

Acquisition par un époux en instance de divorce : le notaire doit garder le secret !

Anne-Catherine Chiariny-Daudet, Docteur en droit

Un notaire peut-il voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas révélé à une épouse en instance de divorce l'acquisition faite par son conjoint ? Cette interrogation posée à la Cour de cassation l'invite à se prononcer sur la teneur du secret professionnel auquel est tenu le notaire.

En l'espèce, Monsieur X et Madame Y se sont mariés sans contrat préalable le 24 septembre 1988. Par acte du 18 avril 1996, Madame Y a assigné son mari en divorce. Pendant le cours de la procédure, Monsieur X, par acte notarié reçu le 29 janvier 1997 par Maître Z, notaire, a acquis un appartement sis à Elancourt dont le prix d'acquisition était financé au moyen, pour partie de fonds propres et pour le surplus de fonds d'emprunt. Lors de cette acquisition, Monsieur X était assisté de son notaire.

Par acte du 5 avril 2001, le syndicat des copropriétaires de la résidence dont dépend l'appartement acquis par Monsieur X, a assigné Madame Y en règlement des charges de copropriété non réglées par ce dernier. Par jugement du 27 juin 2002, aujourd'hui définitif, Madame Y et Monsieur X ont été condamnés à payer au syndicat des copropriétaires la somme de 10 638,07 euros. Mme Y a alors assigné les notaires en réparation de son préjudice. Ayant été condamnés par la Cour d'appel de Paris, le 28 février 2006 à payer à Madame Y la somme de 6 497,87 euros en réparation de son préjudice, les notaires ont formé un pourvoi en cassation. Le 4 juin 2007, la première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt aux motifs que « *d'une part l'acquisition par un époux d'un bien financé par des fonds propres et des fonds empruntés postérieurement à l'assignation en divorce ne constitue pas une fraude aux droits de son conjoint, ledit bien n'ayant pas vocation, sauf si le divorce n'est pas prononcé, à entrer dans la communauté mais devant, au contraire, lui appartenir à titre de propre et, d'autre part, que le secret professionnel interdit au notaire de révéler au conjoint l'acquisition que projette de faire un époux* ».

La Cour de cassation vient clarifier la mission du notaire sollicité pour authentifier l'acquisition immobilière faite par un époux en instance de divorce (I), en confirmant qu'il se doit d'observer le respect du secret professionnel (II).

I - Le notaire face à l'acquisition immobilière faite par un époux en instance de divorce  
Le notaire, garant de la licéité de l'acte qu'il reçoit, pouvait jusqu'à présent redouter de voir sa responsabilité engagée après avoir prêté son concours à une acquisition immobilière faite par un époux en instance de divorce animé d'une volonté délibérée de dissimuler celle-ci à son conjoint. La solution adoptée par la Cour de cassation vient ôter tout doute sur la validité de cet acte (A) qui ne constitue pas une fraude aux droits du conjoint (B).

A - La validité de l'acquisition immobilière faite par un époux en instance de divorce  
La Cour de cassation en venant s'assurer de la licéité de l'acte effectué par l'époux vient indirectement rappeler que le notaire en tant qu'officier public ministériel, est garant de la validité et de l'efficacité *inter partes* des actes qu'il reçoit. En tant que rédacteur, il doit établir un acte régulier dans sa forme et, en tant que conseil, il doit éclairer les parties sur l'opération envisagée dans la mesure où il est garant de l'adéquation de l'acte aux objectifs poursuivis (R. Libchaber, obs. ss. Civ. 1re, 12 juill. 2005, Defrénois 2005. 2012).

En l'espèce, les notaires avaient prêté leur concours à l'acquisition d'un immeuble par un

époux après l'ouverture d'une procédure en divorce. Or, conformément aux articles 1401 et 262-1 (dans sa rédaction issue de la loi n° 75-617 du 11 juill. 1975) du code civil visés par les magistrats de la Cour de cassation, un époux peut, même après l'ouverture d'une procédure en divorce, acheter seul un bien immobilier de sorte que l'acte était valable. Les officiers publics ministériels ont, à n'en point douter, appelé l'attention de leur client sur le sort juridique du bien, objet de l'acquisition (sur le devoir de conseil du notaire, V. not. : Civ. 1re, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 282 ; RTD civ. 2001. 627, obs. Crocq  ; Defrénois 2001. 261, obs. Aubert ; JCP E 2001. 372, note D. Legeais (1re esp.) ; JCP N 2002. 1105, étude Montravers ; 19 déc. 2006, Bull. civ. I, n° 556 ; D. 2007. AJ. 304, obs. Gallmeister  ; LPA, 15 mai 2007, note Perruchot-Triboulet). Comme le réaffirme à juste titre les Hauts magistrats, ce dernier ne resterait propre qu'en cas de prononcé du divorce et à défaut dépendrait de la communauté de biens subsistant entre les époux.

En cas de divorce, il est fréquent que l'époux qui ne se voit pas conférer la jouissance du logement familial souhaite acquérir un nouveau logement afin de s'installer rapidement. Cet arrêt devrait alors sans nul doute rassurer les notaires qui demeureraient réticents à instrumenter un tel acte en raison de la volonté délibérée de l'époux de le dissimuler à son conjoint. Face à une telle demande, le notaire, conseil de l'époux en instance de divorce, doit conférer la force authentique à cet acte qui ne constitue pas, contrairement à l'interprétation adoptée par la cour d'appel, une fraude aux droits du conjoint.

#### B - L'absence de fraude aux droits du conjoint

En l'espèce, la Cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité des notaires au motif que le bien ayant été acquis postérieurement à l'ouverture de la procédure de divorce, avec pour partie des fonds propres, il avait vocation à entrer dans la communauté, et que la fraude aux droits de Mme Y était donc constituée.

Or, si le notaire doit s'abstenir de prêter son ministère pour conférer le caractère authentique à une convention dont il sait qu'elle méconnaît les droits d'un tiers (Civ. 1re, 5 mars 2002, *op. cit.*), l'interprétation retenue par la cour d'appel est en l'espèce tout à fait critiquable.

En effet, avant que toute procédure en divorce ne soit engagée, un époux soumis au régime légal de la communauté réduite aux acquêts peut accomplir seul une acquisition immobilière (en ce sens : Civ. 1re, 5 avr. 1993, Bull. civ. I, n° 136 ; D. 1993. IR. 107  ; RTD civ. 1994. 403, obs. B. Vareille  ; JCP 1993. IV. 1491 ; Defrénois 1993. 83, note Champenois) sans en informer son conjoint. Les époux sont alors conjointement tenus des dettes afférentes à cette acquisition telles que le paiement des charges de copropriété (sous réserve de la dette constituée par l'emprunt). L'obligation à la dette est l'un des effets légaux des régimes de communauté. Aucune fraude ne peut être caractérisée pour retenir une quelconque responsabilité de la part du notaire.

*A fortiori*, un époux peut acquérir un bien immobilier financé par des fonds propres et des fonds empruntés postérieurement à l'ouverture d'une procédure en divorce, le bien ayant vocation à demeurer propre sauf si le divorce n'était finalement pas prononcé. L'article 262-1 (dans sa rédaction issue de la loi n° 75-617 du 11 juill. 1975) du code civil visé par les Hauts magistrats, qui dispose que « *le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne les biens, dès la date d'assignation* », vient corroborer cette analyse. L'acte est opposable à l'épouse qui, même si elle en avait été avertie, n'aurait pas pu empêcher cette acquisition (à la différence de la vente du logement familial à laquelle elle peut s'opposer). L'ouverture de cette procédure a pour effet de lui conférer la qualité de tiers.

Cependant, elle ne saurait être considérée comme un simple *penitu extranei* et demeure un tiers « intéressé » jusqu'au prononcé du divorce. Le syndicat des copropriétaires pouvait lui réclamer le paiement des charges de copropriété puisqu'en vertu de l'effet légal du mariage non anéanti, elle reste obligée à la dette.

Il est néanmoins regrettable que la Cour de cassation n'ait pas pu souligner que la dette afférente à l'appartement nouvellement acquis était, dans les rapports de contribution,

nécessairement personnelle à l'époux acquéreur, son ex-conjoint devant pouvoir lui demander le remboursement des sommes versées. Le principe de l'effet relatif des contrats posé à l'article 1165 du code civil est battu en brèche en raison de l'existence et de la persistance du lien matrimonial, mais il retrouvera pleinement sa vigueur après le prononcé du divorce. L'époux en instance de divorce peut donc accomplir seul cet acte même s'il crée une obligation à la dette pour l'épouse jusqu'au prononcé du divorce. L'épouse ne pouvait, en l'espèce, se prévaloir d'aucune fraude à son égard pour rechercher la responsabilité du notaire qui peut opposer le respect du secret professionnel à ce tiers « particulier » à l'acte conclu.

II - Le notaire tenu au secret professionnel concernant l'acquisition immobilière faite par un époux en instance de divorce

La Cour de cassation affirme que le notaire est tenu au secret professionnel. Cette décision invite à s'interroger sur les domaines *ratione personae* (A) et *ratione materiae* de cette obligation (B).

A - Le domaine *ratione personae* de l'obligation au secret professionnel

Le notaire est tenu au silence sur les contrats auxquels il prête son concours. C'est ce que vient rappeler la Cour de cassation dans cette affaire. Les notaires, en tant que conseils de l'époux en instance de divorce, sont tenus de ne pas révéler la teneur des contrats conclus par ce dernier à son épouse. Cette dernière demeurant tiers à l'acte (*V. supra*), le respect du secret professionnel peut lui être opposé par les officiers publics ministériels.

*Ratione personae*, cette obligation à laquelle sont tenus les notaires s'exerce à l'égard des tiers à l'acte, envisagés strictement. La Cour de cassation avait d'ailleurs précédemment exclu la responsabilité professionnelle d'un notaire qui n'avait pas révélé au vendeur d'un bien immobilier qu'il avait été chargé par l'acquéreur de sa revente, pour un prix nettement supérieur (Civ. 1re, 3 mai 2006, Bull. civ. I, n° 209 ; D. 2006. IR. 1402, obs. P. Guiomard  ; RTD civ. 2006. 759, obs. J. Mestre et B. Fages  ; JCP N 2006. 1278, n° 12, obs. S. Piedelièvre ; *ibid.* 1324, note M. Couturier).

Ainsi, le secret professionnel auquel sont tenus les notaires doit s'articuler avec le devoir de conseil. Les parties sont non seulement créancières de cette obligation positive qui doit les mettre en mesure de conclure des actes non préjudiciables (le notaire, rédacteur d'un acte, est tenu d'un devoir de conseil à l'égard de toutes les parties à l'acte, Civ. 1re, 14 nov. 2001, Bull. civ. I, n° 278 ; RD imm. 2002. 145, obs. J.-M. Berly  ; AJDI 2002. 405, obs. F. Malbosc-Cantegril  ; Defrénois 2002. 273, obs. Aubert), mais elles sont également les bénéficiaires directs de cette obligation de ne pas faire, résidant pour le notaire dans l'obligation d'observer strictement le secret professionnel.

En l'espèce, les notaires ne devaient pas divulguer l'existence et la nature de la convention conclue à l'épouse en instance de divorce. L'existence d'une procédure aux fins de rupture du lien matrimonial conduit en effet à identifier l'épouse comme tiers. D'ailleurs, cette solution sera transposée à l'épouse séparée de biens. Dans la mesure où l'acte était valable et ne constituait pas une fraude aux droits du conjoint (*V. supra*), la solution adoptée par Cour de cassation doit être approuvée. L'obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les notaires, les exonère de toute responsabilité.

B - Le domaine *ratione materiae* de l'obligation au secret professionnel

La Cour de cassation affirme clairement que « le secret professionnel interdit au notaire de révéler au conjoint l'acquisition que projette de faire un époux ». Cependant, dans la mesure où une vente immobilière doit être impérativement publiée à la Conservation des hypothèques, l'on peut s'interroger sur le domaine matériel de cette obligation au secret professionnel.

Avant la publication de l'acte, le respect du secret professionnel se conçoit aisément. Il est clair que le notaire ne doit pas adopter une démarche positive d'information d'un tiers «

intéressé » comme l'était l'épouse en l'espèce. La révélation de cette acquisition immobilière à l'épouse pouvait tout au contraire justifier la mise en oeuvre de sa responsabilité par l'époux acquéreur dans la mesure où, dans le cadre d'une instance de divorce, l'existence de cet acte peut influencer sur l'attribution du logement familial ou encore, le cas échéant, sur la capacité de contribution d'un époux au versement d'une pension alimentaire. Le notaire ne doit donc pas enfreindre le secret professionnel mais il ne doit pas davantage utiliser cette information si le partage des biens lui a également été confié.

En revanche, postérieurement à la publication, le domaine *ratione materiae* peut paraître plus flou, voire inexistant, dans la mesure où par définition, la publicité a pour principal objet de porter l'acte à la connaissance des tiers.

Il n'en demeure pas moins que cette obligation au secret professionnel, à nos yeux, perdure et impose finalement au notaire de ne pas révéler la teneur de l'opération globale dans laquelle s'insère l'acte publié. De sorte que la publication loin d'éteindre l'obligation au secret professionnel, en modifie simplement quelque peu la substance.

Ainsi, la solution retenue par la Cour de cassation mérite d'être saluée pour n'avoir pas sanctionné un notaire qui n'avait fait qu'accomplir scrupuleusement son devoir.

**Mots clés :**

DIVORCE \* Effet \* Epoux \* Date d'assignation \* Emprunt postérieur \* Dette personnelle  
NOTAIRE \* Secret professionnel \* Acquisition \* Immeuble \* Epoux \* Divorce