l'image d'un écrivain public. En effet, à la différence des autres officiers publics, le notaire est le seul à pouvoir « *recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique* »²⁶⁸. Il n'est dès lors pas étonnant de constater que la profession notariale est le fournisseur des actes soumis à publicité à plus de 90 %²⁶⁹. Elle est également le principal usager de la publicité foncière : les statistiques montrent que plus de neuf réquisitions sur dix émanent des notaires et sont liées à la rédaction d'un acte²⁷⁰.

Le binôme constitué par le notariat et les anciens conservateurs a été jusqu'en 2013 un moteur pour le fonctionnement de la publicité foncière et pour son adaptation aux évolutions du droit. Le dialogue entre ces deux professions a souvent permis l'élaboration de la « *doctrine* » de l'AMC, dont on sait qu'elle conduisait à des réponses harmonisées. Ces échanges se concrétisaient notamment sous la forme de comités entre le CRIDON²⁷¹ de Paris et l'AMC.

C'est également à partir du constat de ce lien, très étroit, entre publicité foncière et notariat que les bases du projet Télé@ctes ont été posées. En dépit de son accès limité aux offices notariaux et alors même qu'il ne s'applique pas encore à tous les actes dressés par les notaires, l'application permettait déjà en 2017 de dématérialiser plus de la moitié des formalités de publicité. En 2006, le notaire s'est même vu confier un rôle encore plus important à l'égard de la publicité foncière. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés a en effet instauré une mesure de radiation simplifiée des inscriptions²⁷². L'article 2441 du Code civil dispose, en son alinéa 3, que « *La radiation de l'inscription peut être requise par le dépôt au service chargé de la publicité foncière d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation ; le contrôle opéré par ce service se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond* ». Jusqu'alors, le service était, par exception et au regard de la gravité de l'opération, tenu de

²⁶⁷ V. L. AYNES (dir.), *L'authenticité*, op. cit., n° 24 et s., p. 47 et s.

²⁶⁸ Art. 1^{er} ord. N° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat. (Nous soulignons).

²⁶⁹ En 2017, selon les chiffres de la DGFIP, 91,3 % des publications ont été effectuées par des notaires.

²⁷⁰ En 2017, selon les chiffres de la DGFIP, 92,4 % des réquisitions ont été réalisées par des notaires.

²⁷¹ Centre de recherches, d'information et de documentation notariales de Paris.

²⁷² V. W. Nonnenmacher, « Un nouvel habit pour les mainlevées », *JCP N* 2009, n° 6, étude 1056, p. 13 et s.

contrôler le fond de l'acte qui lui était présenté. Désormais, en cas de radiation simplifiée, le service n'aura qu'à contrôler la régularité formelle, et c'est le notaire qui supportera l'éventuelle responsabilité liée à une radiation irrégulière²⁷³.

Aussi bien, on ne peut qu'être surpris d'observer qu'en 2013, un rapport de l'Inspection générale des finances ait pu suggérer qu'il n'y aurait « *aucun motif d'intérêt général justifiant que la rédaction des actes soumis à publicité foncière soit réservée aux seuls notaires* »²⁷⁴. Bien au contraire, parce que l'intervention du notaire est exigée dans le souci d'assurer la sécurité juridique en matière de publicité foncière²⁷⁵, elle répond précisément à un motif d'intérêt général. C'est d'ailleurs cette considération qui a conduit le droit de l'Union européenne à protéger désormais l'attribution de compétence exclusive au notaire en matière d'authentification des actes soumis à publicité.

Dans son arrêt C-342/15 du 9 mars 2017, dit « *Piringer* », la Cour de justice de l'Union européenne a en effet admis qu'un droit national réserve aux notaires l'authentification des documents nécessaires à la création et au transfert des droits réels immobiliers. La Cour a considéré qu'une telle restriction est compatible avec la libre prestation de services, puisqu'elle est justifiée au regard des impératifs de sécurité juridique nécessaire au bon fonctionnement d'un système de publicité foncière. Rendu à l'occasion d'un contentieux né de la législation autrichienne, cet arrêt *Piringer* est, de manière plus générale, « *une reconnaissance pour le notariat de type latin* »²⁷⁶. La Cour estime en effet que « *les dispositions nationales qui imposent de vérifier, par le recours à des professionnels assermentés tels que les notaires, l'exactitude des inscriptions portées au livre foncier contribuent à garantir la sécurité juridique des transactions immobilières ainsi que le bon fonctionnement du livre foncier et se rattachent, de manière plus générale, à la protection de la bonne administration de la justice* »²⁷⁷. Par-delà la validité de l'exclusivité de compétence, c'est donc la pertinence et la vigueur du couple « *notaire – publicité foncière* » que cet arrêt entérine.

Le rôle joué par les notaires dans le fonctionnement de la publicité foncière (télé@ctes, ANF...), dont ils contrôlent et nourrissent le contenu et sont les principaux usagers, conduit naturellement à se demander si, dans une perspective de rationalisation, il ne devrait pas être envisagé de confier la gestion même du service de la publicité foncière au notariat, sous le contrôle de l'État, dont l'une des missions essentielles est d'assurer la sécurité juridique²⁷⁸.

²⁷³ V. L. AYNES, P. Crocq, *op. cit.*, n° 676, p. 398 et s.

²⁷⁴ Rapp. Inspection générale des finances du 6 mars 2013 relatif aux professions réglementées. V. M. MEKKI, « Le "dernier acte" de la tragédie du notariat français », *JCP N* 2014, n° 39, étude 1287, p. 27 et s.

²⁷⁵ Cf. *supra*.

²⁷⁶ V. BOUHIER, « Les notaires : une compétence reconnue et protégée en droit de l'Union », *LPA*, 1^{er} juin 2017, p. 7.

²⁷⁷ CJUE, Communiqué de presse n° 28/17.

²⁷⁸ V. en ce sens, M. SUQUET-COZIC, *in Le livre et la Plume, op. cit.*, n° 643, p. 389.

c.- Les autres professions

Il n'en demeure pas moins que 10 % des demandes de formalités émanent de professionnels autres que les notaires. À l'heure actuelle, cela signifie que ces demandes ne peuvent pas être transmises sous forme dématérialisée.

Il s'agit de formalités portant en général sur des droits temporaires. Cette catégorie regroupe notamment les hypothèques légales et judiciaires, les commandements, les demandes en justice... La demande de formalité est alors accomplie par des avocats, des huissiers ou l'Administration. Les chiffres de 2017²⁷⁹ montrent que la plus grande part de ces formalités non notariales a trait aux publications de procès-verbaux du cadastre (environ 93 000) ou de remaniement (aux alentours de 62 000), commandements valant saisie (près de 14 000), inscriptions d'hypothèques légales (plus de 60 000) ou judiciaires (plus de 20 000). Auxquels s'ajoutent les actes administratifs. Pour ces formalités qui ne connaissent pas l'intervention préalable du notaire, le rôle des agents du Service est plus étendu. C'est le cas notamment pour l'inscription des hypothèques judiciaires, pour laquelle l'article 2428, alinéa 2 du Code civil prévoit que la décision judiciaire doit être présentée au service pour inscription en complément des bordereaux.

Quoique le système de publicité foncière soit aujourd'hui reconnu comme globalement satisfaisant et fiable, des imperfections demeurent. En particulier, de nombreux retards dans l'accomplissement de la formalité et la mise à jour du fichier sont encore à déplorer²⁸⁰. Selon la Cour des comptes, la situation s'est même « *fortement dégradée* »²⁸¹. Ce décalage temporel entre dépôt et publication engendre de nombreux risques pour les usagers de la publicité foncière, laquelle est pourtant vouée à assurer la sécurité juridique des transactions immobilières.

Le processus d'informatisation, déjà largement entamé, est un des remèdes préconisés pour parvenir à réduire ces délais. Mais en pratique, le passage au numérique s'est avéré, à

²⁷⁹ Chiffres fournis à la Commission par la DGFIP.

²⁸⁰ V. M.-L. ENAULT, « Améliorer le fonctionnement du système en l'état », in *Le livre et la plume*, préc., p. 385 et note 3 : « La situation atteint par endroits un seuil critique lorsque certaines conservations mettent plusieurs mois à traiter les publications et à retourner les pièces. Au printemps 2012, le délai moyen de traitement des publications par les conservations était de 55 jours, avec un maximum de 180 jours dans les conservations les plus engorgées ».

²⁸¹ V. Cour des comptes, Rapport public thématique, 20 juin 2018, « La DGFIP, dix ans après la fusion – Une transformation à accélérer », <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-dgfip-dix-ans-apres-la-fusion>, p. 106 : « la qualité du service rendu s'est fortement dégradée au cours des derniers exercices : le délai de publication des actes au fichier immobilier est passé de 16 jours en 2007 à 86 jours en 2016, avec un impact négatif sur les recettes de taxes foncières ». Adde Question au ministre de l'Action et des Comptes publics, Sénat, séance du 15 février 2018, n° 3237 : « M. Daniel Gremillet attire l'attention de M. le ministre de l'Économie et des Finances sur les conséquences du retard, lors de l'enregistrement des actes par les services des hypothèques, sur le travail des géomètres experts, des notaires et des maires. Dans le département des Vosges, une dégradation des délais de publication des actes, dans le service de la publicité foncière, a été constatée ces derniers mois. [...] Ainsi, il lui demande les mesures qu'il entend mettre en œuvre pour que le service public de la publicité foncière puisse continuer à fonctionner dans de bonnes conditions dans ses missions de mise à jour du registre officiel des propriétés immobilières et de certains droits attachés - dont les hypothèques - ainsi que dans son activité fiscale connexe ».

lui seul, un palliatif insuffisant²⁸². Il faut dire que, en même temps que d'un côté l'on s'efforçait de dématérialiser le processus, survenait de l'autre une baisse considérable des effectifs des services de publicité foncière²⁸³. Ce phénomène se combine avec un affaiblissement des compétences juridiques du personnel chargé de la publicité, depuis le passage des conservations aux services de publicité foncière. Ces flux contraires aboutissent à un jeu à somme nulle et réduisent à néant les espérances de gain de productivité²⁸⁴. Aussi bien, dans un rapport de juin 2018, la Cour des comptes alerte-t-elle sur le fait que « *les performances ont déjà commencé à faiblir* » dans le domaine de la publicité foncière²⁸⁵. De surcroît, le progrès technique lié à cet effort d'informatisation impose des adaptations du régime juridique existant.

Certains praticiens n'hésitent pas, depuis plusieurs années, à inciter le législateur à prendre part à l'amélioration du système²⁸⁶. Ce contexte a semblé plus que jamais propice à l'élaboration d'une réflexion plus générale sur ce que pourrait être la publicité foncière de demain.

II.- La publicité foncière demain

L'encre était à peine sèche, que certains auteurs laissaient déjà transparaître leur insatisfaction face aux décrets de 1955 instaurant les nouvelles règles de publicité foncière. Ainsi, pouvait-on lire que « *Le décret du 4 janvier 1955, s'il est un texte important, n'est pas la grande loi sur la publicité foncière que l'on pouvait souhaiter. [...] Il conviendra donc de refondre plus tard les textes relatifs à la publicité foncière* »²⁸⁷. Il a semblé à la Chancellerie et au ministère du Budget que l'heure était venue de remettre cet ouvrage sur le métier, dans le but de trouver des voies de modernisation et de rationalisation.

²⁸² V. M.-L. ENAULT, « Fonctionnement général du système », in *Le livre et la plume*, préc., n° 637, p. 385 : « *La situation atteint par endroits un seuil critique lorsque certaines conservations mettent plusieurs mois à traiter les publications et à retourner les pièces. Ceci est difficile à accepter pour nos concitoyens et plus encore pour nos clients étrangers. Le notariat a déjà été confronté à un tel phénomène dans les années 1990. Mais à l'époque, l'informatisation à venir laissait espérer une résorption naturelle des délais. Aujourd'hui, la carte de l'informatisation a déjà été jouée et la situation ne pourra plus s'améliorer par des moyens techniques* ».

²⁸³ Baisse de 36 % entre 2005 et 2017.

²⁸⁴ V. M. SUQUET-COZIC, « Améliorer le système en vue d'un meilleur fonctionnement », in *Le livre et la plume*, préc. p. 389 : « *Parallèlement, les pouvoirs publics ont largement restreint les effectifs de fonctionnaires affectés à ces services depuis quelques années. Ce calcul misait probablement sur des gains de productivité escomptés du fait de l'informatisation. Pourtant, si une réduction des délais de traitement des formalités a pu être constatée dans les premières années qui suivirent l'informatisation (2001-2005), ce mouvement ne s'est pas confirmé et les délais se sont à nouveau allongés pour atteindre parfois un seuil critique aujourd'hui* ».

²⁸⁵ Cour des comptes, Rapport public thématique, 20 juin 2018, « La DGFIP, dix ans après la fusion – Une transformation à accélérer », <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-dgfip-dix-ans-apres-la-fusion>, p. 124.

²⁸⁶ V. M. SUQUET-COZIC, « Améliorer le système ... », préc. p. 386 : « *le législateur pourrait également être l'un des acteurs de l'amélioration du système en retouchant un certain nombre de points de notre législation. Les décrets de 1955 pourraient être mis en adéquation avec les textes et pratiques actuels* ».

²⁸⁷ R. NERSON, « La réforme de la publicité foncière », *D.* 1955, chr. p. 151.

C'est pourquoi la Commission propose l'insertion dans le Code civil d'une théorie générale de la publicité foncière qui fait actuellement défaut.

D'emblée, il faut préciser que la Commission n'a pas entendu bouleverser les éléments fondamentaux de la publicité foncière.

Tout d'abord, **l'idée de rapprocher le système français de celui du livre foncier**, et en particulier de celui d'Alsace-Moselle, **a été écartée**. La question pouvait se poser au regard du rôle limité de la publicité en droit français : elle n'a d'effet que dans les rapports avec les « tiers ». Le transfert de propriété et la constitution de droits réels opèrent certes *solo consensu*, mais ils n'acquièrent pleine efficacité qu'à compter de leur publication. Il pouvait donc être tentant de s'orienter vers un système constitutif.

Cependant, le choix a été fait de conserver une publicité confortative de droit, ne jouant aucun rôle en matière de preuve. Pour apprécier la validité d'un acte, il conviendra toujours de se tourner vers un professionnel du droit, et en dernier recours vers un juge. Ainsi, le droit de la publicité foncière demeure en harmonie avec les principes fondamentaux du droit français, tel que le consensualisme – le transfert ne dépend pas de l'accomplissement de la formalité – ou le régime de la preuve en matière de droit réel. Cette décision a également été motivée par le fait qu'un rapprochement avec les systèmes de livre foncier ne serait pas opportun au regard du coût de fonctionnement que cela induirait pour le ministère de la Justice, dès lors que les systèmes confortatifs reposent sur un contrôle, par un juge, des droits publiés.

Dans cet ordre d'idée, la Commission propose également de se référer expressément dans les textes à la publicité des « actes » et non des droits, afin que les termes employés reflètent l'esprit du système, qui est de n'assurer que la publicité des actes relatifs à des droits réels, sans préjuger de leur validité.

Dans une même logique, le **principe d'authenticité** des actes soumis à publicité – actuellement prévu à l'article 710-1 du Code civil – n'a pas été remis en question. Dans notre système, il permet en effet d'assurer un contrôle spécifique de l'acte en amont de l'accomplissement de la formalité grâce à l'intervention d'un officier public. Il s'érige ainsi en condition indispensable à la sécurité juridique et à la fiabilité des registres.

Certains actes nécessitent d'être publiés, sans toutefois qu'il apparaisse pertinent ou même possible de les soumettre à l'intervention d'un notaire. C'est le cas des actes énumérés actuellement à l'alinéa 3 de l'article 710-1 du Code civil, ainsi que des actes émanant d'une autorité administrative qui ne sont qualifiés d'authentiques par l'article que pour les besoins de la publicité foncière. La Commission propose donc de reprendre cette condition d'authenticité et ses exceptions dans une nouvelle section 1 traitant des *conditions relatives aux actes et décisions objet de la publicité*, composée des articles suivants :

« **Article 710-7.** - Seuls peuvent donner lieu aux formalités de publicité foncière les actes reçus en la forme authentique par un notaire exerçant en France, les décisions juridictionnelles et les actes administratifs dressés à fin de publicité foncière.

L'homologation d'un juge, le contreseing d'un avocat, le dépôt au rang des minutes d'un notaire, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne permettent pas aux actes sous signature privée de faire l'objet des formalités de publicité foncière ».

« **Article 710-8.** - Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions juridictionnelles étrangères ne peuvent donner lieu à publication que s'ils ont été déposés au rang des minutes d'un notaire exerçant en France. Celui-ci contrôle les conditions de leur acceptation ou de leur reconnaissance.

Les décisions juridictionnelles étrangères peuvent également être publiées si elles sont ou ont été rendues exécutoires en France ».

« **Article 710-9.** - Par dérogation à l'article 710-7, peuvent faire l'objet des formalités de publicité foncière :

- les commandements de payer valant saisie et les actes de procédure s'y rattachant ;
- les assignations en justice et les conclusions reconventionnelles ou additionnelles ;
- les jugements d'adjudication ;
- les procès-verbaux de délibérations des assemblées générales relatives à l'apport de biens ou droits immobiliers ainsi que les procès-verbaux de bornage, lorsqu'ils sont annexés à un acte constatant leur dépôt au rang des minutes d'un notaire ;
- les procès-verbaux établis par le service du cadastre ;
- les autres actes administratifs dont la publication est prescrite par la loi ».

Il ne s'agit donc pas d'opérer une révolution de notre modèle de publicité foncière, mais seulement de clarifier et rationaliser les règles en tenant compte de l'évolution des techniques d'information. À l'issue de ses travaux, la Commission a retenu deux axes d'évolution : des modifications de forme, en vue de renforcer l'accessibilité des textes (A), et des modifications de fond, tendant à renforcer l'efficacité du système de publicité foncière (B).

A. Sur la forme : renforcer l'accessibilité

Il n'est pas de démonstration plus aisée à faire que celle du déficit d'accessibilité de notre régime de publicité foncière. Pour ce faire, il suffit de citer, par exemple, l'article 74 du décret du 14 octobre 1955. Celui-ci dispose que « *Lorsqu'il refuse le dépôt de documents, par application, notamment des articles 2428 et 2430 du code civil, du 2 de l'article 34-1 et de l'article 39 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 modifié, du 1 de l'article 21, des articles 22, 31 et 33, du 2 de l'article 35, du 1 de l'article 38, des articles 54-1, 57-2, 57-3 et 57-4, du 1 de l'article 64, de l'article 67-3, de l'article 71-12, de l'article 73-1 et du 2 de l'article 76 du présent décret, le service de la publicité foncière notifie au déposant, dans le délai maximum de 15 jours à compter de la remise des documents, sa décision datée et signée indiquant les causes de refus relevées. Ce délai est fixé à 8 jours pour les commandements valant saisie et à 1 mois pour les formalités requises en vertu de l'article 2430 du Code civil* ». Est-il besoin d'apporter une autre illustration du défaut de lisibilité de notre système de publicité foncière ? Si l'on ajoute à cela que les décrets de 1955

font encore référence à des textes qui n'existent plus²⁸⁸, et que leurs dispositions n'ont pas toujours été adaptées aux évolutions telles que la rénovation du cadastre ou l'informatisation, le constat paraît encore plus accablant. Comme cela a pu être relevé, « *celui qui souhaite travailler muni d'une version exploitable des textes doit mettre lui-même à jour les décrets de 1955, et tenir son propre document à jour au fil des réformes* »²⁸⁹. Si les textes régissant la publicité foncière ne sont accessibles pour le praticien aguerri qu'à de telles conditions, qu'en est-il pour le non praticien ou le praticien étranger ?

Il a donc semblé primordial à la Commission de mettre tout en œuvre pour renforcer l'accessibilité de notre droit de la publicité foncière. Même si cela passe par des aménagements formels, l'impact sur le fond du droit, par le gain en sécurité juridique, n'est pas négligeable. L'amélioration de la lisibilité du régime a été poursuivie de deux façons : par le rassemblement des textes (1°) et par leur modernisation (2°).

1°- Rassembler les textes

Un des premiers griefs retenus à l'encontre du régime existant tient à sa dispersion géographique²⁹⁰. À l'heure actuelle, pour avoir une image générale du droit de la publicité foncière, il faut se référer aux deux décrets de 1955, aux articles 2426 et suivants du Code civil relatifs à l'inscription des sûretés immobilières, aux articles 2449 et suivants du même code régissant la publicité des registres et la responsabilité en matière de publicité foncière, ainsi qu'à l'article 710-1 du Code civil depuis 2011 sur la condition d'authenticité, sans même évoquer les dispositions contenues dans d'autres codes (Code général des impôts, Code de procédure civile, Code de la construction et de l'habitation...).

Ce morcellement est l'aboutissement de l'histoire accidentée de la publicité foncière. Nous le savons²⁹¹, à l'issue d'une querelle lors des travaux préparatoires du Code civil, seules les hypothèques avaient été soumises à publicité. Partant, le Code civil ne contenait que des règles relatives aux inscriptions. 1804 fut donc « *une occasion manquée* »²⁹² pour la codification de la publicité foncière. Postérieurement au Code civil, le domaine des actes soumis à publicité foncière fut étendu par des textes successifs, qui sont tous demeurés extérieurs au Code civil²⁹³ (loi du 23 mars 1855, décret-loi du 30 octobre 1935, puis décrets de

²⁸⁸ V. M. SUQUET-COZIC, « Améliorer le système ... », préc. p. 386 : « *Les multiples réformes réalisées ces dernières années dans tous les domaines du droit n'ont pas toujours été intégrées ou, ce qui est plus insidieux, ne l'ont été que partiellement. Les deux décrets de 1955 font ainsi référence à de nombreux textes qui ont été codifiés ou inclus dans une loi postérieure ou encore renumérotés au sein de leur code d'origine* ».

²⁸⁹ M. SUQUET-COZIC, préc., p. 387.

²⁹⁰ V. 99^e Congrès des notaires de France, *La vente d'immeuble*, Deauville 2003, n° 4035, p. 782 : « *Nous constatons tous les jours la disparité et l'hétérogénéité des textes traitant de cette matière.* » ; S. PIEDELIEVRE, « La publicité foncière hors le Code civil », *LPA* 29 juin 2005, n° 128, n° 20 p. 9 : La « *réglementation [de la matière] s'est faite en dehors du Code, contribuant ainsi à une dispersion du statut juridique de l'immeuble* ».

²⁹¹ Cf. *supra*.

²⁹² S. PIEDELIEVRE, « La publicité foncière hors le Code civil », *LPA*, 29 juin 2005, n° 128, p. 5.

²⁹³ V. S. PIEDELIEVRE, « La publicité foncière hors le Code civil », préc., n° 5, p. 5 : « *Il n'est pas étonnant que très peu de temps après la promulgation du Code civil, de nombreuses dispositions relatives au droit de la publicité foncière aient été édictées en dehors de ce Code* ».

1955). Aujourd'hui il faut donc se référer aux règles du Code civil et à celles des décrets de 1955, qui ont valeur de loi²⁹⁴.

Au-delà de cette dispersion des textes, la Commission tient à souligner que le régime actuel est également substantiellement disséminé. Parmi toutes ces règles, il est en effet difficile de dégager des principes directeurs régissant la matière. Les deux décrets de 1955 sont dépourvus d'une ossature réfléchie, laquelle permettrait de distinguer les principes généraux, leurs applications, les exceptions... La difficulté vient en partie du fait que ces textes ont été pris avant la Constitution de 1958, soit avant la répartition des domaines de compétence entre loi et règlement, entre article 34 et 37 de la Constitution. Toutefois, il est admis que, dans l'ensemble, les deux décrets n'ont pas la même importance hiérarchique : les dispositions relevant du domaine législatif se retrouvent davantage dans le décret de janvier, quand celui d'octobre regroupe des règles à valeur quasi-exclusivement réglementaire. Pour autant, cette distinction n'a pas de valeur absolue.

La Commission a donc souhaité rassembler les textes sur les plans à la fois matériel (a) et substantiel (b).

a.- Rassemblement matériel

La Commission a considéré que le regroupement matériel des textes régissant le droit de la publicité foncière devait passer par leur *codification*. En cela, elle s'inscrit dans une dynamique ancienne - quoiqu'inaboutie - puisque dans les années 90 le ministère du Budget cherchait déjà à codifier la matière afin de remédier à la dissémination de la réglementation²⁹⁵. La Commission s'est interrogée sur la meilleure façon de procéder à cette codification. Fallait-il promulguer un Code de la publicité foncière ou seulement réunir les textes au sein du Code civil ?

L'idée d'une codification autonome semble avoir été souhaitée par certains²⁹⁶. Marty, Raynaud et Jestaz ne disaient-ils pas des décrets de 1955 qu'il s'agissait « *d'un véritable petit code* »²⁹⁷ ? La Commission a néanmoins décidé *d'exclure la création d'un Code de la publicité foncière*. Elle a estimé que la matière n'avait pas d'autonomie suffisante pour justifier un tel choix. La publicité foncière ne se singularise en effet des autres matières ni par les parties ou professions concernées, ni par les enjeux économiques en cause, ni, surtout, par une

²⁹⁴ Pris sur le fondement de la loi n° 54-809 du 14 août 1954, les décrets de 1955 ne peuvent être modifiés que par une loi pour les dispositions relevant du domaine législatif d'après la Constitution de 1958.

²⁹⁵ V. P. FREMONT, « Du refus et du rejet des documents déposés aux fins de publication et notamment des actes de mainlevée hypothécaire », *JCP* 1990, I, 187, n° 95 p. 195 : « *Le ministère du Budget se préoccupe actuellement de la codification des textes sur la publicité foncière éparpillés dans les décrets de 1955, dans le Code civil et divers autres Codes dont le Code de procédure civile et de nombreux autres textes de lois, de décrets et d'arrêtés. Il était temps car, sans cela, la matière de la publicité, pourtant particulièrement abondante et complexe, aurait été l'une des dernières à être codifiée.* » ; ⁹⁹ Congrès des notaires de France, *La vente d'immeuble*, Deauville 2003, n° 4035, p. 782.

²⁹⁶ V. P. FREMONT, « Du refus et du rejet des documents déposés aux fins de publication et notamment des actes de mainlevée hypothécaire », *JCP* 1990, I, 187, n° 95, p. 195 ; ⁹⁹ Congrès des notaires de France, *La vente d'immeuble*, Deauville 2003, n° 4035, p. 782.

²⁹⁷ G. MARTY, P. RAYNAUD ; Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 663, p. 458.

indépendance substantielle²⁹⁸. Et pour cause : la publicité foncière est directement liée au droit des biens. Qu'ils soient principaux ou accessoires, la publicité foncière se présente comme l'auxiliaire des droits réels ; elle leur attribue un des effets les plus importants : l'opposabilité.

Dès lors, parce qu'elle est une matière de droit civil, elle a toute sa place dans le Code civil. Plus précisément, parce qu'elle est une composante indispensable des droits immobiliers, la Commission propose **d'intégrer la réglementation de cette matière dans le livre II relatif aux biens**. Au demeurant, cette place dans le Code civil a déjà été préparée par le législateur. En effet, la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques avait inséré la condition d'authenticité dans le Code civil afin de lui donner valeur législative²⁹⁹. Pour ce faire, le livre II avait été enrichi d'un nouveau titre cinquième « *De la publicité foncière* ». Cette innovation constituait un premier pas assumé vers l'intégration de la publicité foncière dans le Code civil³⁰⁰ et vers la réunion des textes. C'est à partir de cette première pierre que la Commission propose de bâtir une réglementation civile de la publicité foncière.

b- Rassemblement substantiel

La Commission a eu la volonté de rassembler les textes également sur le plan substantiel en élaborant une théorie générale de la matière dans le Code civil.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient en effet à la loi de fixer les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels. Méritent donc d'être réunis dans le Code les **principes directeurs du droit de la publicité foncière**, puisque ces règles sont directement liées à l'efficacité des droits réels³⁰¹. Au-delà de ces règles fondamentales, le détail de la réglementation sera pris **par décret** et demeurera **hors du Code civil**. La Commission entend par là respecter, dans le futur régime, la clé de répartition des compétences prévue par la Constitution. L'élaboration des règles concernant les modalités de la publication, de la délivrance des renseignements et de la gestion du service

²⁹⁸ En ce sens, v. S. PIEDELIEVRE, « La publicité foncière hors le Code civil », préc., n° 1, p. 4 : « *La publicité foncière n'est jamais une fin en soi et elle se trouve au carrefour de nombreuses matières et principalement du droit civil dont elle est une composante* ».

²⁹⁹ V. *Étude d'impact sur le projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées*, mars 2010, p. 41-42 : « *Afin de consacrer le principe de l'obligation du recours à un acte authentique pour procéder aux formalités de publicité foncière [...] et d'en faire apparaître le caractère législatif, il est apparu nécessaire d'insérer ces dispositions dans le Code civil* ».

³⁰⁰ V. *Étude d'impact* préc., p. 42 : « *Il s'agit d'une première étape de la codification à venir du droit de la publicité foncière, ce qui explique la création d'un titre cinquième au sein du livre deuxième du Code civil* ».

³⁰¹ V. *Étude d'impact* préc., p. 41 : « *L'article 34 de la Constitution donne compétence au législateur pour fixer "les principes fondamentaux... du régime de propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales", dont procède l'exigence d'authenticité des actes soumis à publicité foncière.* » ; Rapport AN n° 3179 sur le projet de loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, par Y. NICOLIN, sous art. 4, p. 28 : « *Le présent article propose d'inscrire dans le code civil les principes encadrant la publicité foncière afin d'asseoir davantage la sécurité juridique de règles qui aujourd'hui relèvent du niveau du décret [...]. Or le recours à un acte authentique pour procéder aux formalités de publicité foncière concerne pour l'essentiel des droits réels immobiliers, dont les principes fondamentaux relèvent de la compétence du législateur* ».

chargé de la publicité foncière relèvera du pouvoir réglementaire. Ces domaines étant dans une large mesure tributaires de l'évolution des techniques, leur adaptation n'en sera que plus aisée.

La Commission propose donc de faire du livre II le siège d'une théorie d'ensemble de la publicité foncière. Pour ce faire, certaines règles générales actuellement contenues dans le Livre IV relatif aux sûretés seront rapatriées dans le titre spécifiquement dédié à la publicité foncière. Il en va ainsi notamment des principes de libre accès au fichier immobilier ou de responsabilité de l'État, aujourd'hui prévus au sein de la réglementation des sûretés par les articles 2449 et 2450 du Code civil, et que la Commission propose de transférer – après modifications³⁰² – respectivement dans de futurs **articles 710-21 et 710-23**. Symbole de cette théorie générale, les expressions de publication et d'inscription seront remplacées, dans ce nouveau titre, par celle de « *formalité de publicité foncière* » permettant d'englober les deux. La volonté de dégager des règles communes à tous les types de publicité est ainsi affichée.

Pour autant, il a paru nécessaire **de laisser dans le livre des sûretés les règles propres aux inscriptions**, lesquelles constituent une application du droit de la publicité foncière dont la spécificité est irréductible. En effet, les inscriptions sont teintées d'une singularité qui influe sur leur régime. Alors que la publication des droits réels est permanente, l'inscription est par essence temporaire et se greffe sur un droit réel principal dont la permanence n'est pas affectée. De plus, parce que la sûreté réelle est dirigée essentiellement contre les tiers³⁰³, elle n'est, à défaut d'opposabilité, qu'un reflet de sûreté. Sûreté réelle immobilière et inscription sont indissociables, l'une ne va pas sans l'autre, et la Commission souhaite que leurs régimes demeurent « *physiquement* » rattachés l'un à l'autre.

Enfin, la réalisation de l'inscription et sa radiation sont opérées suivant des modalités techniques – en particulier l'usage du bordereau – différentes de la publication d'un acte relatif à un droit réel principal. C'est pourquoi, sans briser l'unité fondamentale de la théorie générale, on concèdera que l'effectivité de l'inscription a ses règles propres. De là, un **article 710-14** précisant que :

« L'effectivité de la publication des actes et décisions juridictionnelles relatifs aux droits réels principaux est régie par les dispositions qui suivent, celle de l'inscription des sûretés réelles par les articles 2426 et suivants ».

À ce titre également, il est proposé de *supprimer l'article 941 du Code civil*, lequel institue un régime d'opposabilité propre aux donations entre vifs, inspiré de l'ancienne insinuation. La jurisprudence s'est chargée de ramener ce régime vers le droit commun³⁰⁴. La suppression du dernier signe de cette particularité achèvera ce mouvement d'unification

³⁰² Cf. *infra*.

³⁰³ Cf. *supra*.

³⁰⁴ V. Req. 1^{er} août 1878, D. 1879, 167 refusant aux héritiers du donateur le droit d'invoquer le défaut de publicité ; Civ. 3^e, 17 juin 1980, n° 79-11505, Bull. n° 118, JCP 1981 II 19584, note M. DAGOT, refusant ce droit au locataire, lequel n'est titulaire que d'un droit de créance et non d'un droit réel.

substantielle. Il est donc proposé de développer le titre V « *De la publicité foncière* », déjà existant au sein du Livre II du Code civil relatif aux biens et aux différentes modifications de la propriété.

Le titre consacré à la publicité foncière débiterait par un texte introductif s'attachant à rappeler que les immeubles constituent l'ancrage du système et que les actes et décisions s'y rapportant doivent être rendus publics. Cet article présenterait également les outils permettant le fonctionnement de la publicité foncière, à savoir les registres de publication des actes soumis à publicité et déposés à cet effet, le fichier immobilier sur lequel des extraits des documents publiés sont répertoriés afin de pouvoir les retrouver en cas de demande de délivrance d'informations, et le cadastre, outil d'identification des immeubles, dont le principe de concordance avec les données de la publicité foncière est rappelé, à droit constant³⁰⁵.

Le nouvel **article 710-1** disposerait ainsi :

« *Les immeubles situés en France sont individualisés au moyen du cadastre.*

Les actes et décisions juridictionnelles s'y rapportant font l'objet d'un dépôt et sont mentionnés sur un fichier immobilier tenu sous la responsabilité de l'État.

Toute modification de la situation de l'immeuble au cadastre est subordonnée à l'accomplissement préalable de la formalité de publicité foncière ».

Le titre V serait ensuite divisé en trois chapitres. Le premier aurait trait aux conditions de fond : il regrouperait les règles relatives aux *actes soumis aux formalités de publicité foncière et aux conséquences de leur accomplissement*. Le deuxième serait consacré à *l'exécution des formalités de publicité foncière*, ce qui correspond à la fois aux *conditions* nécessaires à l'accomplissement de la formalité et à *l'effectivité* de celle-ci. Le troisième, enfin, préciserait le *fonctionnement de la publicité foncière* : dépôts, registres, délivrance des renseignements.

2°- Moderniser les textes

Les décrets de 1955 ont mal vieilli. Leurs dispositions sont obsolètes à différents égards, car elles n'ont pas systématiquement été mises à jour des évolutions textuelles et pratiques de la matière. Si l'on veut que le droit de la publicité foncière redevienne lisible et accessible, il n'est plus possible de faire l'économie d'un important travail de modernisation, de « *brossage* »³⁰⁶ des textes. La Commission a donc souhaité moderniser les textes en les adaptant à la réalité actuelle (a) mais également en améliorant leur lisibilité (b).

³⁰⁵ Cf. *supra*.

³⁰⁶ P. FREMONT, « Du refus et du rejet... », art. préc., n° 96, p. 195 : « *ce travail [de brossage des textes] sera réalisé en tenant compte non seulement des changements de réglementation imposés par la prochaine informatisation du fichier immobilier des conservations, mais aussi des modifications qui sont souhaitables pour supprimer ou aménager certaines dispositions devenues obsolètes ou améliorer certains autres textes* ».

a.- Adapter à la réalité

À la lecture des décrets de 1955, le constat d'obsolescence s'impose comme une évidence.

La Commission insiste donc sur l'impérieuse nécessité d'actualiser ces textes. Elle s'est attachée à mettre en œuvre ce vœu pour les dispositions à valeur législative qu'elle propose d'intégrer dans le Code civil et souhaite que cet effort soit poursuivi à l'occasion de l'élaboration des mesures à valeur réglementaire. En ce sens, on peut déplorer que le terme de « *bureau des hypothèques* » continue d'apparaître, notamment aux articles 53-5³⁰⁷ et 70 du décret du 14 octobre³⁰⁸, en dépit de la suppression des conservations des hypothèques par la loi du 28 mars 2011, et alors que le terme de « *conservation des hypothèques* » a été remplacé presque partout ailleurs³⁰⁹ par « *service chargé de la publicité foncière* ».

La Commission va même plus loin en proposant, dans les futurs textes, de faire disparaître la mention de « *service de la publicité foncière* ». Les textes seraient ainsi déjà adaptés à une éventuelle évolution relative à l'organisme chargé de cette mission de publicité. Les articles du chapitre III relatif au fonctionnement de la publicité foncière, notamment, exposeraient les différentes étapes nécessaires à l'accomplissement de la formalité de publicité foncière sans spécifier à qui elles incombent nommément. Seule la responsabilité de l'État dans l'accomplissement de cette mission y serait précisée.

De nombreuses dispositions des décrets de 1955 sont entièrement structurées autour de la distinction, aujourd'hui caduque, entre les communes à **cadastre rénové ou non rénové**. L'article 7 du décret du 4 janvier relatif à la désignation des immeubles est de ceux-ci ; c'est également le cas des articles 46 et suivants du décret du 14 octobre, réglementant l'application du principe de concordance entre le fichier immobilier et le cadastre. Ce principe constituait une mesure phare de la réforme de 1955, ce qui explique sans doute que nul n'ait osé s'attaquer à ces dispositions. Toujours est-il qu'à l'heure actuelle, cette distinction n'a plus lieu d'être et que, pire, le maintien de cette terminologie pourrait prêter à confusion. La Commission recommande donc **d'abolir cette distinction** et de ne conserver que les règles applicables au cadastre « *rénové* », tout en ne reprenant pas ce qualificatif.

Ont également été identifiés quelques dispositions reposant sur la distinction, elle aussi dépassée, entre « *les services chargés de la publicité foncière dont le fichier est informatisé* » et les autres. L'article 9-1 du décret du 4 janvier, notamment, prévoit un régime spécifique en cas de réquisition complémentaire auprès d'un service informatisé ; quant au chapitre III du

³⁰⁷ Art. 53-5, D. 14 octobre 1955 : « *Les dispositions de l'article 38 sont applicables aux formalités déposées dans les bureaux des hypothèques dotés d'un fichier immobilier informatisé* ».

³⁰⁸ Art. 70, al. 1^{er}, D. 14 octobre 1955 : « *Sont publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles [...]* ».

³⁰⁹ L'expression de conservation est également toujours présente à l'article 28,1^o, a) du décret du 4 janvier 1955, qui prévoit la publication des constitutions de droits réels immobiliers « *autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au Code civil* ». (Nous soulignons).

décret du 14 octobre (*art. 53-1 et s.*), il est tout entier consacré à cette distinction. Depuis 2003, tous les services de la publicité foncière sont informatisés ; il est donc temps d'adapter les textes à cette réalité. D'autant plus que l'incohérence ne se limite pas à cette distinction inutile entre services informatisés ou non : les textes continuent d'organiser les modalités très précises quant à l'accomplissement de la formalité papier, précisions devenues totalement anachroniques. Pour mémoire, et à titre anecdotique, rappelons que les textes prévoient actuellement que « *les fiches sont annotées de façon nette et lisible, à l'encre noire indélébile ; par exception, la date extrême d'effet des inscriptions [...] est indiquée à l'encre rouge indélébile. [...] Les titres doivent être tirés à la règle.* »³¹⁰ ; « *Toute annotation qui perd son caractère d'actualité [...] est soulignée par un trait à l'encre rouge.* »³¹¹ ; « *Des instructions publiées au Bulletin officiel des impôts fixent [...] la qualité et la couleur des papiers employés. [...] Les bordereaux [...] sont établis à la machine à écrire, au moyen d'une encre noire indélébile* »³¹²... Autant de dispositions – dont la liste est loin d'être exhaustive – nécessairement tombées en désuétude à l'heure de l'informatisation et de Télé@ctes.

La Commission recommande donc *d'abolir la distinction caduque entre les services informatisés et les autres*. Elle a également souhaité tenir compte, dans la présentation de l'accomplissement de la formalité, des modifications apportées par l'informatisation du fichier et la dématérialisation des échanges. L'alinéa 1^{er} de l'**article 710-20** par exemple prévoit, selon les propositions de la Commission, que :

« Le fichier immobilier est tenu sous la forme d'un registre informatisé sur lequel sont mentionnés sous le nom de chaque propriétaire et par immeuble les actes et décisions déposés, dans l'ordre de leur dépôt ».

Les règles plus précises d'organisation de la publicité foncière, qui seront prises ultérieurement par décret en Conseil d'État, devront également tenir compte de la modernisation des techniques et être allégées de ce formalisme suranné.

L'actualisation doit aussi être réalisée en tenant compte des **réformes intervenues depuis 1955**. En ce sens, la Commission a notamment modifié la règle contenue actuellement dans l'article 4 du décret du 4 janvier 1955³¹³, relative au contrôle des actes et décisions juridictionnelles étrangères, afin de la mettre en conformité avec les évolutions du droit

³¹⁰ Art. 13, D. 14 octobre 1955.

³¹¹ Art. 14, D. 14 octobre 1955.

³¹² Art. 76-1, D. 14 octobre 1955.

³¹³ Art. 4, al. 2, D. 4 janvier 1955 : « *Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions rendues par les juridictions étrangères ne peuvent être publiés ou constituer le titre d'une inscription de privilège ou d'hypothèque que s'ils ont été légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des affaires étrangères et déposés au rang des minutes d'un notaire français ou s'ils ont été rendus exécutoires en France. Ils doivent être accompagnés, s'ils sont rédigés en langue étrangère, d'une traduction en français, certifiée soit par le fonctionnaire susvisé, soit par un interprète habituellement commis par les tribunaux. Les expéditions, copies, extraits ou bordereaux déposés pour être conservés au service chargé de la publicité foncière doivent, en outre, porter toutes les mentions exigées par les articles 5 à 7 du présent décret et les articles 2428 et 2434 nouveaux du Code civil* ».

européen et du droit international. En effet, des conventions internationales et des règlements européens imposent parfois l'accomplissement des formalités de publicité sur le fondement d'actes authentiques reçus à l'étranger ou de décisions étrangères même si elles ne présentent pas un caractère juridictionnel³¹⁴. Les mêmes conventions et règlements imposent l'acceptation ou la reconnaissance des décisions sans préciser qu'elles doivent présenter un caractère « *juridictionnel* »³¹⁵. Or le nouvel article 710-7 du Code civil ne permet d'accomplir les formalités de publicité foncière ni sur le fondement d'un acte authentique reçu à l'étranger, ni d'une décision étrangère qui ne présente pas un caractère juridictionnel. Pour donner lieu à publication, il faut donc que le notaire contrôle les conditions de l'acceptation ou de la reconnaissance des actes authentiques étrangers et des décisions étrangères. Pour l'essentiel, ce contrôle porte sur la compétence de l'autorité qui a établi l'acte et de la juridiction qui a rendu la décision ainsi que le respect des exigences de l'ordre public international. De plus, les décisions étrangères peuvent donner lieu à l'accomplissement des formalités de publicité foncière à condition d'avoir reçu l'*exequatur* en France. Cependant, des conventions internationales ou des règlements européens prévoient parfois que ces actes ou décisions sont reconnus en France où ils produisent tous leurs effets sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'*exequatur*³¹⁶. Il fallait donc que les futurs textes réservent le cas où des dispositions prévues par une convention internationale ou par un règlement européen dispensent du recours à l'*exequatur*.

Le nouvel **article 710-8** prévoirait ainsi que :

« Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions juridictionnelles étrangères ne peuvent donner lieu à publication que s'ils ont été déposés au rang des minutes d'un notaire exerçant en France. Celui-ci contrôle les conditions de leur acceptation ou de leur reconnaissance.

Les décisions juridictionnelles étrangères peuvent également être publiées si elles sont ou ont été rendues exécutoires en France ».

Il est renvoyé au décret pour les conditions de légalisation et de traduction actuellement visées par l'article 4 al. 3 du décret du 4 janvier 1955³¹⁷ qu'il convient de conserver.

³¹⁴ Par exemple l'article 68 du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 sur le certificat successoral européen.

³¹⁵ V. par ex. les articles 19 et suivants de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967, ou les articles 17 et suivants de la convention France-Brésil du 28 mai 1996.

³¹⁶ V. par ex. les articles 39 et 40 du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, Bruxelles I bis, ou l'article 36 paragraphe 1 du règlement n° 2016/2013 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux.

³¹⁷ « *Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions rendues par les juridictions étrangères ne peuvent être publiés ou constituer le titre d'une inscription de privilège ou d'hypothèque que s'ils ont été légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des affaires étrangères et déposés au rang des minutes d'un notaire français ou s'ils ont été rendus exécutoires en France. Ils doivent être accompagnés, s'ils sont rédigés en langue étrangère, d'une traduction en français, certifiée soit par le fonctionnaire susvisé, soit par un interprète habituellement commis par les tribunaux. Les expéditions, copies, extraits ou bordereaux déposés pour être conservés au service chargé de la publicité foncière doivent, en outre, porter toutes les mentions exigées par les articles 5 à 7 du présent décret et les articles 2428 et 2434 nouveaux du Code civil ».*

Les règles du droit de la publicité foncière gagneraient à être ainsi « *toiletées* » afin d'être mises en conformité aussi bien avec la réalité pratique de la mission qu'avec les réformes postérieures à 1955. Parallèlement à leur actualisation, les textes peuvent être modernisés en améliorant leur lisibilité.

b.- Améliorer la lisibilité

La Commission souhaite améliorer la lisibilité du droit de la publicité foncière, en simplifiant la rédaction des textes régissant la matière.

Elle s'est attachée tout d'abord à **simplifier le vocabulaire** employé. Ainsi que cela a déjà été relevé, le titre V relatif à la publicité foncière emploiera l'expression neutre de « *formalité de publicité foncière* ». Cela permettrait de traiter de manière unifiée les règles applicables à toutes les modalités de publicité, et de ne pas recourir à l'expression de « *publication* » qui, derrière une signification générale en langage courant, s'oppose en réalité, au sens juridique, à l'inscription de sûreté et ne l'englobe pas. L'expression d'« *effet relatif* », dont la signification en droit de la publicité foncière est étrangère au sens habituellement retenu en droit civil³¹⁸, a été volontairement écartée. Tout en ne modifiant pas au fond la condition dite « *d'effet relatif* »³¹⁹, on propose de l'intégrer au chapitre II, dans une section 2 intitulée « *Condition relative à la publicité du titre antérieur* ».

La Commission a souhaité également simplifier la formulation de la règle fondamentale qu'est la préférence au primo-publiant. Rappelons que cette règle est aujourd'hui énoncée à l'article 30.1° du décret du 4 janvier 1955, selon lequel « *Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés* ».

La Commission propose de reprendre cette règle, autrement rédigée, dans un **article 710-3** selon lequel :

« Lorsque deux titulaires de droits réels concurrents portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, est préféré celui qui a le premier accompli la formalité de publicité, encore que son titre soit postérieur en date ».

Au-delà de la simplification de la rédaction de la règle elle-même, on a choisi également de remplacer l'expression de « *même auteur* », habituellement utilisée en droit de la publicité foncière, par celle de « *même personne* », jugée plus accessible.

³¹⁸ Cf. *supra*.

³¹⁹ Cf. *infra*.

Toujours afin d'améliorer la lisibilité du régime, la Commission a voulu remédier à deux défauts rédactionnels des décrets de 1955 : la multiplication de textes relatifs à une même règle et la logique énumérative. Par exemple, pour connaître les actes soumis à publicité, il faut aujourd'hui se référer aux articles 2377 et suivants du Code civil, et 28, 30, 36 et 37 du décret du 4 janvier 1955. Ces textes, dont on a parfois pu s'interroger sur le caractère limitatif ou non³²⁰, comprennent pour certains plus de quinze alinéas.

La Commission propose donc de rassembler et de simplifier les dispositions relatives au domaine de la formalité de publicité. Pour ce faire, elle a fait le choix de recourir à des formules plus synthétiques permettant d'inclure nombres d'actes aujourd'hui énumérés individuellement. Au-delà du gain en lisibilité, cette rédaction volontairement générale permettra aux textes de s'adapter plus facilement aux évolutions substantielles des droits réels, sans avoir à être modifiés. Ainsi, la Commission propose de consacrer, au sein du Chapitre I relatif aux actes soumis à la formalité de publicité foncière, les articles suivants :

« **Article 710-2.-** *Sont soumis aux formalités de publicité foncière les actes et les décisions juridictionnelles, assortis ou non d'une condition, emportant création, mutation, modification, déclaration, confirmation, saisie ou extinction de droits réels immobiliers* ».

« **Article 710-4.-** *Sont également soumis aux formalités de publicité foncière, à peine d'inopposabilité, les actes qui :*

1° organisent l'usage et la gestion collective de l'immeuble, tels que les conventions d'indivision, les cahiers des charges et les règlements de copropriété ou de lotissement, les cahiers des charges relatifs à des zones d'aménagement ou à des opérations d'expropriation, les obligations réelles environnementales, les statuts des associations foncières, les conventions d'usage d'une servitude ou de tout autre droit réel ;

2° instituent ou constatent des restrictions au droit de disposer, tels que les clauses d'inaliénabilité, les déclarations et conventions d'insaisissabilité, les pactes de préférence, les promesses unilatérales, les commandements de payer valant saisie ;

3° prévoient des causes de résolution ou de révocation d'actes relatifs à des droits réels immobiliers ».

B.- Sur le fond : renforcer l'efficacité

La Commission n'a pas souhaité bouleverser les fondements du droit français de la publicité foncière. Elle propose néanmoins des évolutions substantielles, élaborées dans une même perspective : renforcer l'efficacité du système.

Elle propose tout d'abord de redonner à la publicité foncière sa cohérence en rétablissant une hiérarchie entre ses différentes fonctions (1°). Parce que la publicité foncière a pour fonction cardinale de rendre les actes portant sur des droits réels immobiliers

³²⁰ Cf. *supra*.

opposables, dans le but de prévenir ou de trancher les conflits de droits réels, plusieurs évolutions sont proposées afin d'accroître la sécurité juridique apportée par le régime actuel (2°). Enfin, l'organisation du système datant, pour la plus grande part, de 1955 mérite d'être modernisée (3°).

1°- Hierarchiser les fonctions

Il convient de s'interroger sur la part des différentes fonctions assurées aujourd'hui par la publicité foncière. Aux côtés des fonctions d'opposabilité des actes et de fiscalité, celle de simple information s'est fortement développée. Entre 1855 et 1955, sous cette impulsion, la liste des actes soumis à publicité n'a cessé de s'allonger³²¹. Au déficit de protection de l'époque du Code civil, a succédé un excès, déjà dénoncé par des auteurs tels que Savatier et Flour qui regrettaient qu'à cause de « *la démesure [d'un] instinct de collectionneur* »³²², *la liste des actes à publier ait "pris un caractère fort hétéroclite"* »³²³.

Cette orientation prise par le droit de la publicité foncière est l'objet de vives critiques car elle en modifie l'esprit. La publicité foncière a en effet pour but principal d'assurer l'opposabilité des actes, afin notamment de prévenir ou de résoudre des conflits de droits concurrents. Lorsque les droits ne risquent pas d'entrer en conflit, ou que la sécurité juridique n'impose pas qu'un acte soit rendu opposable par le biais d'une formalité, on peut s'interroger sur la pertinence de leur publication³²⁴. En organisant une publicité purement informative, c'est-à-dire dans des hypothèses où son omission ne sera pas sanctionnée par l'inopposabilité, les interventions législatives et réglementaires successives ont dilué cette fonction première. Quand bien même certaines informations relatives à l'immeuble mériteraient d'être connues, elles n'ont pas, pour autant, à figurer sur les registres de la publicité foncière. « *Pour qu'il y ait intérêt à s'adresser à la Conservation, il faut que les renseignements par elle fournis ajoutent quelque chose à ceux que l'on pourrait puiser à une autre source* »³²⁵.

Selon la Commission, le fichier immobilier n'a pas à être le réceptacle de toute l'historiographie de l'immeuble, et les informations non génératrices de conflits ou sans incidence sur la sécurité du commerce immobilier doivent être rendues accessibles par

³²¹ Cf. *supra*.

³²² R. SAVATIER, « Usage et avenir de la publicité foncière... », préc., p. 223.

³²³ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 792.

³²⁴ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 717 : « *La plupart de ces extensions portent sur des actes dont le défaut de publicité [...] ne peut être sanctionné par leur inopposabilité aux tiers. Or, là où cette sanction n'est pas encourue, la publicité n'offre pas, au fond, un intérêt majeur.* » (Nous soulignons) ; R. SAVATIER, art. préc., p. 222 : « *Pourtant, du moment que la seule sécurité véritable des registres réside dans l'inopposabilité des actes tardivement publiés, aux tiers plus diligents, on ne devrait soumettre à la publicité foncière que les actes dont l'opposabilité dépend de la publicité. Pour tout le reste, et au regard de son but, une publicité est un luxe à peu près vain.* [...] *L'idée que les conservateurs des hypothèques doivent collectionner tous les actes ou tous les faits concernant les immeubles de leur ressort oublie donc les seuls intérêts que notre publicité a pour but de servir.* » (Nous soulignons).

³²⁵ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 915.

d'autres techniques, et dans d'autres fichiers. Parmi ces autres sources, l'on compte notamment le registre national d'immatriculation des copropriétés³²⁶ – mis en place par la loi ALUR³²⁷ et tenu par l'ANAH –, l'Observatoire des diagnostics de performance énergétique³²⁸, ou encore le fichier VIDOC permettant d'avoir un accès simplifié aux données cadastrales concernant l'affectation des immeubles³²⁹ dans la capitale.

Afin que la publicité foncière ne devienne pas un registre, au demeurant toujours incomplet, d'état civil des immeubles, la Commission estime nécessaire de **recentrer le système autour de sa fonction principale d'instrument de la sécurité juridique**, notamment grâce à son rôle de prévention et de résolution des conflits, sans pour autant annihiler les fonctions fiscales et informatives.

Elle a ainsi revu la liste des actes à publier dans une perspective de rétablissement de cette cohérence. En ayant pour boussole la **finalité d'opposabilité**, la Commission a opéré un tri entre les actes susceptibles de créer un conflit de droits réels ou dont la connaissance par les tiers a paru nécessaire à la sécurité juridique du commerce immobilier – ce qui justifie leur publication - et les autres.

A ainsi été abandonnée l'exigence de publication de droits personnels qui, pour les besoins de la publicité foncière, étaient assimilés à des droits réels. Ne devraient donc plus figurer aux registres les baux de plus de douze ans³³⁰, les quittances ou cessions de trois années de loyers³³¹, ou encore les contrats de promotion immobilière³³². Ont également été écartées certaines formalités de publicité qui n'étaient requises que dans un but de police civile. Il s'agit notamment des actes constatant une circonstance de nature à affecter un droit réel immobilier et qui étaient publiés dans le seul but de renseigner les tiers ou l'administration. Cette exigence ne faisait que dénaturer les registres, car le défaut de publication ne risquait pas de porter atteinte à la sécurité juridique. Ce changement de cap affecte notamment les limitations administratives au droit de propriété³³³, ou encore les

³²⁶ <https://www.registre-coproprietes.gouv.fr>.

³²⁷ Art. L. 711-1, CCH : « Afin de faciliter la connaissance des citoyens et des pouvoirs publics sur l'état des copropriétés et la mise en œuvre des actions destinées à prévenir la survenance des dysfonctionnements, il est institué un registre auquel sont immatriculés les syndicats de copropriétaires définis à l'article 14 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, qui administrent des immeubles à destination partielle ou totale d'habitation ».

³²⁸ Art. R. 134-5-5, CCH : « La collecte des diagnostics de performance énergétique prévus à l'article L. 134-1 est assurée par une application informatique permettant l'accès à une base de données, au sens du second alinéa de l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle, mise en place par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie. Un arrêté du ministre chargé du logement fixe, en fonction des catégories d'utilisateurs, les restrictions d'accès nécessaires à la protection de la confidentialité des données.

Cette application permet à un utilisateur de vérifier la régularité de la réalisation et la validité dans le temps d'un diagnostic de performance énergétique, à l'exclusion de tout accès aux données individuelles ».

³²⁹ Régie par l'article L. 631-7, CCH.

³³⁰ Art. 28, 1° b), D. 4 janvier 1955.

³³¹ Art. 28, 1° b), D. 4 janvier 1955.

³³² Art. L. 221-6, CCH : « Le contrat de promotion immobilière est réputé emporter restriction au droit de disposer au sens et pour l'application de l'article 28-2° du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière ». V. L. AYNES, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 644, p. 371.

³³³ Art. 36, 2°, D. 4 janvier 1955.

classements en monument historique³³⁴, qui ne seraient plus publiés sur les registres de la publicité foncière, mais via la publicité de la réglementation.

La Commission a réuni la liste des actes qu'elle propose de soumettre à formalité de publicité dans deux **nouveaux articles 710-2 et 710-4 du Code civil**. Chacun de ces articles correspond à une catégorie d'actes dont la publicité, bien qu'elle soit dans les deux cas requise à peine d'inopposabilité, répond à des objectifs différents.

Le premier représente le cœur de la publicité foncière. Il vise les actes de nature à **anéantir ou restreindre un droit réel concurrent et susceptibles, à ce titre, de faire naître un conflit**. Ce sont eux, actes ou décisions emportant création, modification ou extinction de droits réels, que la publicité foncière entend viser au premier chef lorsqu'elle soumet l'opposabilité à l'accomplissement d'une formalité. Cet article 710-2 est suivi d'une autre disposition dans laquelle est précisée la règle de résolution de ces conflits, reprise à droit constant : **la préférence au premier publiant**.

« Article 710-2. Sont soumis aux formalités de publicité foncière les actes et les décisions juridictionnelles, assortis ou non d'une condition, emportant création, mutation, modification, déclaration, confirmation, saisie ou extinction de droits réels immobiliers ».

« Article 710-3. Lorsque deux titulaires de droits réels concurrents portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, est préféré celui qui a le premier accompli la formalité de publicité, encore que son titre soit postérieur en date ».

Le second article, **710-4**, impose la publication d'actes qui ne risquent pas de créer un conflit entre droits concurrents. De ce fait, ils n'entrent pas dans le domaine d'élection de la publicité foncière. Pour autant, la Commission a estimé qu'ils méritaient d'être soumis à publicité à peine d'inopposabilité. Il s'agit d'actes ou de décisions qui, dans l'ensemble, **modifient l'exercice ou le contenu d'un droit réel ou risquent de le faire**. Leur opposabilité grâce à l'accomplissement de la formalité n'aura pas pour but de régler un quelconque conflit. Elle permettra seulement de s'assurer que les tiers non seulement pourront avoir connaissance de l'acte, ce qui permet de renforcer la sécurité juridique des transactions immobilières, mais seront également tenus de le respecter. L'article prévoit donc la publication d'actes qui organisent des restrictions à l'usage (1°) ou à la disposition (2°) d'un droit réel immobilier, ou qui font peser une menace (3°) sur un droit réel précédemment publié.

Au sein de la catégorie des actes instituant une restriction au droit de disposer, la Commission propose d'intégrer les avant-contrats³³⁵. La publication des pactes de préférence

³³⁴ Art. 35, 7°, D. 4 janvier 1955.

³³⁵ Même s'il ne s'agit pas exactement du même type de « restriction au droit de disposer », cf. *infra*.

et promesses unilatérales, jusqu'ici possible uniquement à titre informatif, serait désormais effectuée à titre d'opposabilité³³⁶.

La Commission propose donc d'adopter un **article 710-4 du Code civil** ainsi rédigé :

« Sont également soumis aux formalités de publicité foncière, à peine d'inopposabilité, les actes qui :

- 1° organisent l'usage et la gestion collective de l'immeuble, tels que les conventions d'indivision, les cahiers des charges et les règlements de copropriété ou de lotissement, les cahiers des charges relatifs à des zones d'aménagement ou à des opérations d'expropriation, les obligations réelles environnementales, les statuts des associations foncières, les conventions d'usage d'une servitude ou de tout autre droit réel ;*
- 2° instituent ou constatent des restrictions au droit de disposer, tels que les clauses d'inaliénabilité, les déclarations et conventions d'insaisissabilité, les pactes de préférence, les promesses unilatérales, les commandements de payer valant saisie ;*
- 3° prévoient des causes de résolution ou de révocation d'actes relatifs à des droits réels immobiliers ».*

Il s'agit essentiellement de *redonner à la finalité d'opposabilité la place centrale qui doit être la sienne dans le droit de la publicité foncière*. Le fait de rendre public un acte sur un registre constitue une formalité qui ne peut se comprendre que si elle apporte quelque chose de supplémentaire à la simple conclusion de l'acte ; c'est ce que faisaient perdre de vue les publicités seulement informatives. La publicité foncière n'a pas pour fonction de présenter les informations relatives à l'immeuble. La publicité est totalement asservie à l'objectif de sécurité juridique.

2°- Accroître la sécurité juridique

La Commission a évalué les réponses apportées par notre régime de publicité foncière, à l'aune de la finalité première de cette institution, à savoir un instrument offert aux parties leur permettant de rendre leurs actes opposables, par conséquent pleinement efficaces, et aux tiers, les mettant en mesure de se déterminer sur l'opportunité d'acquérir un droit portant sur un immeuble donné.

C'est au vu de cette considération qu'a été examinée la modification de certaines règles afin d'accroître la sécurité juridique dont la publicité foncière est un vecteur essentiel. Cinq questions, parmi les plus discutées, voire disputées, avant comme après les décrets de 1955, ont retenu l'attention de la Commission. Ont ainsi été successivement envisagés la valeur des mentions sur le fichier immobilier (a), la portée de la condition de publicité du titre antérieur (b), le traitement des avant-contrats immobiliers (c), la publication des demandes en justice (d), et enfin, le rôle de la bonne foi (e).

³³⁶ Cf. *infra*.

a.- La valeur des mentions sur le fichier immobilier

La Commission s'est interrogée sur *la fonction du fichier immobilier et sur la valeur des mentions qui y figurent*, tant dans l'accomplissement de la formalité, que dans le règlement d'un conflit.

On rappellera pour mémoire³³⁷ que, dans le système mis en place en 1955, la formalité de publicité est accomplie par l'enlissement de l'acte dans le registre adéquat, par l'agent en charge de la publicité foncière. Le fichier immobilier n'est ensuite annoté que dans le but de fournir un outil de recherche performant³³⁸. Quant au règlement des conflits entre titulaires de droits concurrents, il s'opère par référence à l'ordre chronologique des mentions au registre des dépôts³³⁹, que le fichier doit en principe suivre.

Ainsi, et contrairement à ce que son importance pratique pourrait laisser croire, le fichier immobilier n'a qu'une valeur informative : les annotations qui y sont portées ont pour seule fonction de répondre aux demandes de renseignements hypothécaires et de faciliter la consultation des titres. Le fichier est donc dépourvu de toute fonction ou valeur juridique. En cas de divergence entre le fichier et les différents registres, ce sont les registres qui font foi, alors même que ce sont les mentions du fichier qui sont communiquées en cas de réquisition d'information³⁴⁰. À cet égard, on relèvera que le législateur et une partie de la doctrine spécialisée a pu entretenir la confusion par l'usage récurrent de l'expression de « *publication au fichier immobilier* »³⁴¹, qui n'est qu'un raccourci. Comme l'a observé un auteur, cette expression ne renvoie en réalité qu'à « *l'annotation* » du fichier, mais non à la formalité de publicité proprement dite³⁴².

³³⁷ Cf. *supra*.

³³⁸ V. L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, 11^e éd., n° 637 : « Le fichier immobilier n'est qu'un auxiliaire de la publicité foncière : par recoupements et rapprochements, il assure la cohérence des renseignements hypothécaires et un accès facile à ceux-ci ».

³³⁹ V. M. DAGOT, « Le temps et la publicité foncière », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, Paris, 1981, p. 221 : « la plupart des textes parlent de la mention au fichier immobilier. Mais en réalité, il ne s'agit pas de cette mention dont la date exacte n'est pas connue si ce n'est du conservateur des hypothèques [service de la publicité foncière]. Il s'agit en réalité de la date du dépôt des pièces à la conservation des hypothèques. Ce dépôt fait l'objet d'une mention sur un registre spécial, le registre des dépôts ».

³⁴⁰ V. J. FLOUR, *op cit.*, p. 767 : « Supposons qu'une vente ait été régulièrement déposée et que l'on ait omis d'annoter les fiches. Si l'on consulte celles-ci, on croira que le vendeur est encore propriétaire. Or, la vente n'en sera pas moins considérée comme régulièrement publiée. L'acheteur pourra opposer son droit aux tiers : y compris à un acquéreur éventuel qui, en l'absence d'annotation, n'en aura pas eu connaissance. Dès lors, quelle est la sanction du défaut d'annotation ou d'une annotation erronée ? C'est uniquement la responsabilité [de l'État] envers les tiers auxquels, sur le vu du fichier, il donnerait plus tard des renseignements inexacts : dans l'exemple, envers le second acquéreur qui aura ignoré la première vente. Mais les droits du déposant n'en sont pas modifiés : au cas de désaccord entre le fichier et le registre des dépôts, c'est celui-ci qui fait foi ». (L'auteur souligne).

³⁴¹ À titre d'exemple, on lit à l'article 34, 1^o, alinéa 2 du décret du 4 janvier 1955, dans sa version issue de la loi n° 98-261 du 6 avril 1998, que les ventes « doivent comporter une partie normalisée, seule publiée au fichier immobilier, qui contient uniquement les éléments indispensables à la publicité des droits réels [...] ».

³⁴² V. H. SUSSET, « Les relations conservations des hypothèques – Offices notariaux », *Le livre et la Plume « Publicité foncière et Notariat : quel avenir ? »*, *op. cit.*, p. 162, n° 312.

La Commission s'est cependant interrogée sur la possibilité de conférer au fichier immobilier, et aux mentions qui y sont portées, une véritable valeur juridique. Le fichier pourrait-il devenir le siège de la formalité de publicité ?

Il existe un enjeu pratique sous-jacent : le cas des clauses soumises en elles-mêmes à publicité obligatoire, mais contenues dans un acte également soumis à la formalité de publicité.

Il est fréquent que l'*instrumentum* d'un acte devant être publié - vente ou donation par exemple - contienne des clauses également soumises à publicité - servitude, clause d'inaliénabilité³⁴³... Dans le système actuel, une publication distincte de ces dispositions contractuelles ne semble exigée que si elles ont fait l'objet d'un *instrumentum* distinct de celui de l'acte principal. Par exemple, l'article 28, 2° du décret du 4 janvier 1955 prévoit que doivent être obligatoirement publiés « *Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater les clauses d'inaliénabilité temporaires et toutes autres restrictions au droit de disposer ainsi que les clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1° [actes translatifs ou constitutifs de droits réels] [de l'article 28]* ». Cette disposition peut surprendre, car pour la majorité des clauses visées par ce texte, la conclusion d'un acte séparé apparaît comme un cas d'école³⁴⁴. Généralement, à l'instar des clauses d'inaliénabilité ou des clauses résolutoires, elles figureront dans l'acte principal (vente ou donation) auquel elles sont intimement liées. Mais par une interprétation *a contrario* de cet article, il est permis de déduire que, lorsqu'une de ces clauses n'est *pas distincte* et figure dans un acte lui-même soumis à publication, la seule publication – au sens enlissement par les services compétents - de cet acte suffit à rendre opposables les clauses ou droits qui y sont contenus. Dans ce cas, il est indifférent que seule la mention « *vente* » figure sur le fichier immobilier ; l'absence de mention, au fichier, d'une clause ou convention contenue dans l'acte est sans incidence sur son opposabilité dès lors que l'acte a été déposé³⁴⁵.

Par voie de conséquence, pour avoir une vue complète de la situation de l'immeuble, il est indispensable d'obtenir une copie de l'acte publié. Ne pas le faire pourrait exposer à de graves déconvenues, comme cela est apparu dans une affaire récemment jugée par la Cour de cassation.

³⁴³ Par exemple une servitude, ou les clauses énumérées à l'article 28, 2° du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 : clauses d'inaliénabilité temporaire, restrictions au droit de disposer, ou encore les clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu de l'article 28, 2°.

³⁴⁴ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 820 : « **Une publicité particulière** est alors utile, puisqu'il n'existe pas, par hypothèse, d'acte translatif ou constitutif qui soit lui-même déposé à la Conservation des hypothèques. [...] Mais, dans ces conditions, la situation de fait ainsi envisagée se présentera fort rarement. » ; p. 823.

³⁴⁵ V. L. AYNES, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 644, p. 371 : « si la clause est incluse dans un acte de mutation ou de constitution d'un droit réel publié (vente ou donation), elle est opposable, en vertu de cette publicité, aux tiers. » ; J. Flour, *op. cit.*, p. 819 : « Pour faire connaître cette clause aux tiers, aucune difficulté ne se présente. **Figure-t-elle dans une convention ?** Celle-ci est publiée ; et comme les tiers peuvent obtenir, par une réquisition d'état, une copie de l'acte, ils seront par là même informés de la restriction qui a été apportée au pouvoir de disposition du nouveau propriétaire. [...] Jusqu'ici, il n'est donc besoin d'aucune publicité particulière de la clause considérée : elle est publiée avec l'acte qui la contient. » (L'auteur souligne).

Il est nécessaire de s'arrêter sur cet arrêt fort critiqué du 15 octobre 2015³⁴⁶. Dans cette affaire³⁴⁷, une clause résolutoire était contenue dans un acte de vente qui avait été publié. Toutefois, cette clause résolutoire ne figurait pas dans la partie normalisée de l'acte³⁴⁸, de telle sorte qu'elle n'avait pas fait l'objet d'une mention expresse au fichier immobilier. Quoiqu'il en soit, dans le système de 1955, la circonstance que l'acte de vente contenant cette clause ait été inscrit au registre des dépôts puis enliassé devait suffire à rendre la clause opposable aux tiers qui avaient publié postérieurement leurs actes³⁴⁹. Le non-respect des règles de présentation, et par voie de conséquence l'absence de « *mention* » expresse de la clause au fichier, devait être sans emport sur son opposabilité. La seule conséquence du défaut de mention était que l'information relative à l'existence de cette clause n'avait pas pu être délivrée lors de la demande de renseignement hypothécaire effectuée par les sous-acquéreurs et leurs créanciers.

Tel n'a pas été l'avis de la Cour de cassation. Les juges ont considéré que la Cour d'appel avait correctement jugé que la clause résolutoire contenue dans un acte de vente n'était pas opposable au sous-acquéreur, dès lors qu'elle « *n'avait pas fait l'objet d'une mention expresse dans la publication de l'acte* ». Cette solution s'affranchissait des principes élémentaires de fonctionnement de la publicité foncière. Elle présente toutefois le mérite d'illustrer les avantages qui pourraient être tirés d'un système dans lequel la « *formalité de publicité* » résiderait dans la « *mention* » d'un acte ou d'une clause au fichier immobilier. En

³⁴⁶ Cass. civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-20.400, Publié au *Bulletin*, D. 2015. 2609, note A. POSEZ.

³⁴⁷ En l'espèce, une société, propriétaire d'une maison de retraite, avait, par deux actes notariés du 30 décembre 2008, divisé sa propriété en vingt-cinq lots de copropriété, puis cédé ces derniers à une autre société. L'acte de vente contenait une clause résolutoire de plein droit. Par actes notariés du même jour reçus en la même étude, « *l'acquéreur* » avait revendu seize de ses lots à quatre « *sous-acquéreurs* », conservant pour sa part les neuf lots restants. Les cinq actes translatifs avaient été enregistrés le 12 février 2009 à la conservation des hypothèques. La clause résolutoire, déjà publiée avec l'acte de vente le 12 février 2009, n'a fait l'objet d'aucune autre publication. En l'absence de règlement du solde du prix de vente au terme convenu, le vendeur a fait assigner l'acquéreur afin de voir constater le jeu de la clause résolutoire et obtenir l'allocation de dommages-intérêts. Par arrêt du 20 janvier 2014, la cour d'appel de Bordeaux avait constaté la résolution de la vente, mais à l'égard seulement des neuf lots de copropriété conservés par l'acquéreur, tombé depuis en liquidation judiciaire. Elle a en outre déclaré les privilèges inscrits par les banques finançant les « *sous-acquéreurs* » opposables au vendeur, en dépit de la clause résolutoire figurant à l'acte de vente « *publié* ». Les demandeurs au pourvoi faisaient valoir que, dès lors que la clause résolutoire expresse avait été publiée avec l'acte de vente qui la contenait, elle n'avait pas besoin de faire l'objet d'une publication distincte pour être opposable aux sous-acquéreurs (premier moyen) et aux banques ayant inscrit leurs privilèges après la publication des actes de vente (troisième moyen).

³⁴⁸ On rappellera ici que la loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière a rendu obligatoire, à compter du 1^{er} juillet 1998, une présentation normalisée du document hypothécaire en matière de vente (*D. 4 janvier 1955, art. 34 et 34-1*). Seuls les éléments figurant dans la partie normalisée pouvaient être « *mentionnés* » au fichier immobilier, ce que l'article 34 exprimait avec une certaine maladresse : les ventes « *doivent comporter une partie normalisée, seule publiée au fichier immobilier (sic), qui contient uniquement les éléments indispensables à la publicité des droits réels et à l'assiette de la contribution prévue à l'article 879 du code général des impôts [...]* ». S'agissant de l'article 34-1, il énumère, par rubriques, les énonciations devant figurer dans la partie normalisée. À ce titre, les clauses résolutoires, qui sanctionnent l'inexécution par l'acquéreur de ses obligations, devraient être mentionnées dans la rubrique « *Charges et conditions* » (en ce sens, Instr. du 14 août 1998, JCP N 1998, p. 1373 et s).

³⁴⁹ Dans cette affaire, aux sous-acquéreurs et à leurs créanciers qui avaient inscrits leurs privilèges postérieurement.

effet, à la suite de cet arrêt, il est apparu impératif que les clauses soumises à publication figurent dans la partie normalisée de l'acte de vente, afin d'être également mentionnées et rendues opposables. L'on aboutissait ainsi à ce résultat paradoxal qu'il pouvait paraître inutile de procéder à la « *publication* » intégrale de l'acte, puisque seule la partie normalisée était de nature à être opposée aux tiers.

Quoi qu'il en soit, cet arrêt *contra legem*³⁵⁰ hautement critiquable a conduit la Commission à se pencher sur l'opportunité d'une mutation générale de la nature du fichier immobilier et de la valeur attribuée aux mentions qui y sont portées. Restait donc à savoir si cette solution ponctuelle méritait d'être généralisée.

En premier lieu, la perspective envisagée ici rapprocherait notre institution de celle des pays du Livre foncier. En effet, la publication serait constituée non plus par le dépôt de l'enlissement de l'acte, mais par l'annotation du fichier, à l'instar de ce qui advient dans le système de Livre foncier. Bien plus qu'un outil de recherche, le fichier immobilier deviendrait alors la clé de voûte de la publicité foncière. En dépit de ce rapprochement, notre système n'en conserverait pas moins sa spécificité ; pour qu'un alignement total s'opère, encore eût-il fallu reconnaître à la publicité un effet « *constitutif* ». Or, la Commission n'a pas souhaité, pour des raisons déjà exposées, franchir ce pas³⁵¹.

En second lieu, au titre des avantages, une telle évolution constituerait une mesure simplificatrice pour les usagers du service. Comme l'illustre cette affaire et comme le relevait déjà Jacques Flour au début des années 1960³⁵², le problème vient de ce que les informations délivrées à la suite d'une demande de renseignement, *i.e.* les annotations figurant au fichier, ne permettent pas de se faire une idée complète des droits susceptibles d'être opposés ou de nuire au requérant. À cette fin, il est indispensable d'analyser l'acte « *publié* » dans son intégralité. Si l'on venait à considérer que la « *mention* » au fichier vaut accomplissement de la formalité de publicité et que seuls les « *actes* » qui y sont mentionnés sont opposables, le gain en temps et en sécurité apparaît non négligeable. Par surcroît, cela ne ferait qu'adapter l'état du droit à la perception commune, quoiqu'inexacte, de la valeur des mentions du fichier : l'expression « *publié au fichier immobilier* » ne serait plus un simple raccourci pratique. Tous les éléments nécessaires pour prévenir ou régler des conflits entre titulaires de droit concurrents seraient ainsi concentrés dans le fichier immobilier.

Toutefois, la Commission a été sensible aux risques engendrés, en l'état actuel des choses, par une telle mutation. Reconnaître une valeur juridique au fichier immobilier impliquerait que le travail d'annotation soit précédé d'une analyse intellectuelle d'interprétation et de qualification des clauses contenues dans l'acte, opération qui pourrait s'avérer périlleuse. Le risque de voir inscrites sur le fichier des « *mentions* » dénaturantes ou

³⁵⁰ Comp. A. POSEZ, D. 2015, p. 2609, qui évoque une « *mutation praeter legem* ».

³⁵¹ Cf. *supra*.

³⁵² J. FLOUR, *op. cit.*, p. 733.

mal qualifiées ou inversement de ne pas avoir mentionné, pour quelque raison que ce soit, telle clause pourtant inopposable a paru incompatible avec l'objectif de sécurité juridique. Après examen, la Commission a décidé de **ne pas transformer le rôle et la valeur juridique du fichier immobilier**. Dans les textes proposés, le fichier immobilier conserve donc sa valeur de **pur instrument d'information** pour les tiers. Si la formalité n'est pas rejetée et que l'acte est enregistré, la publicité continuera d'être réputée effectuée au jour du dépôt auprès des services, comme c'est le cas aujourd'hui, et non pas au jour de l'annotation du fichier immobilier. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le **nouvel article 710-13** que la Commission propose d'insérer au sein de la section 3 relative à l'effectivité des formalités de publicité, et qui préciserait que :

« La publicité prend effet au jour du dépôt de l'acte ou de la décision juridictionnelle ».

La Commission est en outre favorable à la modification, dans les textes du décret d'application, de toutes les formules susceptibles d'emporter une confusion regrettable sur ce point. En particulier, la formule « *publié(e) au fichier immobilier* » devrait être évitée.

b.- La portée de la condition de publicité du titre antérieur

Quoiqu'elle ait souhaité écarter l'expression « *d'effet relatif* » employée par le décret du 14 octobre 1955, pour être peu explicite³⁵³, la Commission a cependant tenu à conserver la règle de fond, maillon important de la sécurité juridique. Rappelons que par cette condition, il s'agit d'imposer, pour la publication d'un acte, que le titre du titulaire immédiatement précédent ait été publié préalablement ou le soit simultanément³⁵⁴. Cette condition de publicité du titre antérieur est issue du décret de 1955³⁵⁵ et a pour fonction d'établir un chaînage rigoureux et ininterrompu des constitutions et transmissions de droits réels afin de renforcer la fiabilité des registres de publicité foncière.

Nous le savons, une pratique des conservateurs avait un temps mis à mal l'efficacité de cette règle, en aboutissant à la création de doubles chaînes de propriété³⁵⁶. En effet, la publication d'un acte était acceptée dès lors que l'auteur avait rendu public son propre titre, peu important qu'il n'apparaisse pas sur les registres comme le dernier titulaire en date. En 1996, la Cour de cassation avait mis fin à cette pratique dans un arrêt « *Hedreul* »³⁵⁷, en décidant que l'agent chargé de la publicité foncière ne devait pas se contenter de vérifier que le titre du disposant avait bien été publié, mais qu'il devait également **vérifier la concordance de ce titre avec les informations des registres**, c'est-à-dire s'assurer que le titre

³⁵³ Cf. *supra*.

³⁵⁴ Cf. *supra*.

³⁵⁵ Art. 3, D. 4 janvier 1955 : « *Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret.*

Il est fait exception à cette règle si le droit a été acquis sans titre, notamment par prescription ou accession, ou si le titre du disposant ou dernier titulaire est antérieur au 1^{er} janvier 1956 ».

³⁵⁶ Cf. *supra*.

³⁵⁷ Civ. 3^e, 12 juin 1996, n° 94-18004, préc.

de l'auteur n'avait pas cessé de produire effet. Parce que cette solution jurisprudentielle permet de restaurer l'effet de sécurité juridique initialement recherché par cette règle, la Commission a décidé de **la consacrer** dans la loi. Elle a également souhaité éviter la référence, actuellement faite par les textes, à la qualité de « *disposant* », afin d'inclure dans le périmètre de la règle les hypothèses dans lesquelles la mutation ou la constitution du droit s'est faite sans le concours de l'auteur – ainsi en va-t-il notamment en cas de commandement de saisie ou d'hypothèque judiciaire.

La Commission propose donc de consacrer, au sein du chapitre II relatif à l'exécution des formalités de publicité foncière, une section 2 concernant « *La condition relative à la publicité du titre antérieur* ». Cette section débiterait par un **nouvel article 710-10** :

*« Aucune formalité de publicité foncière ne peut avoir lieu si le titre de celui dont le droit est transféré, modifié, déclaré, confirmé, saisi, grevé ou éteint, même sans son consentement, n'a pas été préalablement publié.
Ce titre ne doit pas avoir cessé de produire ses effets en vertu d'une publication postérieure ».*

Outre l'énoncé du principe, il convient de préciser la mise en application de cette règle dans certains cas particuliers.

En premier lieu, sont concernées les hypothèses dans lesquelles le droit de l'auteur n'a pas fait l'objet de la rédaction d'un acte. Il importe alors **d'exiger un acte ou une attestation** afin que la condition de publicité du titre antérieur puisse être respectée. Pourront ainsi être publiés les actes authentiques constatant un changement de propriétaire du fait de la loi ou encore les attestations notariées constatant la constitution ou la transmission d'un droit réel par décès - en précisant les éventuelles causes de révocation ou les éventuelles restrictions au droit de disposer. De manière plus novatrice, la Commission propose également de consacrer la publication d'un acte de notoriété en cas d'usucapion. En 1955, il était fait exception à la règle de publication du titre antérieur lorsque celui-ci résultait d'une acquisition par prescription³⁵⁸. Cette dérogation introduisait une fracture dans le chaînage des transmissions de droits et risquait de porter atteinte à la sécurité juridique. Ce risque était accru en raison de pratiques divergentes selon les services : certains faisaient prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre et imposaient la publication d'un acte de notoriété constatant l'usucapion, quand d'autres appliquaient strictement l'exception. La consécration de cette publication permettrait donc de renforcer la portée de la condition de publicité du titre antérieur et d'abolir les divergences de pratiques à cet égard.

³⁵⁸ Art. 3, al. 2, D. 4 janvier 1955 : « *Il est fait exception à cette règle si le droit a été acquis sans titre, notamment par prescription ou accession [...]* ».

En second lieu, la Commission a voulu reprendre la règle selon laquelle doivent être publiés **les actes constatant la réalisation d'une condition suspensive**³⁵⁹, sans quoi un ayant cause d'un acquéreur sous condition suspensive advenue ne serait pas en mesure de publier son propre titre.

La Commission propose de consacrer ces règles dans les termes suivants :

« **Article 710-11.**- *Sont publiés à cette fin :*

- *un acte de notoriété lorsque ce titre résulte du jeu de la prescription acquisitive, à défaut de décision juridictionnelle ;*
- *un acte constatant le transfert lorsque ce titre est conféré par une loi ;*
- *une attestation immobilière dressée par un notaire et reproduisant littéralement, le cas échéant, les stipulations visées à l'article 710-4, 2° et 3°, lorsque ce titre résulte d'une transmission ou d'une constitution par décès ».*

« **Article 710-12.**- *Les actes constatant la réalisation d'une condition suspensive affectant un titre antérieurement publié sont eux-mêmes publiés ».*

c.- Le traitement des avant-contrats immobiliers

La quatrième interrogation quant à la sécurité réellement apportée par la publicité foncière concerne le traitement réservé aux avant-contrats. La Commission a examiné deux séries de questions, qui tiennent, d'une part, au régime de publicité des promesses unilatérales et des pactes de préférence (α), d'autre part, au traitement fiscal des promesses synallagmatiques de vente (β).

α .- Renforcer l'efficacité des promesses unilatérales et des pactes de préférence

Le problème est ancien et tient à l'inadaptation des solutions existantes en matière de publicité des avant-contrats immobiliers. Ce phénomène a été diagnostiqué, très tôt, en ce qui concerne le pacte de préférence et la promesse unilatérale.

En l'état des textes, seules les promesses unilatérales sont expressément visées par l'article 37,1, 1° du décret du 4 janvier 1955, lequel les soumet à une publicité facultative, et « *pour l'information des usagers* ». En revanche, les pactes de préférence, moins contraignants, sont ignorés par le décret. Leur régime a donc dû être forgé par la jurisprudence. Dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que le pacte de préférence constituait une « *restriction au droit de disposer* » au sens de l'article 28, 2° du décret du 4 janvier 1955, de sorte que cet avant-contrat était soumis à une publicité obligatoire, requise à peine d'inopposabilité³⁶⁰. Pourtant, si le pacte constitue bien une restriction au droit de disposer au

³⁵⁹ Actuellement prévue par l'article 28. 4°- b) du décret du 4 janvier 1955.

³⁶⁰ Cass. civ. 3^e, 4 mars 1971, *Bull. civ.* n° 161, *D.* 1971, 358, note FRANCK, *JCP G*, 1972, II,16983, note M. DAGOT, *Deffrénois*, 1971, art. 29914, obs. J.-L. Aubert.

sens du droit civil³⁶¹, cette qualification est plus contestable au sens de la publicité foncière. En effet, le pacte ne crée pas de « *diminution du droit réel du propriétaire susceptible de s'imposer aux acquéreurs successifs du bien, et conférant au bénéficiaire du pacte un droit sur l'immeuble* »³⁶². De plus, la différence de régime entre pactes de préférence et promesses unilatérales, induite par cette solution jurisprudentielle, apparaissait profondément incohérente³⁶³. Pour y remédier, la Cour de cassation a opéré un revirement quant à la nature du pacte de préférence³⁶⁴, avec pour conséquence un alignement du régime de publicité du pacte sur celui des promesses unilatérales. En droit positif, ces deux avant-contrats sont donc soumis à une formalité de publicité facultative, requise à titre d'information.

Le régime de publicité de ces avant-contrats est apparu, aux yeux de la Commission, inadapté à leur importance pratique. L'intérêt de les soumettre à une publicité non assortie de l'opposabilité aux tiers est, en effet, limité, même si cela s'expliquait théoriquement par le fait que ces avant-contrats ne confèrent pas de droit réel à leur bénéficiaire et ne sont donc pas créateurs de conflit entre ayants cause³⁶⁵. Il n'en demeure pas moins que, à défaut d'opposabilité de son acte, le bénéficiaire ne dispose d'aucune protection à l'égard du tiers qui publierait son titre au cours de la période qui précède la levée d'option (pour la promesse unilatérale) ou l'acceptation de l'offre de contrat (pour le pacte de préférence). À l'inverse de certains cas de publicité « *pour l'information des usagers* » dont la suppression pure et simple est proposée³⁶⁶, la Commission a donc souhaité conserver la publicité des avant-contrats et, plus encore, en renforcer la sanction.

Certains praticiens avaient proposé d'introduire, pour tous les avant-contrats, un système de prénotation³⁶⁷. Selon ce système, les contrats préparatoires pourraient être publiés grâce à une formalité valable six mois et renouvelable une fois, à peine de caducité³⁶⁸. Ainsi, « *adjoint à une promesse unilatérale de vente, il permettrait au bénéficiaire de prendre date avant les titulaires de formalités ultérieurement publiées du fait d'un promettant de mauvaise foi* ». Comme le veut par essence la prénotation, cette formalité permettrait, en cas de publication de l'acte définitif, de faire rétroagir les effets de celui-ci à la date de la

³⁶¹ Analyse confortée par la définition introduite à l'article 1123 du Code civil par la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : « *Le pacte de préférence est 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* ».

³⁶² L. AYNES, *Defrénois* 1994, p. 1165, obs. sous Civ. 3^e, 16 mars 1994.

³⁶³ V. L. AYNES, obs. préc. : « *Le rapprochement [entre pacte et promesse] s'impose au regard de la publicité foncière : de la même manière, la promesse unilatérale de vente n'entraîne, par elle-même, aucune limitation au droit réel du promettant sur le bien* ».

³⁶⁴ Cass. civ. 3^e, 13 mars 1979, *Bull. civ.* n° 63 : « *le pacte de préférence [...] ne saurait constituer une restriction au droit de disposer dont la publication serait obligatoire en vertu des dispositions de l'article 28, 2° du décret du 4 janvier 1955* » ; Cass. civ. 3^e, 16 mars 1994, *Bull. civ.* n° 58, *Defrénois*, 1994, art. 35897, n° 128, obs. L. AYNES : « *Le pacte de préférence, qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer soumise à publicité obligatoire* ».

³⁶⁵ L. AYNES et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 11^e éd., n° 645, p. 372.

³⁶⁶ Cf. *supra*, I, A, a), « *Hierarchiser les fonctions* ».

³⁶⁷ V. 99^e Congrès des Notaires, *La vente d'immeuble*, Deauville 2003, n° 4233 et s., p. 873 et s. ; 111^e Congrès des Notaires, *La sécurité juridique – Un défi authentique*, Strasbourg, 2015, n° 4392, p. 923 ; 112^e Congrès des Notaires, *La propriété immobilière*, Nantes 2016, n° 1228, p. 140.

³⁶⁸ V. 99^e Congrès des Notaires, *La vente d'immeuble*, n° 4271, p. 890.

formalité conservatoire³⁶⁹. Or, si la promesse unilatérale et le pacte de préférence créent une restriction au droit de disposer, ils ne font pas naître de droit réel. Il est difficilement acceptable de faire rétroagir l'acquisition éventuelle du droit réel par le bénéficiaire à la date de publicité de l'avant-contrat.

Ce n'est donc pas la solution retenue par la Commission. Il lui est apparu que, pour renforcer la sécurité juridique du commerce immobilier, leur publicité méritait d'être effectuée à peine d'inopposabilité aux tiers, quand bien même le bénéficiaire ne serait pas titulaire d'un droit actuel et réel sur l'immeuble. Il lui a en revanche semblé inutile de conférer à cette formalité un caractère obligatoire. Il a été jugé préférable d'abandonner ce choix à l'appréciation des parties, notamment en considération du terme de l'option (pour les promesses), du coût de la publication et de l'importance de l'investissement envisagé. La Commission n'ayant, par ailleurs, pas souhaité reprendre la distinction actuelle entre publication facultative ou obligatoire, cette différence de régime ne se retrouve qu'au stade de la sanction de l'obligation, faite au professionnel qui reçoit un acte soumis à publicité, d'effectuer la formalité. À ce titre, les avant-contrats constitueront un des rares cas dans lesquels les parties pourront expressément dispenser le professionnel de cette obligation.

Pour l'ensemble de ces raisons, la Commission propose d'assortir la publicité des promesses unilatérales et des pactes de préférence de l'opposabilité aux tiers, tout en laissant les parties libres d'y renoncer. Pour ce faire, elle propose de rattacher le pacte de préférence et la promesse unilatérale à la catégorie des restrictions au droit de disposer. Cette catégorie, au sens du droit de la publicité foncière, ne serait donc plus limitée aux restrictions à caractère réel.

Ainsi, le principe de publicité des avant-contrats serait inséré au nouvel **article 710-4 du Code civil** :

« Sont également soumis aux formalités de publicité foncière, à peine d'inopposabilité, les actes qui : [...] »

2° instituent ou constatent des restrictions au droit de disposer, tels que les clauses d'inaliénabilité, les déclarations et conventions d'insaisissabilité, les pactes de préférence, les promesses unilatérales, les commandements de payer valant saisie ».

Quant à la faculté de renoncer à cette publicité si les parties ne la jugent pas opportune, la Commission prévoit un **nouvel article 710-6** selon lequel :

« Les notaires qui reçoivent un acte soumis aux formalités de publicité foncière ainsi que les autorités administratives dressant de tels actes ont l'obligation d'y faire procéder. Il en va de même des auxiliaires de justice relativement aux actes et décisions soumis à publicité auxquels ils prêtent leur concours. »

³⁶⁹ V. 99^e Congrès des Notaires, *La vente d'immeuble*, n° 4271, p. 890-891.

Sauf en matière d'inscription d'une sûreté réelle immobilière, de publication d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale, les parties ne peuvent les en dispenser ».

β.- Adapter le traitement fiscal des promesses synallagmatiques

La Commission s'est arrêtée sur une dernière question en matière d'avant-contrat : celle de la publication des promesses synallagmatiques de vente.

Sous réserve de la réalisation des conditions éventuellement stipulées, la promesse synallagmatique de vente vaut vente³⁷⁰. Par conséquent, en l'état du droit positif, la réception d'un tel acte en la forme authentique rendrait sa publication obligatoire³⁷¹ en application des articles 28, 1^o, a)³⁷² et 32 du décret du 4 janvier 1955³⁷³. Le fait que le transfert de propriété de l'immeuble soit retardé à la signature de l'acte définitif de vente n'a pas d'incidence sur cette obligation de publication. Mais, en pratique, une telle publication est un cas d'école³⁷⁴ puisque la promesse synallagmatique est presque toujours établie sous seing privé³⁷⁵. La raison principale de ce choix tient au coût financier qu'engendrerait cette opération, tenant notamment à la confection de l'acte lui-même, mais surtout au paiement de la CSI dont il conviendrait de s'acquitter non seulement au titre de la publication de la promesse synallagmatique mais également à celui de la publication ultérieure de l'acte de vente définitif. Le double paiement de cette taxe pour une même mutation a logiquement conduit la pratique à se dispenser de la publication de ces promesses et, pour ce faire, à se détourner de la forme authentique pour leur rédaction. Ce défaut de publication est regrettable car l'inopposabilité de la promesse favorise le risque de conflits entre acquéreurs successifs d'un même immeuble et tenant leur droit d'une même personne³⁷⁶.

³⁷⁰ Art. 1589, C. civ.

³⁷¹ V. *La vente d'immeuble - Sécurité et transparence*, 99^e Congrès des notaires, p. 433 ; S. PIEDELIEVRE, « *La publicité foncière* », éd. LGDJ, n° 16 ; J. LAFOND, N. GONZALEZ-GHARBI et S. LAMIAUX, *Guide de la publicité foncière 2018*, V^o *promesse de vente*, n° 6461.

³⁷² Art. 28, 1^o, D. 4 janvier 1955 : « *Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles :*

1^o *Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs :*

a) *Mutation ou constitution de droits réels immobiliers ».*

³⁷³ En application de l'article 32 de ce décret, les notaires « *sont tenus de faire publier, dans les délais fixés à l'article 33, et indépendamment de la volonté des parties, les actes ou décisions judiciaires visés à l'article 28, 1^o, 2^o et 4^o à 9^o, dressés par eux ou avec leur concours ».*

³⁷⁴ V. *Guide de la publicité foncière*, préc. V^o « *promesse de vente* », préc. n° 6461 ; 99^e Congrès préc. ; 112^e Congrès des notaires, *La propriété immobilière*, p. 130.

³⁷⁵ V. toutefois art. L. 290-1 CCH : « *Toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique ».*

³⁷⁶ Ce qui provoque un contentieux important et une jurisprudence évolutive, *î*, D. 1968, J. p. 12, note J. MAZEAUD ; Civ. 3^e, 10 février 2010, n° 08-21656, JCP N 2010-1146 note S. Lamiaux ; Civ. 3^e, 12 janvier 2011, n° 10-10.667, D. 2011, p. 851, note L. AYNES et Civ. 3^e, 19 juin 2012, *Defrénois* 2012, art. 406007, p. 550 et s., note S. PIEDELIEVRE ; Civ. 1^{re}, 20 décembre 2012, *Construction-Urbanisme*, février 2013, n° 28, note C. SIZAIRE ; Civ. 1^{re}, 11 septembre 2013, *Defrénois* 2013, p. 1210, note Y. DAGORNE-LABBE.

La Commission souhaite remédier à cette situation et encourager la publication des promesses synallagmatiques de vente. Dans cette optique, il est proposé de supprimer la CSI de 0,1 % pour la publication de ces promesses et de lui substituer une contribution fixe de 15 €. La CSI ne serait perçue qu'une seule fois, au moment de la publication de l'acte définitif de vente.

À cette fin la Commission propose d'ajouter un **18° à l'article 881 C du Code général des impôts** qui serait rédigé comme suit :

« Il est perçu une contribution fixe de 15 € pour chaque réquisition de publier, d'inscrire ou de mentionner ne donnant pas ouverture à contribution proportionnelle et notamment : [...] »

18° Pour la publication des promesses synallagmatiques de vente ».

La même règle devrait s'appliquer à la publication des promesses unilatérales de vente et des pactes de préférence.

d.- La publication des demandes en justice

La quatrième question tient à l'inefficacité des solutions adoptées en 1955 concernant le régime de publicité des demandes en justice tendant à obtenir la résolution, la révocation ou l'annulation d'actes soumis à publicité foncière. Ces demandes, parce qu'elles menacent non seulement le défendeur mais aussi ses ayants cause, sont soumises à publication obligatoire³⁷⁷. Loin des sanctions habituelles du défaut de publicité, la sanction en vigueur est procédurale. Il s'agit d'une fin de non-recevoir spécifiquement édictée par l'article 30, 5° du décret du 4 janvier 1955³⁷⁸, et non l'inopposabilité de la demande ou de la décision finale (prononcé d'une annulation, d'une révocation ou d'une annulation).

Ce système paraît *a priori* d'une efficacité redoutable : pas de publication, pas de procès. Pourtant, il suscitait d'emblée une certaine perplexité, car la technique de l'irrecevabilité³⁷⁹ paraît moins naturelle que l'inopposabilité³⁸⁰, en ce qu'elle n'atteint qu'indirectement les rapports avec les tiers. De plus, la simple preuve du dépôt est jugée insuffisante ; pour que la condition soit considérée comme remplie, le demandeur doit produire une copie de la demande revêtue de la mention de publicité, ce qui, au regard des

³⁷⁷ Art. 28, 4°, c) D. 4 janvier 1955 : « Sont obligatoirement publiées au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles [...] les demandes en justice tendant à obtenir [...] la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'une convention ou d'une disposition à cause de mort ».

³⁷⁸ « Les demandes tendant à faire prononcer la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision des droits résultant d'actes soumis à publicité ne sont pas recevables devant les tribunaux que si elles ont été elles-mêmes publiées conformément aux dispositions de l'article 28-4°, c, et s'il est justifié de cette publication par un certificat du service chargé de la publicité foncière ou la production d'une copie de la demande revêtue de la mention publicité ».

³⁷⁹ Cette sanction avait un précédent en droit interne, à l'article 92 du Code hypothécaire de messidor an III, mais son origine directe était étrangère, puisqu'elle paraissait « calquée » sur l'article 3, alinéa 1^{er} de la loi belge du 16 décembre 1851 portant révision du régime hypothécaire (cf. M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », art. préc., p. 220).

³⁸⁰ Pour une critique de cette sanction, v. par exemple J. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1964, JCP 1964, II, 13802 ; M. DAGOT, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1967, JCP 1968, II, 15624 ; A. PIEDELIEVRE, *Droit des biens*, Masson, 1977, n° 219.

retards des services, pénalise fortement les parties. Enfin, deux mouvements jurisprudentiels convergents ont concouru à priver cette technique de toute efficacité, compte-tenu de l'objectif de sécurité juridique poursuivi par la publicité foncière.

D'une part, la Cour de cassation a estimé que cette fin de non-recevoir n'était pas d'ordre public. Au rebours de ce qu'avaient jugé des juridictions du fond, la Cour de cassation avait en effet d'abord accepté que cette fin de non-recevoir puisse être présentée en cause d'appel³⁸¹. Puis, la Haute juridiction a clairement jugé que l'article 30, 5° n'édicte pas une fin de non-recevoir d'ordre public autorisant le juge à relever d'office l'irrecevabilité d'une demande non publiée³⁸². Cette solution était critiquable, car elle reposait sur l'idée que la sanction n'avait été édictée que dans un but de protection d'intérêts particuliers. Or, comme l'avaient observé Michelle Gobert et Jean Foyer, tel n'était pas le cas. D'abord, parce que le défendeur à ces actions qui, seul, pouvait invoquer cette fin de non-recevoir n'y avait en réalité aucun intérêt, à part celui de retarder l'issue du procès en cours³⁸³. Ensuite, parce que la sanction poursuivait bel et bien un but d'intérêt général : la « *sécurité des transactions et donc nécessairement [l']intérêt social ou général* »³⁸⁴. De ce premier point de vue, en l'état du droit positif, la sanction n'atteint pas le but pour lequel elle a été édictée.

D'autre part, et symétriquement, la Cour de cassation a admis que la régularisation de cette fin de non-recevoir - autrement dit la publication de la demande - puisse intervenir jusqu'à la clôture des débats, y compris en cause d'appel³⁸⁵. La Cour de cassation souhaitait par là sortir du cercle vicieux instauré par cette sanction, puisque « *la demande n'est recevable que si elle a été publiée, mais elle ne peut être publiée que si elle a été formée* »³⁸⁶, mais également permettre aux parties de ne pas pâtir du retard des services de la publicité foncière dans la publication des assignations en justice. Pour autant, le résultat auquel cette jurisprudence aboutit est très insatisfaisant pour les tiers, et ne répond pas au besoin de sécurité recherché. Ainsi, lorsque la fin de non-recevoir n'est pas invoquée par le défendeur au litige ou - ce qui est tout de même plus fréquent - en cas de régularisation tardive, les tiers qui auraient acquis des droits du défendeur postérieurement à l'assignation ou à sa publication, les verront remis en cause, en raison du caractère rétroactif de la sanction prononcée et du caractère déclaratif de la décision de justice³⁸⁷. Ce résultat est expressément envisagé par

³⁸¹ Cass. civ. 2^e, 6 juin 1962, *JCP* 1962, II, 13191, note H. MOTULSKY, qui voyait dans cette solution l'annonce de l'absence de caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir. Pour une critique de cette déduction, v. M. GOBERT, art. préc., p. 221 et J.-D. BREDIN, *RTD Civ.* 1963, p. 580.

³⁸² Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 1965, *DS* 1966, 98, note Franck ; comp. la doctrine de la Cour de cassation belge qui, dès 1884, avait décidé que la fin de non-recevoir édictée par l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 décembre 1851 était d'ordre public et s'imposait aux juges du fond (cf. M. Gobert, art. préc., p. 220-221).

³⁸³ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 903 ; M. GOBERT, art. préc. p. 222, citant Jean FOYER : « *le défendeur dans la majorité des cas n'aura d'autre intérêt à opposer à l'irrecevabilité que celui de retarder l'issue du procès* ».

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1967, *JCP* 1968, II, 15.682.

³⁸⁶ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 903.

³⁸⁷ Sur ce point, M. DAGOT, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1967, *JCP* 1968, II, 15624 ; P. ROCHE, « La prénotation, ou inscription provisoire, est-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? – Étude de droit comparé », *RTD Civ.* 1965, p. 22 et s, spéc. p. 24 : « *les jugements qui ont pour objet des droits immobiliers sont déclaratifs* ».

l'article 30, 1, al. 4, du décret du 4 janvier 1955³⁸⁸, fondé sur l'idée que lorsque la cause d'anéantissement du contrat réside dans la loi, nul n'était censé l'ignorer. En d'autres termes, les ayants cause du titulaire du droit anéanti par une cause légale peuvent, en droit positif, subir les conséquences de l'anéantissement de l'acte de leur auteur même en l'absence de publication de l'assignation.

Pour la Commission, ce constat devrait conduire à une évolution de notre législation. Deux solutions s'offraient alors.

Il eût été d'abord possible d'emprunter une voie minimale, consistant à conserver la technique de l'irrecevabilité mais en précisant que celle-ci présentait un caractère d'ordre public, de sorte que le juge aurait eu l'obligation de relever d'office la fin de non-recevoir. Cette solution a été écartée pour trois séries de raisons. D'abord, parce que la fin de non-recevoir conduisait à maintenir une sanction conceptuellement inadaptée au règlement d'une question intéressant, au premier chef, les tiers au procès. Ensuite, parce que conférer à cette fin de non-recevoir un caractère d'ordre public aurait pour effet d'alourdir encore l'office du juge, au rebours du mouvement de déjudiciarisation en cours. Il est donc apparu préférable de régler cette question, par souci de cohérence, par une technique propre au droit de la publicité foncière. Enfin et peut-être surtout, parce que la règle imposée est apparue, aux yeux de la Commission, insuffisamment protectrice des intérêts des tiers ayant acquis des droits sur le bien litigieux après l'assignation. En effet, à bien y réfléchir, ce n'est pas tant en raison de son inefficacité que le système actuel gêne, mais par le résultat auquel il aboutit. Pour le comprendre, il faut partir du postulat inverse de celui adopté classiquement au vu de l'expérience des cinquante dernières années : celui où la demande en justice a bien été publiée, et dans un délai très bref. Certes, ceci sera de nature à informer efficacement les candidats à l'acquisition de l'immeuble litigieux sur l'opportunité ou non d'acquiescer un droit qu'une action en justice pourrait remettre en question. Mais apparaît alors un point aveugle du système, qui est, cette fois, intrinsèque à la technique utilisée et nullement contingent. La vraie difficulté, qui est loin d'être un cas d'école, procède de la situation où l'immeuble a été déjà transmis, avant même le lancement de l'assignation, par le défendeur à la demande, et le cas échéant par les propres ayants cause de ce dernier. Ils subiront de plein fouet l'effet rétroactif de l'anéantissement du contrat, sans avoir pu le prévoir. Cette conséquence est parfaitement conforme aux principes qui structurent le droit français, car, d'une part, il favorise la restitution en nature de l'immeuble au premier vendeur, et d'autre part, il est en cohérence avec l'idée que la publicité foncière n'a pas d'incidence sur le fond des droits acquis, lesquels peuvent parfaitement être remis en question. Toutefois, la Commission a estimé que les anéantissements en cascade, qui frappent des acquéreurs innocents, étaient par trop néfastes à la sécurité du marché immobilier. C'est cette considération qui l'a conduite à explorer une autre piste.

³⁸⁸ Art. 30, 1, al. 4 D. 4 janvier 1955 : « *La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du droit anéanti que si [...] la cause réside dans la loi* », ce qui est le cas ici.

L'autre solution consiste à abandonner la technique de l'irrecevabilité pour recourir à celle de la prénotation, technique d'origine germanique³⁸⁹. Comme l'écrivait Michel Dagot, « on peut [la] définir comme la succession dans le temps de deux publicités relatives au même droit ou au même acte, et dont l'effet se produira à compter de la première publicité, alors que la publicité n'atteindra sa perfection que lors de la deuxième formalité »³⁹⁰. De ces deux formalités, la première correspond à une publication anticipée³⁹¹, à titre préventif et provisoire – en l'occurrence la demande en justice – en attendant que la publicité définitive puisse être réalisée – ici la décision d'annulation ou de résolution. Alors, et c'est l'élément caractéristique du mécanisme, la publicité de la décision d'annulation ou de révocation ne rétroagira qu'à la date de la prénotation de la demande en justice³⁹². D'origine étrangère, la technique de la prénotation s'est toutefois parfaitement acclimatée à notre droit, qui en connaît déjà des applications ponctuelles. C'est le cas notamment de la publication des procès-verbaux de carence ou des demandes en justice en cas de refus de réitération ou de réalisation d'un acte en forme authentique³⁹³, que la Commission entend conserver à droit constant. Plus proche de notre hypothèse encore, on songe aux causes conventionnelles d'anéantissement rétroactif d'un contrat soumis à publicité (clauses résolutoires, par exemple). L'article 30, 1, al. 4 du décret du 4 janvier 1955 dispose en effet que « La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée »³⁹⁴. Il s'agit bien là d'une prénotation : l'anéantissement ne rétroagira, à l'égard des tiers, qu'au jour où les tiers, grâce à la publication de la clause, ont pu connaître l'existence de la menace conventionnelle pesant sur le droit réel publié. L'idée de transposer cette technique aux demandes en justice fondées sur une cause légale d'anéantissement n'est pas une idée nouvelle. Envisagée par la Commission extraparlamentaire du cadastre en 1905³⁹⁵, elle fut reprise par plusieurs auteurs après l'adoption des décrets de 1955³⁹⁶. Le recours à la prénotation conduirait ainsi au mode de règlement suivant : l'absence de prénotation d'une demande en justice empêcherait d'opposer la décision d'annulation ou de résolution aux tiers ayant acquis, du titulaire du droit anéanti (*i.e.* du défendeur à l'action), des droits sur l'immeuble litigieux et qui auraient

³⁸⁹ Il s'agit de la traduction du mot allemand « *Vormerkung* » qui signifie littéralement « *avant notation* » (P. ROCHE, « La prénotation, ou inscription provisoire est-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? – Étude droit comparé », *RTD Civ.* 1965, p. 22 et s., spéc. p. 26 à 28 (sur le droit allemand) ; p. 28 et 29 (Alsace-Moselle). Au-delà, elle a été introduite en Espagne (p. 29-30).

³⁹⁰ M. DAGOT, « Le temps et la publicité foncière », art. préc., p. 221.

³⁹¹ V. L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, p. 372, n° 646.

³⁹² V. M. DAGOT, « Le temps et la publicité foncière », art. préc., p. 223 *in fine* : « Cette rétroactivité n'est pas celle du droit commun (commun par opposition au Droit de la publicité foncière). Il s'agit de faire rétroagir les effets de la formalité, de déterminer le point de départ des effets de la formalité de publicité, non d'avoir une incidence sur le droit commun lui-même ».

³⁹³ Article 37, 2° du décret du 4 janvier 1955. Sur ce point, v. P. ROCHE, « La prénotation ... », art. préc.

³⁹⁴ Nous soulignons.

³⁹⁵ P. ROCHE, « La prénotation, ou inscription provisoire est-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? – Étude droit comparé », *RTD Civ.* 1965, p. 22 et s., spéc. p. 38 à 43 ; M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », art. préc., p. 220.

³⁹⁶ M. DAGOT, *JCP* 1968 II, art. 15624 ; A. Piedelièvre, *Droit des biens*, Masson, 1977, n° 219 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p. 376 à 381.

publié leur acte d'acquisition. Symétriquement, et surtout, seuls les ayants cause du titulaire du droit anéanti qui auraient publié leurs droits postérieurement à la prénotation de la demande en justice pourraient se voir opposer la décision d'annulation ou de résolution. Là où, dans le système actuel, **la décision d'annulation** produit un effet rétroactif sans limite dans le temps, elle **ne rétroagirait plus qu'à la date de la prénotation**³⁹⁷. Au-delà d'apporter une issue fondamentalement différente de celle du droit positif quant à l'étendue de la rétroactivité, la solution préconisée aurait également pour vertu **d'unifier le régime d'opposabilité des causes d'anéantissement légales et conventionnelles**³⁹⁸.

La Commission propose donc d'introduire, dans le titre V du Livre 2 du Code civil, **un paragraphe consacré aux hypothèses de prénotations**. À la suite d'une disposition reprenant l'hypothèse, connue, de prénotation en cas de refus de réitération par acte authentique, un autre article consacrerait celle des demandes en justice tendant à l'anéantissement d'un acte publié. La Commission propose la rédaction suivante :

§ 1.- Prénotations

« Article 710-15.- Lorsque l'une des parties refuse la réitération ou la réalisation en la forme authentique d'un engagement, l'autre peut faire publier un procès-verbal établi en la forme authentique ou une demande en justice tendant à cette fin. Dans ce cas, la publication de l'acte authentique ou de la décision juridictionnelle constatant la constitution ou le transfert du droit réel immobilier prend effet au jour de la publication du procès-verbal ou de la demande en justice, si elle a lieu dans les trois ans. Le délai de trois ans peut être prorogé ».

« Article 710-16.- Lorsqu'elle est prononcée ou constatée en justice, la résolution, la révocation, ou l'annulation d'actes soumis aux formalités de publicité foncière ne produit d'effet rétroactif vis-à-vis des tiers ayant eux-mêmes procédé à la formalité qu'à condition que la demande tendant à cette fin ait été publiée antérieurement ».

³⁹⁷ V. en ce sens, P. ROCHE, « La prénotation, ou inscription provisoire est-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? – Étude droit comparé », *RTD civ.* 1965, p. 22 et s., spéc. p. 24 : « *Quoi qu'il ait été écrit quant à l'assimilation de la [publication des demandes en justice de l'article 28-4° [du décret du 4 janvier 1955] à une prénotation, il manque un élément, essentiel à une telle assimilation, la sanction de l'inopposabilité aux tiers des demandes en justice non publiées, lesquelles ont un effet rétroactif puisque, sauf en matière d'adjudication, les jugements qui ont pour objet des droits immobiliers sont déclaratifs* ».

³⁹⁸ Selon certains auteurs, cette différence de régime entre cause légale et cause conventionnelle d'anéantissement n'aurait d'ailleurs pas été réellement voulue par le législateur ; v. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 888 : « *Très certainement, ils ont voulu que la résolution ou l'annulation fut inopposable aux ayants cause de l'acheteur qui ont publié leur propre droit avant que cette résolution ou annulation n'ait elle-même donné lieu à publicité. [...] Mais, si tel a été l'objectif poursuivi par les auteurs du décret, ce n'est pas ce qu'ils ont dit.* » ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 358, p. 141 : « *Mais alors on arrive à ce résultat assez étonnant que comme, en réalité, les causes de la destruction judiciaire d'un droit résident dans la loi, les jugements susvisés produisent un effet rétroactif à l'égard des tiers, à quelque date qu'ils soient publiés ! La forme dans laquelle les rédacteurs du décret-loi se sont exprimés a, de toute évidence, trahi leur pensée* ».

e.- Le rôle de la « bonne foi » dans le règlement des conflits

La Commission a, enfin, examiné la place qu'il convenait d'accorder à la bonne foi dans le règlement de conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier, ayant traité avec une même personne. Cette question classique a semblé centrale à la Commission, car elle commande, parmi d'autres, l'efficacité de notre système de publicité foncière et, au-delà, sa cohérence d'ensemble.

L'hypothèse visée est connue. Voici le propriétaire d'un immeuble qui a aliéné³⁹⁹ cet immeuble à un premier acquéreur, puis à un second⁴⁰⁰. Toutefois, au rebours de l'ordre de conclusion des actes, le second a publié son acte en premier. Par application des principes de règlement des conflits qui structurent notre droit depuis la loi du 23 mars 1855⁴⁰¹ et qui figurent aujourd'hui à l'article 30, 1 du décret du 4 janvier 1955, le conflit doit mécaniquement se trancher en faveur du second acquéreur, la première vente lui étant inopposable. C'est dans ce cadre qu'une question surgit : *quid* si le second acquéreur en date avait, lors de la conclusion de son acte d'acquisition, connaissance de l'existence de la première aliénation ? Autrement dit, la règle de la priorité des publications peut-elle être évincée en cas de mauvaise foi du second acquéreur ?

Du milieu du XIX^e siècle jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, cette question a donné lieu à des réponses tantôt négatives, tantôt positives, émanant d'abord de la jurisprudence puis du législateur.

S'agissant, en premier lieu, de la jurisprudence, l'évolution s'est faite en trois temps. Sous l'empire du droit antérieur aux décrets de 1955, la jurisprudence, très tôt confrontée à cette difficulté, avait d'abord jugé, du mitant du XIX^e siècle à celui du XX^e siècle, que « *celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui a fait transcrire [i.e. publier] son titre le premier ne commet aucune fraude, en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent* »⁴⁰². La réponse de principe était donc, à cette époque, radicalement défavorable à la prise en compte de la simple mauvaise foi de l'acquéreur d'un immeuble qui, quoiqu'ayant connaissance de l'existence d'une précédente vente, aurait toutefois constaté en consultant les registres que cette vente n'avait pas été publiée et lui était donc inopposable. La seule limite à l'application de cette solution procédait

³⁹⁹ Même s'il est souvent question du problème des « *ventes successives* », le terme « *aliénation* » est ici retenu afin de prendre en considération tous les actes translatifs soumis à publicité (par exemple, un acte d'apport) qui ont également donné lieu à des contentieux dans lesquels la question envisagée ici a été posée aux tribunaux.

⁴⁰⁰ Les exemples de la vente et de la donation ont été retenus par commodité. Mais des situations de conflits peuvent naître avec des contrats d'une autre nature, également soumis à publication obligatoire. Que l'on songe aux baux constitutifs de droit réel ou superficiaires (tels, le bail emphytéotique ou le bail à construction) et, plus généralement, aux baux immobiliers de plus de douze ans (*D. 4 janvier 1955, art. 28, 1^o, b*) pour l'obligation de publication ; art. 30, 3, pour l'énoncé de la règle de conflit).

⁴⁰¹ L. 23 mars 1855, art. 1^{er}, 2 et 3.

⁴⁰² Cass. civ. 7 décembre 1925, *DP* 1926.1.185, note critique de René SAVATIER, étant précisé que cette formule figurait déjà dans un arrêt du 5 thermidor an XIII, en application de la loi de brumaire an VII : « *il n'y a pas fraude à profiter d'un avantage offert par la loi ; c'est au premier acquéreur à s'imputer à lui-même s'il n'a pas usé d'une égale diligence pour faire transcrire son acte* », cité par M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », *Études Flour*, 1979, p. 223.

naturellement de l'adage *Fraus omnia corrumpit*⁴⁰³. Jusqu'aux années 1960, auteurs et jurisprudence ont admis que l'inopposabilité d'un transfert non publié ne pouvait pas être invoquée en cas de « concert frauduleux »⁴⁰⁴. Ce « butoir d'immoralité »⁴⁰⁵ correspondait à l'hypothèse dans laquelle le second acquéreur, de concert avec son vendeur, avait cherché à priver le premier acquéreur de son droit⁴⁰⁶. C'était le temps où régnait une conception mécanique de la publicité foncière.

Dans un second temps, aiguillonnée par une partie de la doctrine⁴⁰⁷ qui mettait en avant les conséquences contraires à la morale d'une telle solution⁴⁰⁸, la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence par un arrêt du 22 mars 1968⁴⁰⁹, dont la solution a été réaffirmée de manière nette par un arrêt du 30 janvier 1974 : « l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière »⁴¹⁰. Une nouvelle ère s'ouvrait, dans laquelle la connaissance de l'acquisition précédente non publiée pouvait caractériser la faute du second acquéreur au sens de l'article 1382 du Code civil. À titre de sanction, celui-ci se voyait privé du bénéfice de l'opposabilité liée à la publicité de son acquisition. Cette solution, régulièrement réaffirmée⁴¹¹, faisait triompher la conception morale et subjective de la publicité sur l'aspect préventif et mécanique du formalisme⁴¹². S'en félicitant, certains auteurs faisaient valoir « qu'en soumettant certains contrats à publicité, le législateur a voulu renseigner les tiers qui en ignoraient l'existence, mais non permettre à ceux qui le

⁴⁰³ La fraude fait exception à toutes les règles, à celle de la publicité foncière comme aux autres.

⁴⁰⁴ On ne rappellera pas ici les différentes nuances et distinctions qui ont pu être faites à l'époque en jurisprudence et en doctrine entre, d'une part, l'exigence d'un « concert frauduleux » du vendeur et de l'acquéreur (manœuvres préméditées et concertées ayant pour but de dépouiller l'acquéreur), et d'autre part, la simple preuve de la fraude imputable au second acquéreur (Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 1961, *JCP* 1962, II, 1258, écartant la nécessité d'un concert frauduleux pour faire échec à l'application de la règle de conflit propre au droit de la publicité foncière). Pour une analyse critique de la réalité de ce glissement de l'exigence d'un « concert frauduleux » vers la simple « fraude » imputable au second acquéreur, v. M. GOBERT, « La publicité foncière, cette mal aimée », art. préc., p. 225 et s.

⁴⁰⁵ M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », *Études Flour*, 1979, p. 224.

⁴⁰⁶ Cf. L. AYNES, obs. sous l'arrêt du 12 janvier 2011, *D.* 2011. 851, qui donne, à titre d'exemple de fraude caractérisée, la hâte suspecte révélant la volonté de prendre de court le premier acquéreur (v. pour une illustration éloquent, Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 1961, *Bull. civ.* n° 467) ; plus généralement, sur les indices de l'intention frauduleuse, F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse Paris 1, dir. L. AYNES, 2008.

⁴⁰⁷ On songe en particulier à l'inspirateur direct de la solution, J. MAZEAUD. Cf. la note de cet auteur sous Cass. civ. 3^e, 22 mars 1968, cité *infra*, *D.* 1968.412.

⁴⁰⁸ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Études Ripert*, 1950, t. I, p. 93 et s. ; rappr. L. AYNES, obs. sous l'arrêt du 12 janvier 2011, *D.* 2011. 851 : « La publicité foncière n'a pas bonne presse. On la conçoit souvent comme une mécanique aride et sans âme, un droit subalterne qui se délecte de la forme ».

⁴⁰⁹ Cass. civ. 3^e, 22 mars 1968, *Bull. civ.* n° 129.

⁴¹⁰ Cass. civ. 3^e, 30 janvier 1974, *Bull. civ.* n° 50 (Nous soulignons).

⁴¹¹ Cass. civ. 3^e, 3 octobre 1974, *JCP* 1975. II. 18001 ; Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, *Gaz. Pal.* 1978. 1. Somm. 175 ; Cass. civ. 3^e, 20 mars 1979, *Bull. civ.* n° 71 ; Cass. civ. 3^e, 28 mai 1979, *Bull. civ.* n° 116 ; Cass. civ. 3^e, 16 décembre 1980, *JCP* 1981. IV. 88 ; Cass. civ. 3^e, 22 mai 1990, *D.* 1991.326.

⁴¹² En ce sens, v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, n° 204 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, n° 875 ; adde J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, 1984, n° 430 ; P.-Y. GAUTIER, « "Bien aimée" responsabilité civile : exercice de controverse doctrinale sur le thème de la publicité foncière », in *Mélanges M. Gobert*, 2004, p. 361.

connaissaient déjà de s'associer à leur violation »⁴¹³. À l'inverse, d'autres critiquaient cette évolution à la fois en raison de l'inadaptation du droit de la responsabilité au problème posé⁴¹⁴, et de l'atteinte portée à la sécurité juridique attendue de la publicité foncière⁴¹⁵.

Enfin, alors que cette solution paraissait acquise en dépit des critiques, un nouveau revirement est intervenu par un arrêt rendu le 12 janvier 2011⁴¹⁶. Cet arrêt statue sur un conflit entre deux acquéreurs successifs dont les circonstances, parce qu'elles sont fréquentes, méritent d'être rappelées. Une première vente était intervenue sous signature privée. L'acquéreur s'était ensuite heurté à des difficultés pour obtenir sa constatation (« réitération ») par acte authentique, condition *sine qua non* de la publication de la vente. En désespoir de cause, l'acquéreur avait assigné le vendeur. Cependant, alors que les textes lui en offraient la faculté⁴¹⁷, il n'avait pas publié sa demande en justice⁴¹⁸. Or, quinze jours après le lancement de cette assignation, la vente du même immeuble à un second acquéreur fut publiée à la conservation des hypothèques. Par application de la règle de conflit classique, les juges du fond l'ont tranché en faveur du premier publiant - bien que second acquéreur en date - sans rechercher si ce dernier aurait eu connaissance de l'existence de la première vente. C'était la critique qui était adressée par le pourvoi, fondé sur la conception subjective de la publicité foncière adoptée par la Cour de cassation depuis 1968. La Haute juridiction l'a rejeté au motif que le premier acquéreur en date « ne pouvait justifier d'une publication », qui eût rendu son droit opposable au second qui, lui, avait publié son titre. La Cour de cassation renoue ici avec la conception classique et mécanique de la publicité foncière, écartée uniquement en cas de collusion frauduleuse.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la réforme du droit des obligations et des contrats, au sein de laquelle il a été envisagé de régler la question par une règle énoncée au nouvel article 1198 du Code civil. On pouvait penser qu'un esprit de continuité avec la dernière jurisprudence en date prévaudrait. Cependant, et sans que cette question ait fait l'objet d'observations particulières lors de la consultation ouverte par la Chancellerie, la référence à la « bonne foi » a été réintroduite, brisant ainsi la jurisprudence de 2011.

Aujourd'hui, l'alinéa 2 de l'article 1198, qui n'a pas non plus fait l'objet de discussions particulières au cours de la procédure de ratification de l'ordonnance, dispose :

⁴¹³ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, n° 178-179, spéc. n° 3, p. 242.

⁴¹⁴ Pour les critiques émises à l'époque sur ce point, v. P. CROCQ, *RTD. civ.* 1997, p. 467 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, dir. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005, n° 319 et s.

⁴¹⁵ En ce sens, J.-D. BREDIN, obs. *RTD. civ.* 1968. 564 ; v. dans le même sens, M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », art. préc., spéc. p. 223 et s. ; M. DAGOT, *La publicité foncière, op. cit.*, p. 154 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés – La publicité foncière*, n° 767 ; Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, n° 387 ; sur le contenu de cette critique, v. *infra*.

⁴¹⁶ Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2011, *D.* 2011. 851, obs. L. AYNES, *D.* 2011. 2303, obs. B. MALLET-BRICOUT ; déjà, Cass. civ. 3^e, 10 février 2010, n° 08-21.656, *Bull. civ.* n° 41.

⁴¹⁷ Art. 37-2, *D.* 4 janvier 1955.

⁴¹⁸ S'il l'avait fait, il eût été préféré au second acquéreur, pourvu que l'acte authentique ou la décision judiciaire constatant la vente ait été publié dans les trois ans de la publication de sa demande, délai qui pouvait en outre être prorogé par ordonnance du président du tribunal saisi.

« 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** ». La « bonne foi » est donc expressément intégrée à la règle de conflit elle-même. Il n'est pas impossible que la consécration du principe de « bonne foi » en droit des contrats (C. civ., art. 1104⁴¹⁹) ait conduit la Chancellerie à opter en faveur de cette solution ; choix qui procéderait alors d'une confusion regrettable. En effet, la « bonne foi » contractuelle, qui impose une loyauté entre les parties au contrat, n'est pas assimilable à la « bonne foi » du droit des biens, laquelle consiste simplement en la « connaissance effective » d'une situation donnée.

Au regard des objectifs qui lui ont été fixés, la Commission estime ce choix législatif malheureux pour la cohérence et la fiabilité de notre système de publicité foncière.

Pour échapper au débat entre formalistes et moralistes, la Commission a réexaminé la question à l'aune de la raison d'être et des principes qui ont toujours structuré l'institution de la publicité foncière depuis 1855. Celle-ci a pour but d'instaurer un système d'opposabilité des droits, afin de prévenir puis de régler les conflits entre titulaires de droits concurrents sur un même bien. En particulier, elle vise à satisfaire à une exigence de sécurité juridique, en instaurant un instrument unique et objectif. Or, force est de constater que la solution choisie par le législateur de 2016 brise cette unité, puisqu'elle aboutit à la mise en place d'un « double système d'opposabilité »⁴²⁰, l'un fondé sur la règle de conflit foncière (ordre des publications), l'autre sur la connaissance effective (psychologie).

La Commission le regrette. Et ce, pour trois raisons.

D'abord, parce que pour généreux qu'il soit, ce double système prive en réalité la publicité foncière de sa raison d'être historique, qui était précisément d'éviter d'avoir à sonder les reins et les cœurs pour régler des conflits entre titulaires de droits concurrents, comme c'était encore le cas dans le Code civil de 1804. Or, le propre d'une mesure de publicité à fin d'opposabilité entre ayants cause d'un même auteur est de n'admettre aucun équivalent. Par ses conséquences pratiques, la réserve de la « bonne foi » va donc à l'encontre de l'objectif de prévisibilité auquel est vouée l'institution. Ce double système d'opposabilité aboutit en effet à un effet pervers : le blocage de toute possibilité de vente, dès lors que l'acquéreur pressenti, ou le notaire, a connaissance d'une vente précédente non publiée, quelle que soit la validité ou l'efficacité de celle-ci : la sécurité des transactions immobilières s'en trouve fortement ébranlée⁴²¹.

⁴¹⁹ « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

⁴²⁰ L. AYNES, obs. précitées.

⁴²¹ L. AYNES, obs. précitées.

Ensuite, parce que, comme on a pu l'écrire, « *le vice fondamental du raisonnement est d'attacher à la publication du droit réel immobilier la seule fonction d'informer les tiers. Or, la publication est beaucoup plus : l'acquéreur met publiquement la main sur le bien ; il manifeste la volonté d'opposer son droit ; la publication est, sous cet angle, analogue à l'entrée en possession*⁴²² ».

Enfin, parce que, en se plaçant cette fois du côté du premier acquéreur - que la réserve de la « *bonne foi* » vise à protéger - on rappellera qu'il s'est en amont lui-même exposé au risque d'être primé par un second acquéreur en s'abstenant de publier son acte pourtant soumis à publicité obligatoire⁴²³. Par sa négligence⁴²⁴, il a accepté le risque de ne pas rendre son droit opposable aux tiers, c'est-à-dire de ne pas l'emporter dans un conflit éventuel avec un ayant cause de son vendeur⁴²⁵. À moins qu'il ne soit victime d'une collusion frauduleuse, on perçoit difficilement la raison pour laquelle une « *publicité de fait* » pourrait suppléer sa carence dans l'accomplissement d'une publicité légale obligatoire. Au titre des objections, il est possible de faire valoir que l'absence de publication de la première aliénation n'est que rarement le fruit d'un libre choix ou d'une négligence exclusivement imputable à l'acquéreur. Ainsi, comme l'illustre l'arrêt du 12 janvier 2011, l'acquéreur se heurte le plus souvent au refus de son vendeur de réitérer la vente par acte authentique. Mais précisément, les règles de publicité foncière offrent divers moyens pour assurer la préservation de ses droits, y compris dans cette situation : en cas de demande en réitération forcée, il est possible de procéder à la publication de la vente ; en amont, il est également possible de publier un procès-verbal notarié de constat de refus de réitération ou de réalisation de la vente, ainsi que la déclaration notariée de la volonté d'exiger celles-ci.

Pour l'ensemble de ces raisons, la Commission est favorable à ce que **les termes « à condition qu'il soit de bonne foi »**, qui figurent à la fin du second alinéa de **l'article 1198 du Code civil** dans sa version issue de l'ordonnance du 10 février 2016, **soient abrogés**.

Le seul cas dans lequel le jeu des règles de publicité foncière devra être évincé restera celui de la fraude caractérisée, cause générale d'éviction de toutes les règles et qui n'a pas, à ce titre, à être expressément inscrite dans la loi.

3°- Moderniser l'organisation

En l'état, l'informatisation a déjà amélioré le fonctionnement de la publicité foncière en la rendant plus fiable et en réduisant les délais à la fois de publication et de réquisition.

⁴²² L. AYNES, obs. précitées ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, dir. L. AYNES, Economica, 2007 ; rappr. sur ce point, Y. EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, éd. Yvon Blais, Montréal, 2017 : « *La possession peut ainsi être (re)définie comme le pouvoir de fait sur une chose ou l'exercice d'un droit communiquant aux tiers la volonté d'en être titulaire et l'intention de les exclure. Une telle définition permet d'insister sur le rôle de communication aux tiers de la possession* » (p. 73-74).

⁴²³ M. GOBERT, « La publicité foncière, cette mal aimée », art. préc., p. 229.

⁴²⁴ On ajoutera que le premier acquéreur qui n'aurait pas été conseillé ou informé par son notaire de la possibilité de recourir à ces modes légaux de publicité, ou qui aurait été victime de la carence ou de la négligence d'un professionnel du droit, pourrait, en toute hypothèse, engager la responsabilité dudit professionnel.

⁴²⁵ L. AYNES, art. préc. : « [le premier acquéreur] *ne met pas la main publiquement sur l'immeuble. C'est son droit, c'est son risque. Peut-être a-t-il de bonnes raisons pour s'abstenir ; peu importe* ».

Forte de ces premiers succès, et parce que la situation demeure encore insatisfaisante, cet effort de modernisation mérite d'être poursuivi afin d'exploiter le potentiel de ce « *gisement de productivité* »⁴²⁶ que constitue l'activité de publicité foncière. Pour ce faire, la Commission préconise diverses mesures afin, d'une part, d'améliorer la tenue des registres (a) d'autre part, de faciliter l'accès des usagers aux informations de publicité foncière (b).

a.- Améliorer la tenue des registres

Grâce aux progrès techniques déjà réalisés, les registres de la publicité foncière, et les informations contenues au fichier ont déjà gagné en fiabilité. Pour prolonger cette dynamique, la Commission propose de généraliser la dématérialisation du dépôt (α), de simplifier les règles de refus de dépôt et de rejet de la formalité (β) et, enfin, de développer les possibilités de radiation des mentions devenues sans objet (γ).

α .- Généraliser la dématérialisation du dépôt

Rappelons que la profession notariale dispose depuis plus de dix ans des moyens techniques permettant de procéder à un dépôt d'actes ou de bordereaux de façon dématérialisée : l'application informatique télé@ctes⁴²⁷. Depuis le 1^{er} janvier 2018, les actes pris en charge par ce système doivent obligatoirement être déposés par ce biais, sous peine de refus de dépôt. Après validation par le service de la publicité foncière, les données alimentent directement les registres, ce qui fait gagner un temps précieux. Que cet accès privilégié ait été d'abord instauré pour le notariat n'a rien de surprenant, puisqu'il est le principal usager de la publicité foncière. Il n'en reste pas moins que 10 % des formalités ne sont pas effectuées par des notaires et ne peuvent donc pas, à ce jour, faire l'objet d'un dépôt informatique.

La Commission se prononce donc en faveur d'une généralisation de la faculté de procéder à un dépôt par un serveur dédié pour les professions autres que le notariat, et s'est interrogée sur les moyens d'y parvenir.

Il est ressorti des auditions des autres professions concernées qu'elles souhaitent obtenir le bénéfice de ces nouvelles technologies. En particulier, le Conseil national des Barreaux a émis le vœu de pouvoir publier, de manière dématérialisée, les actes pour lesquels les avocats interviennent : hypothèques judiciaires, commandements à fin de saisie, ventes par adjudications⁴²⁸... À l'appui de cette demande, il indique qu'une concertation est en cours avec la DGFIP depuis trois ans sur ce sujet et que la profession est en mesure de garantir la sécurité des transmissions électroniques grâce au RPVA et à la clé *e*-barreau. La solution technique la plus rationnelle consisterait en l'utilisation de la plateforme télé@ctes par les autres usagers de la publicité foncière, au moyen de conventions à conclure entre le notariat et les autres professions intéressées.

⁴²⁶ Cour des comptes, Rapport public thématique, 20 juin 2018, « La DGFIP, dix ans après la fusion – Une transformation à accélérer », p. 105, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-dgfip-dix-ans-apres-la-fusion>.

⁴²⁷ Cf. *supra*, I, C, 1°, b, β « L'informatisation de la formalité ».

⁴²⁸ Audition du CNB par la Chancellerie, 11 janvier 2018.

La Commission est favorable à un tel élargissement du dépôt électronique à l'ensemble des actes soumis à formalité de publicité foncière, ce qui permettrait de réduire les délais de publication. Cependant, pour l'inscription des sûretés légales et judiciaires (hypothèques des jugements de condamnation, hypothèque judiciaire provisoire...), l'intervention d'un notaire ou d'un avocat n'est pas nécessaire. Il faudrait donc mettre en place, pour ce type d'actes, une procédure spécifique de vérification des bordereaux déposés. La solution pourrait consister à imposer le recours à un avocat ou un notaire, ce qui ne bouleverserait pas la pratique. À cette occasion, celui-ci vérifierait le titre du requérant, ce qui déchargerait d'autant le service chargé de la publicité foncière... À titre transitoire, la création d'un service national chargé d'opérer ces inscriptions, sur la seule initiative des particuliers suivant le mode traditionnel de l'écrit, et de faire les vérifications du titre qu'elles impliquent, est vivement recommandée.

β.- Simplifier les règles de refus et de rejet

Sans juger de leur validité au fond, les agents de la publicité foncière ont un pouvoir de contrôle des actes déposés⁴²⁹. Cette opération de vérification⁴³⁰ les amène tantôt à refuser le dépôt, en cas d'irrégularité flagrante⁴³¹, tantôt à rejeter la formalité lorsque le défaut n'était pas apparent au premier regard⁴³². La différence de cause entraîne une différence de régime : le refus de dépôt a des effets beaucoup plus radicaux puisqu'il empêche l'annotation du registre des dépôts et ne permet donc pas de prendre date. Inversement, si une formalité est rejetée, elle est mentionnée au fichier comme étant « *en attente* », et si elle est par la suite régularisée, la publicité sera réputée effectuée à la date du dépôt initial⁴³³.

La Commission constate que les règles relatives aux procédures de refus et de rejet font l'objet de très nombreuses critiques. Elles sont, tout d'abord, d'une importante complexité, ne serait-ce que d'un point de vue formel - en raison, là encore, de l'utilisation de la logique énumérative par les rédacteurs des décrets de 1955. De plus, le caractère trouble de la démarcation entre ces deux régimes est unanimement dénoncé⁴³⁴. Le fait que l'agent puisse rejeter la formalité pour un motif qui aurait dû bloquer le dépôt n'en est-il pas la meilleure preuve⁴³⁵ ? La distinction n'est donc pas substantielle, elle semble plutôt

⁴²⁹ Cf. *supra*, I, C, 2°, a, « Le service de la publicité foncière ».

⁴³⁰ Art. 2452, C. civ. et 34, D. 4 janvier 1955.

⁴³¹ Art. 74, 1, D. 14 octobre 1955.

⁴³² Art. 74, 2, D. 14 octobre 1955.

⁴³³ Art. 34, 3, D. 14 octobre 1955.

⁴³⁴ V. entre autres M. DAGOT, *La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 59 : « La réalité est que les rédacteurs des décrets de 1955 ont procédé par voie d'énumération, et ne se sont pas souciés d'un ordre chronologique des causes de refus du dépôt et de rejet de la formalité. Il faut s'en tenir à ces énumérations ; il paraît vain de vouloir établir un classement logique sinon scientifique. » ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 770 et s. ; S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, *op. cit.*, n° 138, p. 90.

⁴³⁵ Art. 74, 3, D. 14 octobre 1955. Sur cette disposition, v. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 771 : « C'est bien avouer que la distinction est arbitraire, de par la nature même des choses : il est impossible d'assigner, à l'avance, des domaines d'application distincts aux deux modalités d'exercice de contrôle ».

chronologique⁴³⁶. Mais dans ce cas, comment ne pas s'interroger sur la justification d'une telle différence de sanction ? Enfin, les règles ne sont plus en adéquation avec la dématérialisation en cours du dépôt de la formalité. En effet, dans bon nombre d'hypothèses actuellement sanctionnées par le refus de dépôt, l'informatisation déjà mise en place par télé@ctes montre que le dépôt est tout simplement devenu impossible matériellement⁴³⁷. Tout cela sans parler des divergences de pratiques selon les services, qui n'est qu'une conséquence de la complexité du régime⁴³⁸.

Depuis longtemps, de nombreux auteurs et praticiens plaident en faveur *a minima* d'une simplification, voire d'une unification de ces deux procédures⁴³⁹. Ils soulignent notamment que le régime alsacien ne fait pas la différence entre ces deux procédures : tous les défauts d'acceptation de formalité y sont traités comme des rejets, dont les effets sont parfois différés⁴⁴⁰.

Le régime de recours contre les décisions de refus ou de rejet, organisé par l'article 26 du décret du 4 janvier, n'est pas exempt de critiques lui non plus. Dans son premier alinéa, cette disposition prévoit que « *Lorsqu'un document sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière a fait l'objet d'un refus du dépôt ou d'un rejet de la formalité, le recours de la partie intéressée contre la décision du service chargé de la publicité foncière est porté, dans les huit jours de la notification de cette décision, devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les immeubles* ». La rédaction de ce texte laisse un doute quant au sens du délai de huit jours : est-ce la saisine du TGI qui doit intervenir dans les huit jours de la notification de la décision du service ? Est-ce l'audience qui doit avoir lieu dans ce délai ? En pratique, toutefois, seule l'absence de délivrance d'assignation dans le délai a été sanctionnée par l'irrecevabilité. Autre critique tenant à cette règle : l'article évoque la possibilité d'un recours contre un « *rejet de formalité* ». Or le rejet, en lui-même, contient deux étapes : la première, la notification de cause de rejet, laisse un laps de temps au professionnel pour régulariser la formalité. Ce n'est qu'à défaut de régularisation dans un délai d'un mois que le service devra notifier la décision de rejet définitif. Une assignation

⁴³⁶ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 769 : « *La distinction est rationnelle, mais en tant seulement qu'elle a un caractère chronologique. [...] Mais ce qui est contestable, c'est que les rédacteurs [...] aient soumis ces deux sanctions à des réglementations différentes* ». (L'auteur souligne).

⁴³⁷ V. M. SUQUET-COZIC, *op. cit.*, n° 11500, p. 164 : « *les logiciels de rédaction d'acte utilisés dans ce cadre, tout comme les plates-formes de transmission Planète et Télé@ctes réalisent un contrôle préalable qui permet de déceler certains obstacles à la télépublication qui constituent souvent des causes de refus. Il est donc logique que le développement de Télé@ctes s'accompagne progressivement d'une diminution du nombre de refus* ». Les statistiques montrent que le taux de refus est passé de 4,43 % en 2016 à 3,52 % en 2018, même s'il est difficile d'imputer la totalité de cette baisse à l'utilisation de télé@ctes.

⁴³⁸ Lors de leur audition par la Commission, les représentants du CNB se sont ainsi prononcés en faveur de l'établissement d'une liste claire et limitative des causes de rejet et de refus afin d'uniformiser les pratiques des SPF.

⁴³⁹ V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 772 : « *Dès lors, il est parfaitement injustifié d'avoir édicté, pour chacune, une réglementation différente.* » ; *Le Livre et la plume, op. cit.*, p. 364 : « *Compte tenu de ces considérations, on peut se demander s'il ne serait pas préférable d'unifier ces procédures de façon à faire bénéficier les actes souffrant d'un refus des avantages de la procédure de rejet. Tous les actes refoulés, du fait qu'ils seraient portés au registre des dépôts, pourraient ainsi prendre rang dans l'attente d'une régularisation* ».

⁴⁴⁰ V. *Le Livre et la plume, op. cit.*, p. 364.

délivrée à la suite d'une simple notification de cause de rejet, et non pas de la décision définitive, serait donc prématurée. La rédaction de la règle, imprécise sur ce point, laisse donc également à désirer.

La Commission se prononce en faveur d'une unification des règles de refus et de rejet, l'informatisation du dépôt devant conduire à la suppression des causes actuelles de refus.

Il sera renvoyé, pour l'organisation du régime de ces sanctions, au pouvoir réglementaire :

« **Article 710-19.** - *Les actes et décisions soumis à publicité sont déposés et mentionnés, par ordre chronologique de réception, sur un registre de dépôts. Le dépôt réalise la formalité de publicité. Toutefois, celle-ci peut être rejetée dans des conditions et pour des causes prévues par décret en Conseil d'État.*
Une copie des actes et décisions est archivée ».

La Commission émet quelques recommandations à destination du pouvoir réglementaire.

En premier lieu, elle indique que la dématérialisation du dépôt, dont elle prône par ailleurs la généralisation⁴⁴¹, implique nécessairement une **adaptation de la procédure de rejet de dépôt**⁴⁴².

En second lieu, elle souhaiterait que, dans les dispositions prises par décret, le régime soit **assoupli et rationalisé**. La rationalisation des causes de rejet pourrait s'inspirer des rubriques existant dans l'application FIDJI, lesquelles ne correspondent pas aux catégories instaurées par les décrets de 1955⁴⁴³.

Quant au recours à l'encontre d'une décision de rejet, la Commission suggère de modifier la rédaction de la règle afin à la fois de consacrer la pratique retenue quant à **l'irrecevabilité de l'assignation**, et de préciser que seul le **rejet définitif** peut faire l'objet d'un recours.

À terme, la Commission préconise d'examiner la question de la création d'un recours plus souple, **par voie gracieuse**.

γ.- Développer les cas de radiation

Les praticiens font remarquer que les état-réponses transmis depuis FIDJI sont plus difficiles à lire que ceux qui leur étaient remis avant la dématérialisation du fichier. En

⁴⁴¹ Cf. *supra*, α- « Généraliser la dématérialisation du dépôt ».

⁴⁴² V. 99^e Congrès des notaires, *La vente d'immeuble – Sécurité et transparence*, 2003, n° 4042, p. 786.

⁴⁴³ L'application regroupe les causes de refus et rejet sous des rubriques thématiques, tel que « *Principes généraux (problème de forme, certification...)* », « *Désignation des parties* », « *Désignation des immeubles* », « *Effet relatif* », « *Fiscalité* »...

attendant de voir ce qu'il serait possible de faire d'un point de vue informatique, la Commission s'est penchée sur la façon d'augmenter la lisibilité du fichier par des règles substantielles. À ce titre, elle propose de développer les cas de radiation, afin d'alléger le fichier immobilier des mentions ayant perdu toute efficacité juridique.

En l'état actuel, la procédure de radiation n'existe que pour les inscriptions. Cette spécificité s'explique par leur caractère essentiellement temporaire - puisque les droits réels accessoires qu'elles visent à conserver le sont - contrairement aux autres droits réels. La Commission remarque toutefois que certains actes soumis à publication font également l'objet d'une péremption, ou peuvent devenir sans objet. Il serait alors opportun d'organiser les modalités de suppression de la mention correspondante. Ces règles doivent être suffisamment précises pour que l'analyse du bien-fondé de la radiation n'incombe pas aux agents chargés de la publicité foncière.

En premier lieu, certains des actes publiés deviennent automatiquement caducs par l'écoulement d'un délai. C'est le cas du **commandement de payer valant saisie**, pour lequel l'article R. 321-20 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit qu'il « *cesse de plein droit de produire effet si, dans les deux ans de sa publication, il n'a pas été mentionné en marge de cette publication un jugement constatant la vente du bien saisi* ». L'article suivant précise que, pour être indiquée au fichier, cette péremption doit être constatée par décision du juge de l'exécution, laquelle fera l'objet d'une mention en marge⁴⁴⁴. En l'état actuel des textes, le risque de la péremption pèse donc sur le saisi, car c'est à lui de s'en prévaloir avant que n'intervienne la publication du jugement d'adjudication⁴⁴⁵. La jurisprudence admet en effet que la publication du titre purge les vices de la procédure, et notamment la péremption⁴⁴⁶.

Pour simplifier cette procédure, la Commission propose que la formalité soit **radiée d'office dès lors qu'elle a cessé de produire effet**, c'est-à-dire si le jugement d'adjudication n'a pas été publié dans les deux ans. Le risque de la péremption pèserait alors sur le saisissant, plus à même d'empêcher la péremption de sa publication, et sa radiation consécutive. La réforme s'inscrirait ainsi dans le sens d'un renforcement de la sécurité attachée à la publicité. Sur ce modèle, la Commission propose d'instaurer la radiation des publications des **demandes en justice**. Le droit positif sur cette question est en effet jugé insatisfaisant car, pour informer de l'échec de la demande, il faut procéder à une nouvelle publication. L'article 28, 4°, d) du décret de janvier 1955 prévoit en ce sens la publication des « *décisions rejetant les demandes visées à l'alinéa précédent et les désistements d'action et d'instance* ». Plutôt que de superposer les mentions, la Commission a jugé préférable d'organiser la radiation de celles faisant état d'une assignation qui n'aurait pas abouti sur une décision juridictionnelle dans un certain délai. Dans ces deux hypothèses, une **prorogation** serait évidemment possible avant l'expiration du délai.

⁴⁴⁴ Art. R. 321-21, CPCE : « À l'expiration du délai prévu à l'article R. 321-20 et jusqu'à la publication du titre de vente, toute partie intéressée peut demander au juge de l'exécution de constater la péremption du commandement et d'ordonner la mention de celle-ci en marge de la copie du commandement publié au fichier immobilier ».

⁴⁴⁵ Art R. 321-21, CPCE.

⁴⁴⁶ Civ. 2^e, 24 septembre 1997, n° 95-19776, *Bull.* II, n° 232 ; Civ. 2^e, 9 avril 2015, n° 14-16805, *Bull.* II, n° 95.

En second lieu, la Commission a fait l'inventaire des publications portant sur des **actes** qui, relatifs à un droit réel principal, sont eux-mêmes temporaires – par opposition au caractère temporaire des inscriptions, qui n'est que le reflet du caractère temporaire du droit réel accessoire. Relèvent de cette catégorie les commandements et les assignations déjà évoqués, mais également les avant-contrats et les prénotations dont la publicité n'est pas soumise à un délai de péremption mais qui se distinguent par leur caractère éphémère.

Dans ces deux cas, la Commission a souhaité permettre la **radiation volontaire** de ces mentions, lorsqu'elles sont devenues sans objet. Pour les premières de ces formalités, cette radiation volontaire aura lieu de jouer par hypothèse avant leur radiation d'office par écoulement du délai ; pour les autres, elle pourra intervenir à tout moment et permet de supprimer une mention qui ne pourrait pas l'être d'office. Ainsi, il pourrait être mis fin à des situations de blocage qui, à raison de la persistance d'une publication, donnent aujourd'hui lieu à des contentieux inutiles⁴⁴⁷. Pour ce faire, la Commission s'est inspirée de la procédure de radiation simplifiée mise en place pour les inscriptions par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés. Depuis 2006, l'alinéa 3 de l'article 2441 du Code civil prévoit en effet que « *La radiation de l'inscription peut être requise par le dépôt au service chargé de la publicité foncière d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation ; le contrôle opéré par ce service se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond* »⁴⁴⁸. La Commission propose de permettre la radiation **sur présentation d'un acte établi par notaire ou avocat et attestant que l'acte est devenu sans objet**.

La Commission propose donc d'insérer dans la section 3 relative à l'effectivité de la formalité, un paragraphe consacré aux radiations, comprenant les règles suivantes :

§ 2.- Radiations

« **Article 710-17.-** *La publication d'un commandement de payer valant saisie cesse de produire effet si le jugement d'adjudication n'est pas publié dans les deux ans ; celle d'une assignation, si la décision juridictionnelle ne l'est pas dans les trois ans. La*

⁴⁴⁷ V. CA Paris, 26 septembre 2013, n° 12/08126 : « *Considérant que par jugement du 25 novembre 2010 le Tribunal de grande instance de PARIS a constaté la caducité au 30 avril 2005 de la promesse de vente signée le 10 février 2005 entre la société GENERALI VIE et les consorts BRUSCHINI-CHAUMET et BARONE et enjoint à Monsieur Stéphane BRUSCHINI-CHAUMET de procéder à la mainlevée de la publication de la dite promesse de vente, dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision et ce sous astreinte de 100 euros passé ce délai [...] ; Considérant que Monsieur BRUSCHINI-CHAUMET produit une lettre du 19 avril 2013 intitulée « NOTIFICATION DE REFUS » signée par le comptable des finances publiques, responsable du Service de la publicité foncière à PARIS (8ème) faisant connaître son refus de procéder à la radiation de la formalité initiale du 27/07/2006 suite à l'irrégularité suivante : « Un compromis de vente ne peut être radié » ; CA Aix en Provence, 4 septembre 2014, n° 2014/446 : « Mais attendu qu'en faisant publier la promesse de vente quelques jours après le procès-verbal constatant sa carence dressé le 16 décembre 2009, la volonté de nuire de M. T. est établie, la publication interdisant aux consorts V. de vendre leur bien immobilier ; qu'un capital de 6.600.000 euro est donc demeuré immobilisé depuis plus de trois ans, le Conservateur des hypothèques ayant refusé de lever l'inscription au vu de la décision obtenue en référé ». Adde J. LAFOND: *Publicité foncière: peut-on obtenir la radiation d'une publication?*, JCP N 2013, étude 1232, p. 33.*

⁴⁴⁸ Cf. *supra*.

décision suspendant ou prorogeant ces délais doit être publiée avant qu'ils ne soient échus.

Lorsque la formalité a cessé de produire ses effets, il est procédé d'office à sa radiation. »

« Article 710-18.- Les promesses unilatérales, les pactes de préférence, les assignations, les commandements de payer valant saisie et les formalités de prénotation sont radiés du fichier immobilier sur présentation d'une attestation établie par un notaire, ou par l'avocat en charge des poursuites dans le cas visé à l'article précédent, attestant qu'ils sont devenus sans objet. »

Pour assurer la cohérence du dispositif, la Commission suggère d'abroger dans le même temps l'article R. 321-21 du Code des procédures civiles d'exécution, incompatible avec les propositions qui viennent d'être exposées.

Toutes ces nouvelles dispositions permettraient de raccourcir le délai de traitement des formalités ainsi que d'accroître la fiabilité et la lisibilité des informations contenues dans les registres de la publicité foncière. Ces mesures de perfectionnement vont de pair avec le dernier chantier de modernisation, qui consiste dans la simplification de l'accès aux informations.

b.- Faciliter l'accès aux informations de publicité foncière

Les agents en charge de la publicité foncière sont tenus de communiquer des copies et extraits des documents déposés ainsi que des copies et extraits du fichier immobilier à toute personne qui en fait la demande⁴⁴⁹. Ce principe de libre accessibilité aux informations de publicité foncière est une des règles cardinales du système. La dématérialisation des techniques fait que la question de l'accès aux informations est aujourd'hui au carrefour de deux aspirations contradictoires : d'un côté, il paraît pertinent d'utiliser les technologies nouvelles pour faciliter l'accès aux informations ; de l'autre, la délivrance, trop aisée, d'informations à caractère personnel suscite des interrogations quant au respect de la vie privée.

Deux possibilités s'offrent aujourd'hui pour faciliter l'accès aux informations : la création d'un guichet unique (α) et le développement d'un accès simplifié à un fichier informatisé national (β). Dans les deux cas, il importe de vérifier comment ne pas porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

α .- Créer un guichet unique

Actuellement, les 354 services de la publicité foncière ont une compétence géographiquement délimitée par décret. Les demandes de formalités doivent être adressées au service du lieu de situation de l'immeuble. Les données immobilières ainsi reçues sont traitées par des serveurs propres à chaque service. Par conséquent, les réquisitions d'informations doivent, elles aussi, être adressées au service géographiquement compétent car les données sont conservées sur son propre serveur. Il en résulte qu'il n'est pas toujours

⁴⁴⁹ Art. 2449, C. civ.

aisé d'obtenir des renseignements complets sur le patrimoine immobilier d'une personne : cela suppose en effet soit de connaître le ressort géographique dans lequel celle-ci détient des immeubles, soit – hypothèse hautement improbable – de faire 354 demandes de renseignements.

Cet inconvénient pourrait être surmonté par la création d'un guichet unique auquel seraient adressées les demandes de réquisitions portant sur l'ensemble du territoire⁴⁵⁰. Cette idée ne relève pas de l'utopie, elle est au contraire très en vogue.

Tout d'abord, une dynamique de réduction du nombre des services est déjà à l'œuvre, par leur regroupement au niveau départemental, afin qu'il n'en reste que 120 d'ici à 2020. Cela constituerait un premier pas vers la simplification des demandes. De plus, ce regroupement géographique va de pair avec la concentration des données sur un serveur unique⁴⁵¹, ce qui rend la proposition d'un guichet unique réaliste en pratique, à court terme.

Ensuite, les recommandations que la Cour des comptes formule dans son rapport public thématique de juin 2018 sur la DGFIP vont clairement dans ce sens. Dans le prolongement de la dématérialisation des échanges entre les services de la publicité foncière et le notariat et de la constitution d'un serveur national, la Cour estime que « *Le remplacement des 354 SPF par un service à compétence nationale [...] doit être mis à l'étude sans délai* »⁴⁵².

Enfin, la création d'un guichet unique a même fait l'objet très récemment d'une proposition à l'Assemblée nationale. En effet, lors de la discussion du projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, un amendement, ainsi rédigé, avait été présenté :

« Article 17 ter Loi Elan : Un guichet unique centralisé et national de la publicité foncière est créé. La demande de renseignement concernant la situation juridique d'un bien immobilier ou la copie de documents relatifs à un immeuble est réalisée, notamment, auprès de ce guichet unique. Le demandeur précise le périmètre de sa demande, qui peut concerner l'intégralité du territoire national.

⁴⁵⁰ V. *Le livre et la Plume*, 43^e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, 2012, préc., n° 616, p. 370 : « Pour cette raison, il serait intéressant de pouvoir interroger l'ensemble des conservations, par le biais d'une demande unique, sur les biens ou droits immobiliers inscrits au nom d'une personne en France. Ceci pourrait passer : soit par un simple système de guichet unique qui se chargerait de retransmettre la demande aux 354 conservations [...] soit de façon plus élaborée par la création d'un fichier immobilier national centralisé ».

⁴⁵¹ V. « La DGFIP, dix ans après la fusion – Une transformation à accélérer », Rapport public thématique, 20 juin 2018, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-dgfip-dix-ans-apres-la-fusion>, p. 105 : « La concentration du réseau dépend donc de l'achèvement du projet de concentration technique des bases de données sur un serveur national. Débuté en 2016, le projet devrait permettre la constitution d'une base nationale unique à compter de 2019 ».

⁴⁵² « La DGFIP, dix ans après la fusion – Une transformation à accélérer », Rapport public thématique, 20 juin 2018, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-dgfip-dix-ans-apres-la-fusion>, p. 106.

La procédure de demande de renseignement concernant la situation juridique d'un bien immobilier ou la copie de documents relatifs à un immeuble est dématérialisée et le paiement est opéré en ligne »⁴⁵³. Adopté à l'Assemblée le 9 mai 2018, l'amendement fut supprimé par le Sénat le 4 juillet suivant et la suppression maintenue par la commission mixte paritaire.

Bien que la Commission soit favorable à la facilitation de l'accès au fichier, elle reconnaît la justesse des arguments avancés à l'appui du rejet de cet amendement. Le Sénat fait en effet valoir qu'« *il n'est pas certain que cette mesure relève du domaine de la loi. Cela touche à l'organisation des services de l'administration* »⁴⁵⁴. Le rapport du Sénat indique également que l'article suscite des interrogations relatives au respect de la vie privée. Il serait en effet « *problématique que le grand public puisse effectuer des recherches portant sur la France entière. Cela permettrait de connaître très précisément le patrimoine immobilier d'une personne. Il est donc nécessaire de préciser les modalités de cette publicité au niveau national* »⁴⁵⁵. Assurément, la dispersion géographique actuelle des services s'érige en obstacle à une recherche simple sur l'ensemble du territoire, mais ce faisant, elle constitue également un rempart de protection contre une diffusion trop aisée de données sensibles⁴⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, la création d'un guichet unique est une question qui serait rendue obsolète par la création d'un accès généralisé à un fichier regroupant toutes les informations foncières sur l'ensemble du territoire. En effet, ce qui est acceptable dans le cadre d'une demande de consultation d'un registre, peut ne plus l'être lorsque l'information devient accessible d'un simple clic. Puisque c'est plus vraisemblablement la solution vers laquelle notre droit s'oriente, les réponses quant au respect de la vie privée seront abordées au regard de cette évolution.

β.- Simplifier l'accès à un fichier national

Grâce à l'ANF⁴⁵⁷, la simplification de l'accès au fichier pour le notariat est un projet déjà bien engagé. La limitation actuelle à la profession notariale du projet d'accès direct aux données du fichier s'explique par le fait que plus de 90 % des demandes de renseignements sont effectuées par cette profession, dans le cadre de la rédaction d'actes.

⁴⁵³ Amendement n° CE1714, présenté par Mme THOUROT. L'exposé faisait valoir que « *L'absence de guichet unique, et la complexité et la multiplicité de demandes qu'elle entraîne conduit par exemple régulièrement les notaires à oublier des biens dans une succession. Ce morcellement permet en outre pour certains d'organiser leur insolvabilité en acquérant des biens sur des territoires différents, puisqu'il devient en pratique compliqué pour le créancier de répertorier les biens immobiliers de son débiteur. Cet amendement vise donc à créer un guichet unique national à qui chaque demandeur pourra adresser sa demande de renseignement ou de copie d'acte, en précisant le périmètre du territoire concerné* ».

⁴⁵⁴ Sénat, Session extraordinaire du 4 juillet 2018, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi ELAN*, par Mme Dominique ESTROSI SASSONE, n° 630.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Comp. , Délibération n° 2009-354 du 11 juin 2009 de la CNIL, interrogée sur l'accès informatique au livre foncier : « *La commission considère que la consultation par un usager du livre foncier à partir d'un immeuble devrait être limitée au ressort d'un bureau foncier. La commission prend acte de l'engagement du ministère de préciser dans le projet de décret que cette consultation ne pourra s'effectuer que "dans une commune dans le ressort d'un bureau foncier"*. »

⁴⁵⁷ *Cf. supra.*

La Commission a toutefois constaté que certains professionnels, autres que les notaires, souhaitaient eux aussi bénéficier de cette facilité. C'est le cas notamment des avocats⁴⁵⁸, mais aussi des huissiers⁴⁵⁹, géomètres-experts ou de l'AGRASC. Elle a donc jugé nécessaire de s'interroger sur l'opportunité d'ouvrir un tel accès simplifié aux autres professions impliquées, voire à tous les usagers. Dans son rapport pour l'année 2008, la Cour des comptes soulevait déjà cette question. Au titre des recommandations d'évolution de la publicité foncière, elle suggérait d'« *étudier la création de services en ligne pour les différentes catégories d'usagers, pas seulement les notaires, mais aussi les autres professionnels et les particuliers, en fonction de leurs besoins et de leurs attentes* »⁴⁶⁰. Le pas a déjà été franchi en Alsace-Moselle, puisque la base AMALFI permet une consultation à distance du Livre foncier d'Alsace-Moselle, via le site livrefoncier.fr⁴⁶¹.

La Commission se déclare favorable au principe de la généralisation d'un accès dématérialisé au **fichier immobilier**. Techniquement, cela pourrait se réaliser grâce à des conventions entre le notariat et les professions intéressées, dans le cadre du déploiement d'ANF. Néanmoins, les facilités d'accès au fichier offertes par la technologie réactivent, sous une forme renouvelée, un débat ancien : celui de la légitimité de l'accès aux données patrimoniales d'autrui⁴⁶². Si la problématique n'est plus de préserver la réputation des familles, il importe en revanche d'empêcher les atteintes à la vie privée et familiale, puisqu'il est admis que le patrimoine relève du domaine de la vie privée⁴⁶³.

La Commission n'envisage donc la mise en place d'un accès direct au fichier qu'à la condition que cette possibilité soit **assortie de modalités permettant de garantir le respect de la vie privée**. Il importe en effet de concilier l'accès du public à des informations utiles et la protection des données à caractère personnel, ainsi que l'exige le règlement UE du 27 avril

⁴⁵⁸ Audition du CNB précitée : « *Les avocats s'estiment prêts (d'un point de vue technique notamment) pour pouvoir avoir un accès par voie dématérialisée au fichier* ».

⁴⁵⁹ Contribution de la Chambre nationale des huissiers de justice au projet de modernisation et de rationalisation du régime de la publicité foncière, 1^{er} février 2018 : « *La Chambre nationale des huissiers de justice souhaite que les huissiers de justice mandatés pour le recouvrement d'une créance puissent obtenir une information exhaustive relative à la composition du patrimoine immobilier sur le territoire national. [...] [Elle préconise] la mise en place d'une consultation à distance par l'Internet et les réseaux privés et la possibilité de procéder à des recherches systématiques par catégorie sur des personnes ou des biens* ».

⁴⁶⁰ Rapport précité, p. 451.

⁴⁶¹ V. E. SANDER, « Informatisation du Livre foncier : les nouvelles avancées du décret du 20 mai 2005 », *JCP N* 2005, étude 1347, p. 1316 et s.

⁴⁶² V. A. DEBET, « Accès à la publicité foncière et données personnelles », à paraître : « *Une des questions qui se pose aujourd'hui est en effet de savoir si l'informatisation du fichier immobilier et sa fusion en un seul fichier, à la place des fichiers des services de publicité foncière auxquels les particuliers et les notaires doivent s'adresser, doit s'accompagner d'une ouverture plus large des accès et si c'est le cas à quelle(s) personne(s).* » ; J.-L. VALLENS, « Publicité foncière et vie privée : les enjeux de l'informatisation », *D.* 2000, p. 375 et s.

⁴⁶³ V. A. DEBET, art. préc. ; J.-L. VALLENS, art. préc.

2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁴⁶⁴.

Cette question de la balance des intérêts en cause avait déjà été soulevée lors de l'apparition d'AMALFI. En 2005⁴⁶⁵ puis en 2009⁴⁶⁶, saisie pour avis par le ministère de la Justice, la CNIL avait fait remarquer qu'à travers ces dispositions, le législateur avait recherché « *le juste équilibre entre un objectif d'amélioration de la publicité foncière et le souci de protection des données personnelles. À ce titre, elles constituent une référence importante pour les réflexions en cours concernant l'accès aux données publiques en général, aux données foncières et cadastrales* »⁴⁶⁷. Les rédacteurs de la réforme du Livre foncier ont en effet pris le soin de moduler l'accès en fonction du statut du consultant, du type d'information requise et du but de la consultation.

La fonction caractéristique de la publicité foncière – assurer l'opposabilité des actes afin de prévenir ou de trancher les conflits de droits - n'impose en effet nullement une ouverture absolue du fichier, en donnant à tout le monde la faculté d'accéder à toutes les informations. Puisque « *La publicité foncière n'a pas pour fonction de satisfaire les curiosités – gratuites – de concierges* »⁴⁶⁸, la Commission, tout en ouvrant largement l'accès aux données du fichier, souhaite s'inspirer du système alsacien-mosellan, et instaurer une hiérarchie entre les renseignements pouvant être obtenus, en fonction de la qualité du requérant.

Afin de respecter la vie privée, l'accès aux mentions du fichier ne pourra se faire par principe **que par immeuble**. Il sera ainsi impossible de s'enquérir, par une simple connexion au site internet, du patrimoine immobilier d'une personne sur l'ensemble du territoire. Afin de respecter les recommandations de la CNIL, ne devraient pas non plus pouvoir être communiquées les informations relevant de la pure sphère privée, tel que la profession du titulaire du droit réel, son domicile, le nom de son conjoint ou son régime matrimonial.

La consultation par fiche personnelle devrait donc être réservée aux professionnels. Sur ce point, qui ne relève pas du domaine de la loi, la Commission préconise que le pouvoir réglementaire organise un accès différencié selon la qualité du requérant, au regard des informations pouvant être utiles à l'exercice de sa profession.

⁴⁶⁴ Art. 86, règlement 2016/679 : « *Traitement et accès du public aux documents officiels – Les données à caractère personnel figurant dans des documents officiels détenus par une autorité publique ou par un organisme public ou un organisme privé pour l'exécution d'une mission d'intérêt public peuvent être communiquées par ladite autorité ou ledit organisme conformément au droit de l'Union ou au droit de l'État membre auquel est soumis l'autorité publique ou l'organisme public, afin de concilier le droit d'accès du public aux documents officiels et le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement* ».

⁴⁶⁵ Délibération n° 2005-015 du 18 janvier 2005.

⁴⁶⁶ Délibération n° 2009-354 du 11 juin 2009.

⁴⁶⁷ Délibération n° 2005-015 du 18 janvier 2005 : Délibération relative aux projets de décret et d'arrêté pris pour la première phase de l'informatisation de la tenue du Livre foncier d'Alsace et de Moselle.

⁴⁶⁸ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 697.

« **Article 710-21.-** *Toute personne peut avoir accès aux mentions du fichier immobilier relatives à un immeuble et obtenir copie des actes et décisions déposés dans la limite des cinquante dernières années.*

Les modalités d'accès des professionnels aux mentions du fichier immobilier et aux documents déposés sont déterminées par décret en Conseil d'État en fonction des besoins de leur profession ».

Toute personne peut en revanche obtenir communication des informations concernant ses biens et en obtenir la rectification, en application de l'article 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁴⁶⁹. Ce principe sera rappelé dans un **nouvel article 710-22 du Code civil** :

« *Toute personne peut obtenir communication des mentions du fichier immobilier concernant ses biens et, sous réserve des droits des tiers, exiger la rectification, la modification ou la suppression d'une information inexacte, incomplète ou périmée, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État ».*

Enfin, la Commission reprend, à droit constant, le principe de responsabilité de l'État et la compétence judiciaire :

« **Article 710-23.-** *La responsabilité de l'État pour faute peut être engagée devant les tribunaux judiciaires dans le délai de forclusion de dix ans à compter de sa commission ».*

Elle souhaite cependant souligner que, lorsqu'un accès direct aux informations contenues dans le fichier sera effectivement possible, il deviendra nécessaire d'adapter en conséquence le régime de responsabilité de l'État : en effet, les renseignements seront consultables directement et ne seront pas transmis par les services de l'État. À terme, seule la tenue des registres et du fichier immobilier, ainsi que l'accessibilité à ceux-ci relèveront de cette responsabilité.

⁴⁶⁹ « I. Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite.

Lorsque l'intéressé en fait la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en vertu de l'alinéa précédent ».

III.- Proposition de textes à insérer dans le Code civil et autres modifications législatives ou réglementaires

A.- CODE CIVIL

LIVRE II : DE LA DISTINCTION DES BIENS

TITRE V : DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

Article 710-1.- Les immeubles situés en France sont individualisés au moyen du cadastre.

Les actes et décisions juridictionnelles s’y rapportant font l’objet d’un dépôt et sont mentionnés sur un fichier immobilier tenu sous la responsabilité de l’État.

Toute modification de la situation de l’immeuble au cadastre est subordonnée à l’accomplissement préalable de la formalité de publicité foncière.

L’article 710-1 est un texte introductif. Il présente d’abord les deux outils permettant le fonctionnement de la publicité foncière, le fichier immobilier et le cadastre, en imposant (al. 3) la préséance du premier sur le second (art. 2, D. 4 janvier 1955 et art. 1402, CGI). La place de l’État est affirmée, sans que soit toutefois mentionné, ici et dans les textes subséquents, le « Service de la publicité foncière » afin de permettre d’éventuelles évolutions sur rôle exact de l’État dans cette mission.

CHAPITRE I.- DES ACTES SOUMIS AUX FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE ET DES CONSÉQUENCES DE LEUR ACCOMPLISSEMENT

Le titre du chapitre I se réfère aux actes et non aux droits. Il est en cela fidèle au système français qui n’est pas constitutif de droits mais se contente d’assurer la publicité des actes relatifs à des droits réels, sans préjuger de leur validité.

L’expression de « formalités de publicité foncière » a été retenue en ce qu’elle est suffisamment générique pour englober les deux modalités sous lesquelles les actes sont publiés, publication pour les droits réels immobiliers principaux, inscription pour les sûretés réelles.

Cette distinction publication/inscription n’est néanmoins pas structurante des textes. Elle relève avant tout d’une question d’organisation pratique des services et n’induit pas de divergences majeures dans la technique juridique mise en œuvre. Il s’est agi avant tout de dégager des règles communes à la publication des actes et à l’inscription des sûretés.

Article 710-2.- Sont soumis aux formalités de publicité foncière les actes et les décisions juridictionnelles, assortis ou non d’une condition, emportant création, mutation, modification, déclaration, confirmation, saisie ou extinction de droits réels immobiliers.

L'article 710-2 est un texte général, à la formulation ramassée, qui précise quels sont les actes qui sont soumis aux formalités de publicité foncière. Il reprend en partie l'actuel article 28, 1° du décret du 4 janvier 1955. L'expression « décision juridictionnelle » a été préférée à celle de « décision de justice » afin d'exclure les décisions par lesquelles le juge ne fait pas usage de sa jurisdictio pour se contenter d'homologuer un acte (infra égal. art. 710-7, al. 2). Ce texte conserve ainsi l'équilibre institué par l'actuel article 710-1 du Code civil issu de la loi du 28 mars 2011.

Il n'est pas explicitement précisé que les droits réels constitués sur le domaine public sont publiés (comp. art. 28, 1, c), D. 4 janvier 1955), la solution étant induite par la généralité des textes proposés.

La référence aux actes portant déclaration d'un droit réel vise au premier chef les partages (art. 28, 4°, e), D. 4 janvier 1955). Quant à l'extinction des droits réels, tombent également dans cette catégorie les actes constatant l'accomplissement d'une condition résolutoire, lequel provoque l'extinction (rétroactive) du droit réel.

Dans ces deux derniers cas, la publication de l'acte est requise pour les besoins de l'effet relatif (art. 710-9) et non aux fins d'opposabilité.

Article 710-3.- Lorsque deux titulaires de droits réels concurrents portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, est préféré celui qui a le premier accompli la formalité de publicité, encore que son titre soit postérieur en date.

Ce texte énonce l'effet majeur généralement attaché au défaut de publication ou à la publication tardive des actes visés à l'article précédent : la préférence est donnée au primo-publiant, à condition que les deux titulaires de droits concurrents tiennent leur droit d'une même personne (expression plus accessible que celle, couramment utilisée « d'auteur »). L'expression « droits concurrents » a été préférée à celle de « droits incompatibles » : une servitude et un droit de propriété sont en effet concurrents mais non incompatibles.

Ce texte reprend l'article 30, 1° du décret du 4 janvier 1955 et, en matière d'inscriptions, l'article 2247 du Code civil.

Article 710-4.- Sont également soumis aux formalités de publicité foncière, à peine d'inopposabilité, les actes qui :

1° organisent l'usage et la gestion collective de l'immeuble, tels que les conventions d'indivision, les cahiers des charges et les règlements de copropriété ou de lotissement, les cahiers des charges relatifs à des zones d'aménagement ou à des opérations d'expropriation, les obligations réelles environnementales, les statuts des associations foncières, les conventions d'usage d'une servitude ou de tout autre droit réel ;

2° instituent ou constatent des restrictions au droit de disposer, tels que les clauses d'inaliénabilité, les déclarations et conventions d'insaisissabilité, les pactes de préférence, les promesses unilatérales, les commandements de payer valant saisie ;

3° prévoient des causes de résolution ou de révocation d'actes relatifs à des droits réels immobiliers.

L'article 710-4 identifie des catégories d'actes ne tombant pas dans le champ de l'article 710-2 mais néanmoins soumis à publicité foncière, à peine d'inopposabilité. La situation est nettement différente de celle visée par les deux dispositions précédentes. Il n'y a en effet, dans ces hypothèses, aucune concurrence de droits réels mais de simples restrictions apportées soit à l'usage (1°) soit à la disposition (2° et 3°) d'un droit réel dont il s'agit de déterminer si elles sont ou non opposables à son titulaire.

Il reprend de nombreuses dispositions éparses (principalement art. 28, D. 4 janvier 1955) en les fédérant sous une formulation synthétique. Il rompt avec la logique énumérative des décrets actuels, qui donnent prise à des ajustements constants, pour proposer des lignes directrices plus générales, propres à accueillir tel ou tel acte nouveau.

Le premier alinéa pose le principe d'une publication des actes qui organisent l'usage ou la gestion collective de l'immeuble, la suite du texte se contentant de fournir une liste non exhaustive de ces actes, laissant à la jurisprudence le soin de dire, dans les cas non visés, si tel acte relève ou non de cette disposition. On soulignera que, tandis que les textes actuels ne prévoient que la publication des conventions d'usage des servitudes légales (art. 37, 1, 2°, D. 4 janvier 1955), la règle est ici étendue aux servitudes conventionnelles avec une sanction modifiée puisqu'il ne s'agit plus seulement de publication aux fins d'information mais d'opposabilité. De manière plus novatrice, la publication des baux de plus de douze ans (art. 28, 1, b), D. 4 janvier 1955) a été considérée comme inutile : l'article 1743 du Code civil assure à leur propos leur transmission réelle à l'acquéreur s'ils ont date certaine et, dans cette hypothèse, la garantie d'éviction est jugée suffisamment protectrice de l'acquéreur sans que les mécanismes de publicité foncière n'aient à intervenir. La cohérence d'un système qui ne permet que la seule publication des actes portant constitution de droits réels est ainsi retrouvée.

Le second alinéa traite des limitations au droit de disposer (art. 28, 2°, D. 4 janvier 1955). Le pacte de préférence et la promesse unilatérale sont désormais visés à ce titre et assortis du même régime alors qu'aujourd'hui, les promesses ne sont publiées qu'aux fins d'information (art. 37, 1, 1°, D. 4 janvier 1955). Le texte proposé renforce donc opportunément l'efficacité de cet avant-contrat, sans qu'il n'en résulte d'inconvénient. Cela n'induit en effet nullement que cette publication devienne obligatoire et que promesses et pactes de préférence devront désormais être passés en la forme authentique, le bénéficiaire restant libre de prendre ou non le risque d'une inopposabilité de son droit. Il conserve de surcroît le bénéfice des articles 1123 et 1124 du Code civil qui lui permettent d'être substitué à l'acquéreur ou d'obtenir la nullité de la promesse en établissant la collusion frauduleuse (pacte de préférence) ou la mauvaise foi (promesse) de ce dernier. La solution qui consisterait à considérer que la mauvaise foi du tiers au sens des articles 1123 et 1124 serait établie du seul fait de la publication du pacte ou de la promesse n'a pas été retenue, afin de ne pas établir de lien entre le caractère purement objectif de la publicité foncière et la dimension subjective de la mauvaise foi.

Le troisième alinéa vise les causes de résolution ou de révocation des droits réels immobiliers (art. 28, 2°, D. 4 janvier 1955). Il n'est pas redondant avec l'article 710-2 se référant aux actes emportant l'extinction des droits réels immobiliers dès lors qu'il ne s'agit pas ici d'un acte autonome mais d'une simple disposition contenue dans un acte relatif à un droit réel immobilier.

Article 710-5.- Le défaut d'accomplissement d'autres formalités de publicité foncière prescrites par des dispositions particulières ne prévoyant pas de sanction spécifique engage seulement la responsabilité de celui qui était tenu d'y procéder.

En l'état actuel du droit positif, de nombreuses formalités qualifiées d'obligatoires ne sont assorties d'aucune sanction précise. Il a donc paru utile d'affirmer, par une disposition d'ordre général, que les publications imposées par les textes particuliers sont, sauf mention contraire, seulement sanctionnées par la mise en cause de la responsabilité de celui qui était chargé d'y procéder. Ce texte renvoie donc au droit commun de la responsabilité civile, alors qu'en l'état actuel, la responsabilité en matière de publicité foncière obéit parfois à des règles particulières (art. 30, 4°, D. 4 janvier 1955), notamment parce qu'elle ne peut être actionnée que par une personne ayant elle-même publié un acte. Cette exigence spécifique complique inutilement la matière sans trouver un fondement rationnel.

CHAPITRE II.- DE L'EXÉCUTION DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE

Article 710-6.- Les notaires qui reçoivent un acte soumis aux formalités de publicité foncière ainsi que les autorités administratives dressant de tels actes ont l'obligation d'y faire procéder.

Il en va de même des auxiliaires de justice relativement aux actes et décisions soumis à publicité auxquels ils prêtent leur concours.

Sauf en matière d'inscription d'une sûreté réelle immobilière, de publication d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale, les parties ne peuvent les en dispenser.

La disposition reprend l'obligation faite aux professionnels qui rédigent ou prêtent leur concours à des actes soumis aux formalités de publicité foncière d'y procéder (art. 32, D. 4 janvier 1955).

Le texte proposé ne mentionne pas de délai particulier pour effectuer la formalité, ce qui rompt avec les règles actuelles (art. 33, D. 4 janvier 1955). Ces délais ont paru doublement inutiles : d'une part, quant à la question du paiement de l'impôt en cas de formalités fusionnées, le CGI impose des délais de paiement précis qui se suffisent à eux-mêmes, d'autre part, au plan strictement civil, il convient de laisser au juge l'appréciation d'une éventuelle faute du professionnel qui n'aurait pas fait preuve de la diligence ordinairement observée par sa profession pour procéder à la formalité en cause.

La dispense de formalité par les parties n'est autorisée que pour l'inscription des sûretés et la publication d'un pacte ou d'une promesse unilatérale. C'est par le seul biais de la responsabilité professionnelle que l'idée de formalité facultative se retrouve dans les textes proposés, lesquels ne distinguent plus entre publicité obligatoire et publicité facultative. La seule question qui se pose est celle des conséquences attachées au défaut de publication, sans qu'à cette aune aucune publicité ne soit véritablement ni « obligatoire » ni « facultative ».

Section 1.- Conditions relatives aux actes et décisions objet de la publicité

Article 710-7.- Seuls peuvent donner lieu aux formalités de publicité foncière les actes reçus en la forme authentique par un notaire exerçant en France, les décisions juridictionnelles et les actes administratifs dressés à fin de publicité foncière. L'homologation d'un juge, le contreseing d'un avocat, le dépôt au rang des minutes d'un notaire, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne permettent pas aux actes sous signature privée de faire l'objet des formalités de publicité foncière.

L'article 710-7 fixe les principes régissant la forme que doivent revêtir les actes soumis à la publicité foncière. Il reprend l'actuel article 710-1 du Code civil, avec cette différence qu'il n'est plus fait mention de l'authenticité des actes dressés par l'Administration, cette authenticité, très différente de celle existant pour les actes notariés, étant un concept instrumentalisé aux fins précisément d'admission aux formalités de publicité foncière. Il a paru plus exact de ne pas dévoyer le concept d'authenticité tout en conservant la même solution.

Le second alinéa précise formellement ce que l'emploi de l'expression « décisions juridictionnelles » dans l'ensemble des textes induit, à savoir qu'une simple homologation par un juge ne donne pas à sa décision un caractère juridictionnel. Au regard des controverses qui continuent néanmoins d'être entretenues sur cette question, il a paru nécessaire de le préciser explicitement. Quant à l'exclusion de l'acte contresigné par avocat ou des actes déposés au rang des minutes d'un notaire, la solution, à droit constant, est énoncée par l'actuel article 710-1, al. 2.

Article 710-8.- Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions juridictionnelles étrangères ne peuvent donner lieu à publication que s'ils ont été déposés au rang des minutes d'un notaire exerçant en France. Celui-ci contrôle les conditions de leur acceptation ou de leur reconnaissance. Les décisions juridictionnelles étrangères peuvent également être publiées si elles sont ou ont été rendues exécutoires en France.

Le texte reprend et actualise, notamment au regard des évolutions du droit européen et du droit international, l'article 4 du décret du 4 janvier 1955.

Article 710-9.- Par dérogation à l'article 710-7, peuvent faire l'objet des formalités de publicité foncière :

- les commandements de payer valant saisie et les actes de procédure s'y rattachant ;
- les assignations en justice et les conclusions reconventionnelles ou additionnelles ;
- les jugements d'adjudication ;
- les procès-verbaux de délibérations des assemblées générales relatives à l'apport de biens ou droits immobiliers ainsi que les procès-verbaux de

bornage, lorsqu'ils sont annexés à un acte constatant leur dépôt au rang des minutes d'un notaire ;

- les procès-verbaux établis par le service du cadastre ;
- les autres actes administratifs dont la publication est prescrite par la loi.

Cette disposition donne la liste des dérogations aux exigences de forme prévues par l'article 710-7. Il s'agit de la reprise des articles 4, 35, 36, du décret du 4 janvier 1955 et 710-1, al. 3 et 4 du Code civil, avec néanmoins quelques ajustements, aussi bien par ajouts que par retranchements.

Ont été ajoutées à la publication des assignations celle des conclusions reconventionnelles ou additionnelles. De plus, la disposition finale du texte est une innovation destinée à sécuriser les hypothèses particulières où un acte émané de l'Administration pourrait être soumis à publication en vertu d'une disposition légale spéciale sans pour autant obéir aux exigences de l'article 710-9, autrement dit sans avoir été spécialement dressé aux fins de publicité foncière.

Section 2.- Condition relative à la publicité du titre antérieur

Article 710-10.- Aucune formalité de publicité foncière ne peut avoir lieu si le titre de celui dont le droit est transféré, modifié, déclaré, confirmé, saisi, grevé ou éteint, même sans son consentement, n'a pas été préalablement publié.

Ce titre ne doit pas avoir cessé de produire ses effets en vertu d'une publication postérieure.

Il s'agit de la règle fondamentale de l'effet relatif de la publicité foncière prévue à l'article 3 du décret du 4 janvier 1955. L'expression « effet relatif », investie d'un sens spécifique à la matière, peu explicite et source de confusion, n'est pas formellement consacrée. La rédaction évite également la référence au « disposant » afin de viser les cas où le titulaire du droit est étranger à sa mutation ou à sa constitution (saisie). La rédaction proposée s'inspire de l'article 32 du décret du 14 octobre 1955.

Le second alinéa apporte une précision essentielle absente des textes actuels, celle de l'effectivité du titre antérieur sur lequel s'appuie la formalité requise (jurisprudence Hedreul). En l'état du seul alinéa premier, le titre d'un ancien propriétaire précédemment publié pourrait permettre une publication du titre de son ayant cause, créant ainsi une double chaîne au sein de la publicité foncière.

Article 710-11.- Sont publiés à cette fin :

- un acte de notoriété lorsque ce titre résulte du jeu de la prescription acquisitive, à défaut de décision juridictionnelle ;
- un acte constatant le transfert lorsque ce titre est conféré par une loi ;
- une attestation immobilière dressée par un notaire et reproduisant littéralement, le cas échéant, les stipulations visées à l'article 710-4, 2° et 3°, lorsque ce titre résulte d'une transmission ou d'une constitution par décès.

Cette disposition met en application le principe d'effet relatif lorsque le droit du disposant ne résulte pas d'un acte mais d'une règle légale.

Elle impose d'abord, en cas d'usucapion, la publication d'un acte de notoriété. Il s'agit d'unifier la pratique actuelle des services de publicité foncière, certains imposant cette publication, d'autres non. On précisera à cet égard que n'est pas reprise la règle prévoyant que doivent être publiés les actes qui constatent l'interruption ou la renonciation à l'usucapion (art. 28, 8°, D. 4 janvier 1955). Si l'acte de notoriété est dressé alors que la possession avait été interrompue ou que le possesseur y avait renoncé, le véritable propriétaire pourra revendiquer avec succès, ce qui est d'ailleurs la solution actuelle puisque le conflit n'oppose pas deux ayants cause du même auteur.

Elle prévoit ensuite la publication des actes constatant les transferts d'immeubles résultant de la loi, notamment lors de la constitution de nouvelles personnes morales par la puissance publique. Dès lors que la cession ultérieure de ces immeubles ne peut opérer qu'à condition que le droit du disposant soit publié, faute de pouvoir publier la loi elle-même, le texte consacre la pratique suivie par le notariat et consistant à dresser un acte authentique constatant le changement de propriétaire du fait de la loi.

Enfin, la publication d'une attestation immobilière en cas de décès, qui s'accompagne de la reproduction littérale des clauses prévoyant des causes de révocation ou restreignant le droit de disposer du bénéficiaire de la transmission, reprend la règle actuelle (art. 28, 3° et 29, D. 4 janvier 1955).

Article 710-12- Les actes constatant la réalisation d'une condition suspensive affectant un titre antérieurement publié sont eux-mêmes publiés.

Le texte consacre le droit positif en matière de publication des conditions : seuls les actes constatant la réalisation d'une condition suspensive sont soumis à la formalité, à l'exclusion des actes constatant leur défaillance et des actes constatant la survenance d'une condition résolutoire (art. 28, 4°, b), D. 4 janvier 1955). La règle est énoncée ici au regard du seul effet relatif : il s'agit que l'ayant cause de celui qui a acquis sous une condition suspensive qui s'est réalisée puisse publier son titre à son tour. La publication de la survenance de la condition ne joue en revanche aucun rôle quant à la résolution d'un éventuel conflit entre deux ayants cause du même auteur. En vertu de l'article 710-3, l'emportera l'acquéreur sous condition suspensive s'il a publié son titre avant celui du second ayant cause, peu important la publication ou non d'un acte constatant la survenance de la condition à son profit.

Section 3.- Effectivité des formalités de publicité

La section 3 regroupe les règles relatives à l'efficacité temporelle des formalités de publicité foncière. Le terme d'effectivité a paru le plus propre à rendre compte de cette problématique.

Article 710-13. La publicité prend effet au jour du dépôt de l'acte ou de la décision juridictionnelle.

La règle est fondamentale : la publicité ne prend pas effet au jour de l'inscription effective du titre sur le fichier immobilier mais au jour où l'acte est déposé auprès des services chargés de la publicité foncière. La règle vaut tant pour les publications que pour l'inscription des sûretés réelles. Le registre des dépôts est expressément visé à l'article 710-19.

Article 710-14.- L'effectivité de la publication des actes et décisions juridictionnelles relatifs aux droits réels principaux est régie par les dispositions qui suivent, celle de l'inscription des sûretés réelles par les articles 2426 et suivants.

Ce texte introduit à ce stade la distinction entre la publication des droits réels principaux et l'inscription des sûretés réelles immobilières et renvoie, pour la seule question des effets dans le temps de ces dernières, aux articles 2427 à 2430. Il a paru en effet impossible de dégager des règles communes sur cette question, la spécificité des sûretés réelles immobilières étant trop marquée.

§ 1.- Prénotations

Article 710-15.- Lorsque l'une des parties refuse la réitération ou la réalisation en la forme authentique d'un engagement, l'autre peut faire publier un procès-verbal établi en la forme authentique ou une demande en justice tendant à cette fin. Dans ce cas, la publication de l'acte authentique ou de la décision juridictionnelle constatant la constitution ou le transfert du droit réel immobilier prend effet au jour de la publication du procès-verbal ou de la demande en justice, si elle a lieu dans les trois ans. Le délai de trois ans peut être prorogé.

L'article 710-15 reprend à droit constant le système de prénotation prévu par l'actuel article 37, 2 du décret du 4 janvier 1955. Le bénéficiaire d'une promesse sous signature privée ayant pour objet un droit réel immobilier et qui se heurte au refus du promettant de signer l'acte authentique conditionnant l'accomplissement des formalités de publicité foncière pourra faire publier un procès-verbal de carence ou de refus établi en la forme authentique ou encore une demande en justice tendant à la réalisation de l'acte. La publication subséquente de la décision de justice, si elle a lieu dans les trois ans (délai pouvant être prorogé par le juge) prend alors effet au jour de la publication du procès-verbal ou de la demande en justice.

Article 710-16.- Lorsqu'elle est prononcée ou constatée en justice, la résolution, la révocation, ou l'annulation d'actes soumis aux formalités de publicité foncière ne produit d'effet rétroactif vis-à-vis des tiers ayant eux-mêmes procédé à la formalité qu'à condition que la demande tendant à cette fin ait été publiée antérieurement.

Ce texte propose un changement majeur dans les effets attachés à la publication des assignations dans certains procès relatifs à l'immeuble. Aujourd'hui, le défaut de publication d'une assignation tendant à l'anéantissement d'un droit réel immobilier est sanctionné par son irrecevabilité (art. 30, 5°, D. 4 janvier 1955). La règle fonctionne très mal, d'une part parce que la jurisprudence de la Cour de cassation permet la régularisation d'un défaut de publication jusqu'au terme de la procédure, ce qui revient à supprimer toute sanction efficace au défaut de publication, d'autre part parce qu'en l'état actuel des textes, c'est la non-publication et non l'absence de dépôt de l'assignation qui est sanctionnée. Or le retard accumulé par certains SPF a pour effet que des demandes en justice

deviennent irrecevables, alors même que les diligences pour déposer l'assignation auprès du SPF ont été accomplies. De plus, l'irrecevabilité de la demande, censée protéger les tiers, est à la merci du défendeur.

Aussi l'article 710-16 propose-t-il une règle incitative à la publication de la demande. Le demandeur qui ne publie pas son assignation ne pourra pas se prévaloir de la rétroactivité attachée à l'anéantissement du titre du défendeur à l'encontre des ayants cause de ce dernier qui auraient publié leur droit antérieurement à l'assignation. L'effet proposé est particulièrement efficace : tous les droits sur l'immeuble qui ont fait l'objet de la formalité avant la publication de l'assignation seront opposables au demandeur, quand bien même ils seraient nés avant la demande en justice, et non pas seulement dans l'intervalle séparant la demande en justice de sa publication.

Il lui resterait dans cette hypothèse une action en restitution par équivalent à l'encontre du défendeur. Il s'agit en somme d'étendre l'actuel article 30, 1, alinéa final du décret du 4 janvier 1955 qui conditionne la rétroactivité d'une clause conventionnelle d'anéantissement d'un droit réel à sa publication, aux causes légales d'anéantissement, en s'appuyant sur la publication de la demande en justice.

§ 2.- Radiations

Il a paru nécessaire de permettre un nettoyage du fichier immobilier afin de l'alléger de nombreuses mentions se référant à des actes ayant perdu toute efficacité juridique. Il en va de la lisibilité du fichier : il est essentiel de savoir si les informations qui y sont mentionnées sont encore pertinentes ; la difficulté majeure de ce point de vue étant de ne pas rendre les services juges de l'opportunité de procéder à la suppression d'une mention.

Article 710-17.- La publication d'un commandement de payer valant saisie cesse de produire effet si le jugement d'adjudication n'est pas publié dans les deux ans ; celle d'une assignation, si la décision juridictionnelle ne l'est pas dans les trois ans. La décision suspendant ou prorogeant ces délais doit être publiée avant qu'ils ne soient échus.

Lorsque la formalité a cessé de produire ses effets, il est procédé d'office à sa radiation.

Ce texte introduit une radiation par les services en charge de la publicité foncière fondée sur la caducité automatique des effets des commandements de payer et des assignations après un délai de deux ans pour les premiers, trois ans pour les secondes.

À l'heure actuelle, les commandements de payer sont périmés après ce même délai de deux ans, mais l'article R. 321-21 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que la constatation de la péremption n'est possible qu'au moyen de la publication d'une décision du juge de l'exécution. Il s'agit de supprimer ce formalisme inutile et de permettre une radiation directe par les services.

Quant à la caducité des assignations, les textes actuels prévoient seulement la publication des actes constatant les désistements d'action et d'instance (art. 28, 4°, d, D. 4 janvier 1955). La règle proposée ici est nouvelle et vise non plus à ajouter des publications supplémentaires mais à supprimer la mention de l'assignation lorsque la procédure n'a pas été poursuivie.

Afin de pallier les risques d'une radiation intempestive alors que la procédure serait en cours, il est expressément prévu que le créancier ou le demandeur peut obtenir une décision prorogeant ou suspendant ce délai, celle-ci devant néanmoins être portée à la connaissance des services chargés de la publicité foncière avant que le délai de caducité ne soit échu.

Article 710-18.- Les promesses unilatérales, les pactes de préférence, les assignations, les commandements de payer valant saisie et les formalités de prénotation sont radiés du fichier immobilier sur présentation d'une attestation établie par un notaire, ou par l'avocat en charge des poursuites dans le cas visé à l'article précédent, attestant qu'ils sont devenus sans objet.

L'article 710-18 met en place une règle nouvelle, inspirée de celle prévue par l'article 2441, alinéa 2 du Code civil en matière d'inscriptions. Il permet que les services en charge de la publicité foncière radient du fichier immobilier les promesses unilatérales, les pactes de préférences, les assignations, les commandement de payer et les formalités de prénotation visées à l'article 710-15 (celles visées à l'article 710-16 concernent des assignations en justice déjà expressément visées) sur présentation d'une attestation dressée soit par un notaire, soit par l'avocat en charge des poursuites en cas d'assignation ou de commandement de payer, qui atteste, sous sa responsabilité, que ces actes « sont devenus » sans objet, formulation volontairement large. Il n'y a pas lieu de prévoir une dérogation à l'exigence d'authenticité dans ces hypothèses, notamment relativement aux avocats, puisqu'il ne s'agit pas de publier l'attestation mais de procéder à une radiation.

CHAPITRE III.- DU FONCTIONNEMENT DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

Le chapitre 3 énonce les principes gouvernant le fonctionnement de la publicité foncière sans traiter de ses effets, lesquels font l'objet des deux chapitres précédents. Il s'agit de reprendre, tout en les simplifiant et en les amendant, les règles générales aujourd'hui inopportunément énoncées dans des dispositions du Code civil formellement consacrées aux seules inscriptions des sûretés réelles immobilières.

Article 710-19. -Les actes et décisions soumis à publicité sont déposés et mentionnés, par ordre chronologique de réception, sur un registre de dépôts. Le dépôt réalise la formalité de publicité. Toutefois, celle-ci peut être rejetée dans des conditions et pour des causes prévues par décret en Conseil d'État.

Une copie des actes et décisions est archivée.

Cet article reprend les actuels articles 2452 et 2453 du Code civil. Il mentionne l'existence du registre des dépôts (art. 2453 du Code civil), fixe le principe d'une mention des actes reçus aux fins de publicité foncière par ordre chronologique de réception et limite les causes de rejet aux seules hypothèses expressément prévues.

Le second alinéa précise la mission essentielle d'archivage de la publicité foncière.

Article 710-20.- Le fichier immobilier est tenu sous la forme d'un registre informatisé sur lequel sont mentionnés sous le nom de chaque propriétaire et par immeuble les actes et décisions déposés, dans l'ordre de leur dépôt.

L'article 710-20 est relatif au fichier immobilier, qui recense les actes et décisions relatifs à un immeuble, en précisant d'une part son informatisation, aujourd'hui acquise, et d'autre part la règle de sa double tenue, par immeuble et par propriétaire (art. 4 à 12, D. 14 octobre 1955).

Article 710-21.- Toute personne peut avoir accès aux mentions du fichier immobilier relatives à un immeuble et obtenir copie des actes et décisions déposés dans la limite des cinquante dernières années.

Les modalités d'accès des professionnels aux mentions du fichier immobilier et aux documents déposés sont déterminées par décret en Conseil d'État en fonction des besoins de leur profession.

Le premier alinéa de ce texte reprend l'article 2249 du Code civil. Il ne prévoit aucun délai précis de communication des renseignements, cette question étant renvoyée au décret. Aux fins de protection de la vie privée, et dans une perspective d'évolution vers un fichier informatisé national, il est expressément prévu que cet accès au fichier immobilier ne peut s'opérer que par immeuble et non par personne. De la même manière, il n'est pas expressément dit que l'obtention des renseignements s'opère sous forme de réquisition des services en charge de la publicité, un accès direct étant à terme envisageable.

Le second se contente de fixer le principe d'un accès direct différencié des professionnels du droit au fichier immobilier, soit pour en modifier les mentions, soit pour y trouver des informations utiles.

Ce principe d'accès différencié est celui qui a été retenu par les récentes réformes du droit alsacien-mosellan.

Article 710-22.- Toute personne peut obtenir communication des mentions du fichier immobilier concernant ses biens et, sous réserve des droits des tiers, exiger la rectification, la modification ou la suppression d'une information inexacte, incomplète ou périmée, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État.

L'article 710-22 précise que l'accès au fichier est libre lorsque c'est l'intéressé lui-même qui effectue la demande de renseignement. Le droit de rectification est conforme aux principes actuels en matière de données personnelles.

Article 710-23.- La responsabilité de l'État pour faute peut être engagée devant les tribunaux judiciaires dans le délai de forclusion de dix ans à compter de sa commission.

Ce texte reprend l'article 2450 du Code civil en simplifiant la rédaction pour s'en tenir à l'énoncé du principe de responsabilité de l'État et des règles de compétence judiciaire et de délai décennal.

LIVRE IV : DES SÛRETÉS

TITRE II : DES SÛRETÉS RÉELES

CHAPITRE IV.- DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES

Le chapitre IV consacré à l'inscription des privilèges et des hypothèques existe déjà dans le Code civil. En l'état, et malgré des efforts récents de simplification formelle (v. le Décret n° 2007-201 du 15 février 2007 relatif au contenu du bordereau prévu par l'article 2428 du code civil pour l'inscription des privilèges et hypothèques), ce chapitre reste difficilement lisible car fourmillant de détails qui altèrent l'intelligibilité d'ensemble du dispositif.

Sans bouleverser les règles, les textes qui suivent proposent, en tenant compte de l'acquis jurisprudentiel, d'énoncer les principes gouvernant l'inscription des sûretés réelles immobilières, en renvoyant au décret les règles d'application.

Section 1. Des modalités d'inscription

Article 2426.- L'inscription des privilèges et hypothèques a toujours lieu pour une somme et sur des immeubles déterminés.

Elle n'est prise que sur demande expresse, par le dépôt de deux bordereaux et, lorsqu'une disposition spéciale l'exige, sur la présentation du titre constitutif de la sûreté.

L'inscription prend effet au jour du dépôt.

Le premier alinéa de l'article 2426 énonce le principe cardinal de spécialité de l'inscription quant à la créance garantie et quant aux biens grevés.

Le deuxième alinéa reprend la règle voulant que le service ne procède jamais d'office à l'inscription : c'est toujours au créancier – ou au professionnel du droit qu'il mandate – de requérir l'inscription, par le dépôt d'un bordereau en deux exemplaires et, lorsqu'un texte l'exige (hypothèque judiciaire conservatoire et hypothèque légale des jugements de condamnation), par la présentation du titre générateur de la sûreté.

Contrairement aux deux alinéas précédents, le troisième exprime une règle qui, en l'état, n'est formulée nulle part : c'est au jour du dépôt du bordereau que le créancier prend rang.

Le régime de présentation des bordereaux, qui était déjà pour une grande part contenu dans les textes réglementaires (D. 14 octobre. 1955, art. 55, 4), est désormais entièrement renvoyé au décret.

Article 2427.- L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque jusqu'à la date indiquée par le créancier, sous les limites qui suivent.

Si le terme de l'obligation garantie est déterminé, cette date ne peut, au plus, être postérieure d'un an à la dernière échéance, sans que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années.

Si le terme de l'obligation n'est pas déterminé, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années.

Si l'obligation est déjà échue au moment de l'inscription, la durée de l'inscription ne peut excéder dix années.

Lorsqu'une sûreté garantissant plusieurs créances fait l'objet d'une inscription unique, celle-ci peut être prise jusqu'à la date la plus éloignée permise par les trois alinéas précédents.

L'article 2427 reprend, dans une formulation simplifiée, les distinctions opérées par l'actuel article 2434. S'y trouve donc réaffirmé le principe selon lequel c'est au créancier de déterminer la durée de l'inscription de la sûreté, dans le respect toutefois de limites légales qui tiennent compte des caractéristiques de la créance garantie (est-elle échue ou à terme ? le terme est-il déterminé ou indéterminé ?).

Article 2428.- L'inscription cesse de produire effet si elle n'a pas été renouvelée au plus tard à la date visée à l'article précédent.

Chaque renouvellement est requis pour une durée déterminée, qui est fixée selon les règles énoncées à l'article précédent.

Le renouvellement est nécessaire jusqu'au paiement de la créance garantie ou jusqu'à la consignation du prix de vente de l'immeuble grevé.

L'article 2428 reprend, à droit constant, le contenu de l'actuel article 2435 : l'inscription se périmé à sa date d'expiration si elle n'est pas renouvelée entre temps (al. 1) ; la durée du renouvellement est fixée comme l'est la durée initiale de l'inscription (al. 2) ; le renouvellement est nécessaire tant que la créance n'a pas été payée ou que le prix de vente de l'immeuble n'a pas été consigné (al. 3).

Article 2429.- Arrêtent le cours des inscriptions :

- la publication de la mutation du bien grevé au profit d'un tiers ;
- le décès de celui contre lequel l'inscription a été prise en cas de vacance ou d'acceptation à concurrence de l'actif net de la succession ;
- la publication du jugement d'ouverture d'une procédure collective.

Cette règle ne fait pas obstacle :

- au renouvellement d'une inscription prise antérieurement à l'arrêt du cours des inscriptions ;
- à l'inscription définitive d'une sûreté ayant fait l'objet d'une inscription provisoire avant l'arrêt du cours des inscriptions ;
- à l'inscription, dans les délais impartis par la loi, des privilèges immobiliers spéciaux dont la naissance est antérieure à l'arrêt du cours des inscriptions.

Le premier alinéa de l'article 2429 énonce clairement la liste des événements arrêtant le cours des inscriptions. N'y figure pas la publication du commandement de payer qui, à proprement parler, n'empêche pas de prendre une inscription du chef du débiteur : elle la rend simplement inopposable au saisissant et à l'adjudicataire (CPC, art. L. 321-5). Sur un plan formel, l'adverbe « utilement », qui figure actuellement à l'article 2427, a été supprimé pour tenir compte de l'arrêt « Hedreul » (Cass. 3^e

civ., 12 juin 1996 : Bull. civ. 1996, III, n° 145) et de sa proposition de consécration à l'article 710-10, alinéa 2. Le deuxième alinéa du texte précise la portée de la règle de l'arrêt du cours des inscriptions, qui empêche uniquement de prendre une nouvelle inscription, mais non de consolider une inscription préexistante, ni de faire échec au jeu de la rétroactivité dont bénéficient les créanciers qui publient leur privilège immobilier (vendeur, prêteur de deniers, copartageant, etc.) dans un certain délai.

Section 2.- Des effets de l'inscription

Article 2430.- L'inscription des hypothèques et privilèges conserve, au même rang que le principal, les intérêts ou arrérages à échoir pour trois années seulement. Ces trois années sont décomptées à partir du paiement de la créance garantie ou de la consignation du prix de vente de l'immeuble grevé. Les intérêts ou arrérages qui ne sont pas couverts par l'inscription primitive ne peuvent être conservés que par une inscription spécifique qui prend effet à sa date.

Les alinéas 1 et 3 de l'article 2430 reprennent la règle classique, figurant actuellement à l'article 2432, selon laquelle l'inscription initiale ne couvre que trois années d'intérêts et qu'au-delà, une nouvelle inscription doit être prise. L'alinéa 2 précise la manière dont est calculé ce délai de trois ans.

L'exception que le régime du prêt viager hypothécaire apporte à cette règle, actuellement inscrite à l'article 2432, est renvoyée au Code de la consommation dont elle relève plus naturellement.

Article 2431.- L'inscription des privilèges et hypothèques portant sur un lot de copropriété ne greève pas la quote-part de parties communes comprise dans ce lot. Néanmoins, les créanciers inscrits exercent leurs droits sur cette quote-part déterminée au moment de la mutation dont le prix forme l'objet de la distribution.

L'article 2431 reprend, dans une formule plus moderne, le contenu de l'article 2429 du Code civil.

Section 3.- De la radiation de l'inscription

Cette section vient en lieu et place de l'actuelle section II intitulée « De la radiation et de la réduction des inscriptions ». Seules y sont reprises les règles essentielles relatives à la radiation de l'inscription. Les règles particulières relatives à la radiation de l'hypothèque légale des époux et des personnes en tutelle sont renvoyées au décret. Le sont également les dispositions relatives à la réduction judiciaire de l'inscription, de même que le régime de la radiation judiciaire, dont seul le principe est énoncé au texte.

Article 2432.- Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées ou en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

L'article 2432 reprend, dans une forme épurée, l'actuel article 2440.

Article 2433.- Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

La radiation de l'inscription peut être requise par le dépôt d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation ; le contrôle opéré à l'occasion du dépôt se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond.

L'article 2433 reprend à l'identique l'article 2441, simplement amputé de l'alinéa 2 qui a sa place dans la partie réglementaire.

Article 2434.- En cas d'annulation de la radiation, l'inscription initiale retrouve ses effets, sauf à l'égard des tiers ayant entre temps procédé à une formalité de publicité foncière.

L'article 2434 consacre une solution jurisprudentielle. Actuellement dérogatoire au droit commun de la publicité foncière, cette règle cessera de l'être avec l'adoption de l'article 710-16 (v. supra).

Section 4. - Des mentions en marge

Article 2435.- Sont publiées au fichier immobilier, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les subrogations aux privilèges et hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur.

Sauf dans le cas visé à l'article 2422, les mentions en marge n'ont lieu qu'à titre d'information.

Le premier alinéa de l'article 2435 reprend l'actuel article 2430 relatif aux mentions en marge.

Le deuxième alinéa consacre la solution jurisprudentielle voulant que la publication par voie de mention en marge ne soit pas requise à peine d'inopposabilité (exception faite de la convention de rechargement d'une hypothèque rechargeable).

B. AUTRES MODIFICATIONS

- * **Publication de l'état liquidatif assortissant la convention de divorce dans le divorce sans juge.**

Article 219-1

Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

À compter de ce dépôt, l'état liquidatif visé à l'article 229-3 donne lieu aux formalités de publicité foncière.

*** Suppression du régime spécifique d'opposabilité des donations immobilières**

*** Article 941 du Code civil ABROGATION**

~~«Le défaut de publication pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la publication, ou leurs ayants cause, et le donateur».~~

Il s'agit ici de tirer les conséquences de la jurisprudence qui a aligné l'opposabilité de la publication des donations sur le droit commun.

***Suppression de la prise en compte de la mauvaise foi dans l'art. 1198 du Code civil**

Article 1198

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.~~

*** Ajout à l'article D. 621-8 du Code de commerce que le jugement d'ouverture est soumis à publication au Service de la publicité foncière lorsqu'il concerne des immeubles.**

Article R. 621-8

Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde est mentionné avec l'indication des pouvoirs conférés à l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, au registre du commerce et des sociétés s'il s'agit d'un commerçant ou d'une personne morale immatriculée à ce registre.

À la demande du greffier du tribunal qui a ouvert la procédure, les mêmes mentions sont portées sur le répertoire des métiers ou sur le répertoire des entreprises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, s'il s'agit d'une entreprise artisanale.

S'il s'agit d'une personne non immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou aux répertoires mentionnés au deuxième alinéa, les mentions sont portées sur un registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de grande instance. Dans ce cas, le greffier indique, selon le cas, le siège ou l'adresse du débiteur, les nom, prénoms et adresse du représentant légal de la personne morale débitrice ou du débiteur personne physique.

Si une déclaration d'affectation a été faite conformément à l'article L. 526-7, mention du jugement d'ouverture est également portée, à la demande du greffier du tribunal qui l'a prononcé, conformément aux 1°, 3° et 4° de cet article, soit sur le registre spécial mentionné à l'article R. 526-15 ou celui mentionné à l'article R. 134-6 du présent code, soit sur le registre prévu par l'article L. 311-2 du code rural et de la pêche maritime.

Lorsque l'actif de l'entreprise comporte des droits ou des biens immobiliers, le jugement d'ouverture fait l'objet des formalités de publicité foncière.

Un avis du jugement est adressé pour insertion au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*. Cette insertion contient l'indication du nom du débiteur ou, lorsque la procédure est ouverte à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, la dénomination prévue par le dernier alinéa de l'article L. 526-6, selon le cas de son siège ou de son adresse professionnelle, de son numéro unique d'identification ainsi que, s'il y a lieu, du nom de la ville du greffe ou de la chambre de métiers et de l'artisanat de région où il est immatriculé ou, si un patrimoine a été affecté à l'activité en difficulté et selon le cas, de la ville où le greffe tient le registre prévu par l'article L. 526-7 ou, celle où est située la chambre d'agriculture mentionnée par ce texte, de l'activité exercée, de la date du jugement qui a ouvert la procédure et, le cas échéant, de celle de la cessation des paiements fixée par le tribunal si elle est différente. Elle précise également le nom et l'adresse du mandataire judiciaire et de l'administrateur s'il en a été désigné avec, dans ce cas, l'indication des pouvoirs qui lui sont conférés. Elle comporte l'avis aux créanciers d'avoir à déclarer leurs créances entre les mains du mandataire judiciaire et le délai imparti pour cette déclaration. Elle indique enfin les références électroniques du portail prévu par les articles L. 814-2 et L. 814-13.

Le même avis est publié dans un journal d'annonces légales du lieu où le débiteur a son siège ou son adresse professionnelle et, le cas échéant, ses établissements secondaires.

Le greffier procède d'office à ces publicités dans les quinze jours de la date du jugement.

Article L. 315-1 du Code de la consommation

Le prêt viager hypothécaire est un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le

remboursement - principal et intérêts capitalisés annuellement - ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès.

Ce contrat peut également prévoir le même dispositif avec un remboursement périodique des seuls intérêts.

Par dérogation à l'article 2430 du Code civil, l'inscription de l'hypothèque garantit la totalité des intérêts prévus.

Article 1402 du Code général des impôts

Les mutations cadastrales consécutives aux mutations de propriété sont faites à la diligence des propriétaires intéressés. Toute modification de la situation de l'immeuble au cadastre est subordonnée à l'accomplissement préalable de la formalité de publicité foncière.

Article R. 321-21 du Code des procédures civiles d'exécution ABROGATION

~~« A l'expiration du délai prévu à l'article R. 321-20 et jusqu'à la publication du titre de vente, toute partie intéressée peut demander au juge de l'exécution de constater la péremption du commandement et d'ordonner la mention de celle-ci en marge de la copie du commandement publié au fichier immobilier ».~~

Paris, le 1^{er} octobre 2018
Professeur Laurent AYNES

Annexe 1

Lettre de mission de Mme La garde des Sceaux
et de M. Le ministre de l'Action et des Comptes publics



MINISTÈRE DE LA JUSTICE
MINISTÈRE DE L'ACTION ET DES COMPTES
PUBLICS

LE DIRECTEUR DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCAU
LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DES FINANCES PUBLIQUES

Paris, le 02 NOV. 2017

Réf : SDDB/D3/CB/163.13.A/201710040412 **156**

Monsieur le Professeur,

Située à la croisée du droit civil et de la fiscalité, la publicité foncière est un rouage, souvent méconnu mais essentiel, de sécurisation des transactions immobilières et des financements bancaires octroyés.

A cet égard, les 354 services de publicité foncière placés sous l'autorité de la direction générale des finances publiques ont effectué en 2014 plus de 9 millions d'opérations, parmi lesquelles environ 2 millions de publications de transaction, près de 900.000 inscriptions de privilèges et d'hypothèques et plus de 5 millions de réponses à des demandes de renseignements d'usagers.

Depuis plus de soixante ans, le régime de la publicité foncière et l'organisation des services de publicité foncière, qui ont succédé aux conservations des hypothèques, sont principalement régis par le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière et le décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pris pour son application.

Ces textes fondateurs ont très peu évolué depuis leur publication alors que l'informatisation des procédures et des services est quasiment généralisée. De nombreuses dispositions sont donc désormais obsolètes. En outre, de nombreuses dispositions relatives à la publicité foncière se trouvent dans le code civil et dans le code des procédures civiles d'exécution.

Du fait de cette multiplicité des sources, et compte tenu de sa technicité, le droit de la publicité foncière apparaît difficilement accessible et intelligible pour les usagers comme pour les professionnels.

Partageant les mêmes objectifs de simplification et de modernisation tant du droit de la publicité foncière que des règles relatives au fonctionnement des services de publicité foncière, nos deux ministères ont conjointement engagé une réflexion sur une possible rationalisation du régime de la publicité foncière.

La clarification de ce régime présenterait, en outre, l'intérêt de fournir aux services de la publicité foncière un cadre juridique rénové garantissant la sécurité juridique des transactions immobilières.

Monsieur Laurent AYNES
Agréé des Facultés de droit
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)

13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01
Téléphone : 01 44 77 80 60
Télécopie : 01 44 77 82 39
www.justice.gouv.fr

Dans cette optique, plusieurs axes de rationalisation peuvent être envisagés :

- l'élaboration d'un régime commun de l'inscription et de la publication, autant que possible à droit constant, avec ses principes directeurs, ses conditions et effets ;
- une présentation méthodique, répondant aux objectifs à valeur constitutionnelle de lisibilité et d'accessibilité du droit, des règles relatives à la tenue et au fonctionnement des registres, à la délivrance des renseignements et à la responsabilité des services de la publicité foncière ;
- une mise à jour des mécanismes de rejet et de refus de publication des actes présentés (dire si la liste est limitative ou non, le cas échéant la compléter ou la modifier) ;
- un allègement du formalisme et du contrôle exercé par les services de la publicité foncière, notamment en matière de sûretés légales ;
- un réexamen de la liste des actes à publier (publications à supprimer, à prévoir).

Eu égard au caractère transversal de cette matière, une refonte des décrets de 1955, en particulier dans leur aspect législatif, aura nécessairement un impact sur différents domaines du droit et de l'économie. C'est la raison pour laquelle nous avons l'honneur de vous proposer de réunir un groupe de travail pluridisciplinaire afin d'élaborer un avant-projet de texte modernisant le régime de la publicité foncière, notamment en tenant compte des différents axes de rationalisation dégagés ci-dessus et en intégrant les nouvelles formes de division de la propriété (volume ; copropriété).

Ce groupe devra également déterminer le cadre dans lequel ces propositions pourront s'insérer : soit dans le code civil, soit dans un code autonome de la publicité foncière regroupant l'ensemble des dispositions gouvernant la matière, y compris celles figurant jusqu'à présent dans le code civil.

La direction des affaires civiles et du sceau et la direction générale des finances publiques apporteront leur entier concours à ce groupe de travail et contribueront à la réflexion en apportant leur analyse, leurs propositions et les données techniques nécessaires.

Afin qu'elles puissent rapidement être mises en œuvre, nous ne verrons qu'avantage à ce que les premières propositions, faisant suite à un rapport d'étape qui pourrait intervenir au mois de mars, puissent être remises d'ici le 30 juin 2018.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Professeur, l'expression de notre considération distinguée.



Thomas ANDRIEU



Bruno PARENT

Annexe 2

Composition de la Commission

ANNEXE 2 : Composition de la Commission

La Commission, présidée par le Professeur Laurent AYNES, est chargée de proposer un avant-projet de réforme du droit de la publicité foncière. Elle est composée de :

- Laurent AYNES, *Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)* ;
- Julie COUTURIER, *Avocate au Barreau de Paris* ;
- Pierre-François CUIF, *Directeur général du CRIDON de Paris* ;
- Pierre DESSEROUER, *Conservateur des Hypothèques honoraire, ancien Président de la commission juridique de l'Association Mutuelle des Conservateurs (AMC)* ;
- William DROSS, *Professeur à l'Université de Lyon III* ;
- Jacky GRANET, *Conservateur des Hypothèques honoraire, Président de l'Association Mutuelle des Conservateurs (AMC)* ;
- Hugues PERINET-MARQUET, *Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)* ;
- Muriel SUQUET-COZIC, *Diplômée notaire*,
- Thierry VACHON, *Notaire associé à Meudon (92)*.

Le secrétariat de la Commission est assuré par Marie WALAZYC, *Chef du bureau du droit immobilier et du droit de l'environnement de la Direction des Affaires civiles et du Sceau*, Claire BERGER, *Adjoint au chef du bureau du droit immobilier et du droit de l'environnement*, Albanie TERRIER, *Rédactrice au bureau du droit immobilier et du droit de l'environnement*.

La Commission s'est réunie pour la première fois le 13 novembre 2017, en présence des services de la DGFIP et de la DACS. Lors de cette réunion, il a été décidé que la Commission serait scindée en trois sous-groupes, chaque sous-groupe étant sous la responsabilité d'un professeur de droit :

Le **sous-groupe 1** présidé par le Professeur William DROSS, consacré aux questions générales posées par la publicité foncière (codification ; simplification ; unification des régimes d'inscription et de publication ; question de la prise en compte de la bonne foi ; des sanctions) ;

Le **sous-groupe 2** présidé par le Professeur Hugues PERINET-MARQUET, consacré à l'étude de la liste des actes à publier (augmenter ou retrancher certains actes de la liste actuelle ; publicité obligatoire et publicité facultative) ;

Le **sous-groupe 3** présidé par le Professeur Laurent AYNES, consacré au rôle de la publicité foncière et au degré de contrôle exercé par les services de la publicité foncière (étendue du contrôle, étude des causes de refus et de rejet, incidence de l'informatisation du fichier immobilier sur les modalités d'accès aux renseignements).

Annexe 3

Auditions réalisées par la Commission

ANNEXE 3 : Liste des personnes auditionnées

Auditions du 11 décembre 2017

Conseil supérieur du Notariat

M^e Didier COIFFARD, *Président*

M^e Jean-François HUMBERT, *1^{er} Vice-président*

M^e Damien BRAC DE LA PERRIERE, *Directeur des affaires juridiques*

Chambre des notaires de Paris

M^e Pascal CHASSAING, *Président*

M^e Jean-Félix FERRUS-SICURANI, *Notaire à Paris*

M^e Christophe NOIREL, *Notaire au Perreux-sur-Marne*

Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres experts

Séverine VERNET, *Vice-présidente*

Hervé GRELARD, *Directeur général*

AGRASC

Anne KOSTOMAROFF, *Directrice générale*

Marc PETER, *Chef du pôle opérationnel de l'agence*

Auditions du 11 janvier 2018

Conseil national du Barreau

M^e Laurence DUPONT, *Avocate*

M^e Patrick LE DONNE, *Président de la commission Intranet et Nouvelles technologies (jusqu'au 31 décembre 2017) et ancien Bâtonnier de Nice*

M^e Dominique DE GINESTET, *Présidente de la Commission Règles et Usages (mandature 2018-2020), et ancien Bâtonnier de Dax*

Livre foncier d'Alsace-Moselle

M. Jean-Luc VALLENS, *Magistrat honoraire*

M^e Olivier VIX, *Notaire*

M^e Jean-Marie OHNET, *Notaire*

Eric SANDER, *Secrétaire général de l'Institut du Droit Local*

Julien DUBARRY, *Professeur à l'Université de Toulon*

Auditions du 11 avril 2018

Le Barreau de Paris

M^e Frédéric FORGUES, *Représentant du CNB*

Auditions du 16 mai 2018

Anne DEBET, *Professeur à l'Université de Paris-Descartes, ancien membre de la CNIL
(Commission nationale de l'informatique et des libertés)*

Auditions du 13 juin 2018

CNIL

Émilie SERUGA-CAU, *Responsable du service des affaires régaliennes et des collectivités territoriales*

La Chambre nationale des huissiers de justice et la Fédération française bancaire ont fait parvenir leurs observations par écrit.

Annexe 4

Pistes d'adaptation des décrets traitant des refus et rejets

ANNEXE 4 : Pistes d'adaptation du décret concernant les rejets

Proposition n° 1 : Supprimer le refus du dépôt et ne conserver que le rejet de la formalité

Le refus du dépôt et le rejet de la formalité constituent les deux sanctions de l'inobservation des règles de forme qui gouvernent la publication et l'inscription. Leurs effets sont très différents : le refus, qui s'accompagne d'un renvoi des pièces et de la provision versées, fait perdre définitivement, même en cas de régularisation ultérieure ou d'annulation judiciaire, son rang à la formalité ; tandis que le rejet définitif est précédé d'une prénotification qui permet au requérant de régulariser la situation et de conserver le rang de la formalité à la date du dépôt initial. Les cas de refus et les cas de rejet sont énumérés dans des textes spéciaux. Mais en pratique une troisième sanction est apparue : le rejet pour refus non opposé (*art. 74, 3, D. 14 octobre 1955*).

Si refus et rejet sont nettement différents dans leurs conséquences, les critères de leur distinction sont de moins en moins clairs et surtout rationnels. Le refus est opposé au moment du dépôt et sanctionne des défauts à la fois immédiatement perceptibles et non susceptibles de régularisation (ex. : l'absence de mention de certification de l'identité des parties, l'absence de référence au titre du disposant). Tandis que le rejet est notifié après analyse de l'acte par le service au moment de l'annotation du fichier immobilier et sanctionne nombre de défauts régularisables.

Avec le développement et la généralisation, vivement souhaités par la Commission, du dépôt dématérialisé via Télé@ctes, on peut estimer que l'examen immédiat sanctionné par un refus deviendra inutile, le logiciel Télé@ctes empêchant la transmission de la formalité en présence d'un défaut actuellement sanctionné par un refus (s'agissant du certificat d'identité visé à l'article 38 du décret n°55-1350 du 14 octobre 1955, on suggère de le supprimer, lorsque l'acte ou le bordereau émane d'un professionnel désigné au 2 de cet article).

Ne demeurerait que le rejet, notifié dans le mois suivant le dépôt, qui s'appliquerait indifféremment aux défauts régularisables – la régularisation devant intervenir dans le délai d'un mois – et non régularisables, qui donneront lieu à un rejet définitif, tout comme les défauts non régularisés.

Ainsi, toute formalité prendrait rang à la date de sa transmission par Télé@ctes, sous réserve qu'elle ne fasse l'objet d'un rejet définitif dans les deux mois.

Proposition n° 2 : Clarification des textes concernant les modalités de mise en œuvre des procédures de contestation en justice des rejets

Les règles gouvernant les conditions, délais et voies de recours, afférentes à la mise en œuvre des procédures de rejet qui figurent aux articles 26 et 34 du décret du 4 janvier 1955 et à l'article 34, 3 du décret du 14 octobre 1955 dans leur version actuelle **comportent des ambiguïtés et imprécisions qui génèrent des erreurs d'interprétation et de manutention dans les services.**

Il faut donc les adapter pour y intégrer l'affirmation de certains principes, notamment les suivants :

Dans le 3 de l'article 34 du décret du 14 octobre 1955, préciser :

- que le dépassement du délai d'un mois imposé aux services de publicité foncière (SPF) pour notifier une cause de rejet ne peut en aucun cas être considéré comme un acquiescement tacite au dépôt de la formalité requise. (Elle est simplement susceptible d'engager la responsabilité de l'état s'il a causé un préjudice).
- que le dépôt dans le délai d'un mois d'une pièce justificative insuffisante rejetée par le service n'ouvre pas une nouvelle procédure de notification de cause de rejet assortie d'un nouveau délai de 30 jours.

Concernant l'article 26 du décret du 4 janvier 1955, indiquer :

- que les voies de recours ouvertes dans ce cadre concernent uniquement les actes auxquels a été opposé un **rejet définitif** et non les notifications **de causes de rejet**, les recours intentés à ce stade étant prématurés.

Proposition 3 : Adapter les textes aux évolutions jurisprudentielles

On peut donner comme exemple la situation créée par l'arrêt *Hedreul* en matière d'effet relatif des formalités.

Dès lors qu'on conserve le principe de vérification de l'actualité du titre du disposant ou dernier titulaire, présenté par l'article 32 du décret du 14 octobre 1955 comme « *la personne dont le droit se trouve transféré modifié, confirmé ou éteint -ou susceptible de l'être- avec ou sans son consentement par la formalité dont la publicité est requise* » comme règle absolue, conformément à la position affirmée par la cour de cassation à l'occasion d'un litige concernant des inscriptions (arrêt *Hedreul*), il semble cohérent que le second alinéa du 2 de l'article 34 qui en réduit la portée en indiquant « *qu'il n'y a pas de discordance lorsque le titre de la personne indiquée comme disposant ou dernier titulaire au sens du 1 de l'article 32 a cessé postérieurement à sa publication au fichier immobilier de produire tout ou partie de ses effets en raison d'un acte ou d'une décision judiciaire ultérieurement publié* » soit supprimé ou *a minima* réécrit.

En son temps, l'AMC (*Bulletin*, art. 1877) avait considéré que cet arrêt pris certes dans le cadre de litiges concernant des inscriptions, anéantissait totalement l'effet restrictif de l'article 34, 2, et, dans un souci de cohérence décidé que la position de la Cour de cassation devait s'appliquer à tous les actes publiés. Ayant affirmé ce principe, l'AMC décrivait ensuite dans l'article cité, un certain nombre de cas où l'application stricte du principe général de l'article 34, 1 pouvait trouver à être nuancée. Il s'agissait principalement de situations où la loi édictait un principe de rétroactivité (renouvellement d'inscriptions ou inscriptions définitives faisant suite à une provisoire), de certains actes et jugements portant

remise en cause de droits antérieurement publiés ou de certaines actions visant à obtenir cette remise en cause, etc.

On notera que le contrôle de l'effet relatif selon le principe posé par l'arrêt *Hedreul* ne met à la charge du Service de publicité foncière (SPF) qu'un contrôle de **l'actualité** du titre et ne l'autorise pas à en contrôler la **validité**. Ainsi, lorsqu'apparaît au fichier une double chaîne de propriété, il n'a pas à se prononcer sur la prééminence d'un titre par rapport à un autre, dès lors que les titres concurrents n'ont pas été anéantis l'un par l'autre. Par contre, l'application stricte du principe doit conduire à **éviter la création** de nouvelles chaînes de propriété concurrentes.

Il est donc proposé de supprimer des textes le second alinéa 2 de l'article 34 du décret du 14 octobre 1955.

Proposition 4 : Adapter les textes aux évolutions technologiques

S'agissant de la concordance indispensable entre cadastre et fichier immobilier, intégrer dans les textes les modalités applicables en cas de télépublication et les possibilités offertes par le serveur professionnel des données cadastrales.

Revoir les obligations relatives à l'usage obligatoire de formules prévues par l'Administration pour les documents dématérialisés n'ayant pas vocation à être re-matérialisés pour enlissage (en bref pour tous documents, sauf bordereaux d'inscription et saisies, susceptibles d'annotation pour mentions en marge).

Annexe 5

Pistes d'adaptation des décrets relatifs aux divisions immobilières

ANNEXE 5 : Pistes d'adaptation du décret aux évolutions de la pratique en matière de divisions immobilières

I.- RAPPEL RAPIDE ET SYNTHETIQUE DES DISPOSITIONS REGISSANT LA MATIERE

La publicité d'actes ou décisions judiciaires concernant des biens issus de divisions immobilières, génératrice d'assez nombreux refus ou rejets, est régie par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955 de la manière suivante :

Article 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 : [...] « *lorsque, sans constater une division de la propriété du sol entraînant changement de limite, il ne concerne qu'une ou plusieurs fractions d'un immeuble l'acte ou la décision judiciaire doit comporter à la fois la désignation des dites fractions et celle de l'ensemble de l'immeuble. La désignation de la fraction est faite conformément à un état descriptif de division ... établi dans les conditions fixées par décret, et préalablement publié* ».

Ces conditions figurent aux **articles 71-1 à 71-13 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955**.

L'article 71-1 indique la **forme** que doit revêtir l'EDD (acte spécifique, acte intégré dans un règlement de copropriété, décision judiciaire...), et **son objet** : il « *doit identifier l'immeuble auquel il s'applique, opérer une division en lots et attribuer un numéro à chaque lot* », étant observé qu'« *un seul état descriptif doit être établi lorsque plusieurs bâtiments ou groupes de bâtiments pouvant faire l'objet de copropriétés particulières sont édifiés sur un sol dont la propriété est placée globalement sous un régime d'indivision forcée* ».

L'article 71-2 définit :

- **ce que l'on entend par lot** (fractions d'immeubles sur laquelle s'exercent ou peuvent s'exercer des droits réels concurrents, etc.).
- **ce qui constitue une fraction d'immeuble** au sens de l'article 7 du décret du 4 janvier 1955, savoir : pour les bâtiments : chaque local principal et chaque local secondaire..., pour les terrains non bâtis : « *chaque portion de terrain sur laquelle est réservé un droit réel privatif, etc.* ».

L'article 71-3 définit la **manière dont doit être identifiée la fraction** c'est-à-dire par son emplacement, lui-même déterminé par sa situation dans l'immeuble ou par référence à un plan ou croquis annexé à la minute de l'acte ou de la décision

judiciaire. Lorsque la fraction est située dans un bâtiment, sa situation est définie par indication de l'escalier de l'étage, etc.

Les articles 71-4 à 71-7 donnent des indications :

- sur **le numérotage des lots** (continu, série unique à partir de l'unité avec dérogation possible en cas de pluralité de bâtiments..., interdiction de reprendre un des numéros précédemment attribués en cas de réunion ou de scission de copropriétés existantes (71-4) ;
- sur **la forme et le contenu du tableau devant être incorporé ou annexé à l'acte** (71-5) ;
- sur **la manière dont doivent être constatées les modifications ultérieures de l'EDD** notamment en cas de division ou de réunion de lots (71-6) ;
- sur **le contenu des tableaux à fournir en cas de modificatif** (71-7).

L'article 71-12 précise les causes de refus

- de publier **l'EDD** déposé (contravention aux dispositions des articles 71-1 à 71-9) ;
- de publier les **actes qui concernent une fraction d'immeuble** (absence de référence à la publication de l'EDD ou des modificatifs d'EDD afférents à la fraction en cause, non indication du numéro de lot intégrant la fraction.)

L'article 71-13 énumère les causes de rejet :

- des **actes déposés concernant une fraction d'immeuble** (discordances entre les références de publication de l'EDD données dans l'acte et celles figurant au fichier, discordances dans la désignation des lots, entre le document déposé et l'EDD publié ;
- des **EDD et modificatifs d'EDD déposés** (utilisation de numéros précédemment attribués, non-prise en compte d'une division ou d'une modification antérieure des lots).

II. PROBLEMATIQUE ET ADAPTATIONS NECESSAIRES

Dans la mesure où ces textes visent les **fractions d'immeuble** sans préciser leur nature, et bien que toutes ces règles soient établies en référence soit à des divisions de terrains (lotissements) soit à des divisions de bâtiments en lots de copropriété, il est admis qu'elles valent pour tous les types de division.

On les applique donc aussi bien aux copropriétés régies par la loi du 10 juillet 1965 qu'aux divisions volumétriques, bien qu'aucun des éléments de désignation spécifiques constituant leur essence ne figure aux articles 71-1 à 71-5 du décret. Pour ces dernières les adaptations nécessaires s'effectuent en se basant sur les éléments de doctrine et les indications données par l'AMC (*Bulletin, art. 1847 et 1929*) qui intègrent notamment les préconisations formulées par la « Commission relative à la copropriété du ministère de la Justice » dans sa « *recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division* ».

Le décret du 14 octobre 1955 ne donne pas davantage d'indications sur la manière dont il convient de traiter et d'identifier au regard de la publicité foncière, les nouveaux types de division qui se développent tant dans le cadre d'opérations d'aménagement faisant appel à une pluralité de promoteurs (lots transitoires) que dans la recherche de facilités de gestion par les bailleurs sociaux dans les ensembles immobiliers mixant logements sociaux et logements en accession (macro-lots de copropriété).

Enfin, il ne précise pas clairement la hiérarchie des divisions (divisions primaires : volumes ; divisions secondaires : lots) et celle des interdictions (lot de volume dans un lot de volume, lot de volume dans un lot de copropriété, lot de copropriété dans un lot de copropriété...).

Cette situation n'est évidemment pas satisfaisante, étant observé que les imprécisions des textes constituent des sources d'interrogation pour les praticiens et engendrent de nombreux refus et rejets liés notamment à l'identification des ensembles divisés et celle des fractions (références d'assise, qualification des fractions, hiérarchie des divisions, fusion ou division des fractions, scissions ou réunion des volumes ou copropriétés, etc.).

Aussi, dès lors que, s'agissant des divisions volumétriques, la doctrine est maintenant bien établie et que la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 modifiant l'article 28 de la loi du 10 juillet 1965 y fait explicitement référence comme possibilité de règlement de scissions de copropriété, il paraît indispensable d'en tirer les conséquences au regard des textes régissant la publicité foncière.

Il semble à cet égard tout aussi essentiel de donner dans le texte des indications claires sur la manière dont on doit traiter les lots transitoires et les macro-lots de copropriété et de poser les règles concernant la hiérarchie des divisions.

Avant de proposer les grands axes de modification des principes énumérés aux articles concernés des décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955, un petit rappel de situation concernant la notion de macro-lots ou lots transitoires, leur typologie et les conséquences à en tirer pratiquement au regard de la publicité foncière semble souhaitable.

La première catégorie de macro-lots s'inscrit dans la pratique du droit de l'urbanisme.

Il s'agit de lots constitués dans le cadre d'opérations d'aménagement d'une zone ou d'un quartier en espace urbain ou périurbain, en vue de recevoir des constructions édifiées par des maîtres d'ouvrages différents.

Ils peuvent soit constituer au sein de l'ensemble un tènement foncier autonome, (cas fréquent dans les ZAC), soit constituer une fraction d'immeuble incluse dans un sol soumis au régime de l'indivision forcée.

Dans le premier cas, l'assise du macro-lot se trouve constituée par une fraction du sol identifiable par sa désignation cadastrale (parcelle issue de la division de la parcelle d'origine) et il n'y a pas lieu de référencer le macro-lot ou lot transitoire d'une autre manière pour la publicité foncière. Ce tènement foncier peut constituer l'assise d'une division volumétrique ou d'une division en lots de propriété.

Dans le second cas, le macro-lot fait partie d'un ensemble soumis au statut de la copropriété et doit être traité comme un lot ordinaire. Il peut y être édifié des constructions sans autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires si son propriétaire bénéficie d'un droit à construire sur ce lot, inscrit dans le règlement de copropriété (cf. : Cass. civ. 3^e, 8 juin 2011, pourvoi n°10-20.276 ; Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1991 ; Cass. Civ. 3^e, 4 octobre 2010). Pour autant, il ne peut abriter en tant que telle une copropriété distincte de la copropriété d'origine. Les lots qui pourront en être issus entraîneront donc au fichier la suppression du macro-lot et la création de nouveaux lots identifiés et numérotés conformément aux règles énoncées aux articles 71-1 à 71-3 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

S'agissant d'un lot de copropriété, on ne pourra pas non plus y opérer une division volumétrique sauf à s'inscrire dans le cadre d'une scission de copropriété.

La seconde catégorie s'inscrit essentiellement dans la volonté exprimée par les bailleurs sociaux de procéder à une gestion différenciée des appartements qu'ils possèdent et louent lorsqu'ils sont situés dans un ensemble soumis au statut de la copropriété.

Ces macro-lots peuvent être constitués dès l'origine dans l'EDD RCP, bien qu'ils regroupent en ce cas plusieurs éléments (appartements, boutiques, caves...) cités à l'article 71-2 du décret du 14 octobre 1955, comme constituant intrinsèquement des fractions d'immeuble constituant des lots. On se retrouve alors dans une situation correspondant aux textes en vigueur avant 1979 et pour adapter les règles à la réalité de ce type de macro-lots, il serait peut être bon de modifier la rédaction de l'article précité en ajoutant : « ou chaque ensemble de locaux identifié comme lot unique, à l'intérieur duquel les locaux (principaux ou secondaires) ne constituent que des éléments descriptifs du lot qui les contient ».

Ces lots constituent des lots de copropriété ordinaire, seuls identifiables comme tels au regard de la publicité foncière. Dans ce cas, les appartements, caves et autres éléments qu'ils contiennent ne doivent donc pas être identifiés comme lots, dès lors qu'un lot de copropriété ne peut contenir d'autres lots de copropriété.

Ils peuvent aussi être constitués *a posteriori* dans le cadre d'un modificatif d'EDD. En ce cas, leur création doit entraîner la suppression des lots qu'ils intègrent, les locaux concernés devenant alors de simples éléments descriptifs du lot constitué.

III. PROPOSITIONS D'ADAPTATION DES TEXTES

Elles visent à supprimer les ambiguïtés décrites, en intégrant les divisions volumétriques et les problématiques des macro-lots, qu'ils servent de base transitoire à une division à venir, en volume ou copropriété (macro-lots « *urbanisme* ») ou de regroupement de fractions d'immeubles constituant normalement des lots au sens de l'art 71-2 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

L'article 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 n'appelle qu'une modification à la marge du troisième alinéa.

« [...] Lorsque, sans réaliser ou constater une division de la propriété du sol entraînant changement de limite, il ne concerne qu'une ou plusieurs fractions d'un immeuble, l'acte ou la décision judiciaire doit comporter à la fois la désignation desdites fractions et celle de l'ensemble de l'immeuble.

La désignation de la fraction est faite conformément à un état descriptif de division, ou, éventuellement, à un état modificatif, établi dans les conditions fixées par décret, et préalablement publié ; elle doit mentionner le numéro du volume, pour les divisions volumétriques, ou du lot, pour les autres divisions, dans lequel la fraction est comprise, et, sous réserve des exceptions prévues audit décret, la quote-part dans la propriété du sol afférente à ce lot. »