

L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE DE TRANSFERT IMMOBILIER.

René CALINAUD, Conseiller à la Cour d'Appel de Papeete

* * *

Dans le dernier état législatif, en Polynésie française, l'exigence d'une telle autorisation procède de la loi statutaire du 6 septembre 1984 modifiée en 1990. Mais auparavant, pendant un demi-siècle ou plus, elle concernait toutes les transactions immobilières. L'étudier dans ce cadre originel plus large, comme tel est l'objet de cette note, présente une double utilité : parce que les tribunaux peuvent encore avoir à apprécier la validité de ventes conclues avant 1984 ; parce que les principes et les solutions déjà dégagés pour celles-ci peuvent encore servir dans le cadre actuel plus restreint.

Outre les textes qui l'instituent, cette contrainte a donné lieu à un certain nombre de décisions judiciaires, parfois divergentes, mais non à une synthèse ni à une réflexion qui en donne une vue d'ensemble structurée. Nous voudrions essayer d'avancer dans ce sens, et pour cela nous avons deux voies d'approche qui sont d'une part l'examen des antécédents historiques locaux, d'autre part la comparaison avec certaines dispositions métropolitaines du passé.

Il faut rappeler, d'abord que le système foncier polynésien était basé sur la propriété familiale inaliénable, ignorant la possibilité juridique de la vente et son rôle économique. Durant la période transitoire (fin 18e, première moitié du 19e siècle) où les Royaumes indépendants connaissent les premiers établissements européens, le souci des autorités locales conseillées par les missionnaires protestants a été de se protéger contre les nouveaux arrivants et de préserver leur régime foncier ancestral. C'est ainsi que le code tahitien de 1842 contient l'interdiction formelle et absolue de la vente et même de la location des terres.

Dès le début du Protectorat français, la volonté d'ouvrir le pays à la colonisation conduit à rendre licites ces

transactions. Tel fut l'objet de deux arrêtés gubernatoriaux pris les 26 janvier 1844 et 13 octobre 1845, qui furent ensuite entérinés par la Convention de 1847 et par le législateur tahitien. Toutefois, ces arrêtés avaient en même temps institué un contrôle administratif strict, soumettant les transactions à une publicité préalable, au droit d'opposition et de préemption du Gouverneur, et à un visa judiciaire.

Ces dispositions ont été rendues caduques par l'effet de la promulgation locale du code civil en 1874, et Tahiti connaît alors une longue période de libéralisme total, à la faveur de quoi se constituent les "domaines" plus ou moins grands des colons. Puis survient le décret du 4 juillet 1932, qui établit l'autorisation administrative de transfert immobilier, dans l'objectif déclaré de sauvegarder la propriété indigène ; et enfin le décret du 25 juin 1934, pris pour améliorer et alléger le précédent, et qui, avec quelques modifications de détail ultérieures, va régir la matière jusqu'à la loi de 1984. (C'est essentiellement de son régime qu'il sera question ici).

La prohibition de la vente et de la location des terres figurait également dans les codes propres aux royaumes de Raiatea et de Huahine, très vraisemblablement aussi à Bora-Bora. Après l'annexion de cet archipel, les lois codifiées des Iles sous le vent, dans leur rédaction de 1898 et leur révision de 1917, les ont rendues licites mais en les soumettant à l'approbation de l'Administrateur. Ce régime particulier a duré jusqu'en 1945, en concours avec celui de Tahiti à partir de 1932-34, et il n'y a donc pas eu ici de hiatus.

En métropole, notre base de comparaison est une loi du 16 novembre 1940 qui avait soumis toutes les opérations immobilières à l'autorisation préfectorale. Ce texte vichyssois a été abrogé par une ordonnance du 2 novembre 1945, mais il a donné lieu à une réflexion doctrinale et jurisprudentielle importante qui est utile à notre propos. Certes, il y a une différence fondamentale entre cette loi de 1940, qui était contraire à l'esprit libéral et individualiste du droit civil français, et le décret de 1934, dont on peut dire en revanche qu'il est conforme à la tradition polynésienne puisque ici la réglementation de la vente est née en même temps que la vente elle-même. Mais il y a aussi une convergence, c'est que les deux textes sont motivés par le but de protéger le patrimoine d'un peuple contre les accaparements

des étrangers (1), c'est pourquoi il est légitime de s'inspirer des travaux nés de la loi de 1940 pour éclairer notre régime local.

* * *

Conditions d'application

Dispositions essentielles du décret du 25 juin 1934 :

- Art.1er (alinéa 1) : *"Dans toute l'étendue du territoire des Établissements Français de l'Océanie, aucun transfert de propriétés immobilières entre vifs ne peut avoir lieu sans autorisation du Gouverneur de la colonie."*

(alinéa 2, droit de préemption)

(alinéa 3) *"Les règles précédentes s'appliquent aux locations de propriétés immobilières d'une durée égale ou supérieure à dix ans."*

- (Art.2, évaluations)

- (Art.3 et 4, procédure)

- Art.5 : *"Tout transfert de propriété immobilière effectué sans cette autorisation sera nul de plein droit "* (...)

- (Art.6, ventes judiciaires)

- (Art.7, retrait successoral)

- (Art.8 à 10, sanctions pénales et dispositions diverses).

Avant d'examiner l'application de ce texte, on peut s'interroger sur sa légalité, voire sa constitutionnalité.

La question a été posée en justice, et la Cour d'appel de Papeete y a répondu comme suit : la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété mais non pas l'aménagement de ce régime ; par ailleurs, la spécificité législative des T.O.M. est également un principe constitutionnel, qui comporte la possibilité d'édicter des dispositions particulières par décret en conseil des ministres ; or le décret-loi organique 57-812 du 27 juillet 1957 place dans les attributions territoriales l'aménagement du régime foncier, en précisant que les lois et décrets relatifs à ces matières restent en vigueur ; tel est le cas justement du décret de 1934, et l'exception d'illégalité est donc rejetée (arrêt 199 du 20 décembre 1984, définitif).

(1) L'inspiration tacite est antisémite en 1940, antichinoise en 1932-34, mais dans les deux cas la formulation et son application pratique sont générales.

En réalité, la question comporte trois points distincts:

a) celui de la légalité d'origine : il suffira de rappeler que le décret de 1934 est intervenu dans un cadre constitutionnel où les territoires d'Outre-mer étaient soumis au régime des décrets en vertu du sénatus-consulte du 3 mai 1854.

b) celui de la constitutionnalité, par rapport à la Constitution de 1946 : on se référera à l'art.72 de celle-ci, qui pose le principe de la spécialité du statut territorial et auquel le décret-loi du 27 juillet 1957 est parfaitement conforme (tel est le fondement de l'arrêt du 20 décembre 1984).

c) celui d'une éventuelle abrogation tacite par l'effet de la Constitution de 1958 (question non encore expressément posée en justice, et que l'arrêt de 1984 a donc seulement effleurée). En effet, si la nouvelle Constitution a réaffirmé le principe de la spécialité des T.O.M. (art.74 et 76), toutefois elle accroît pour ce qui les concerne le domaine du pouvoir législatif en disposant en son art.34 que *"la loi détermine les principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales..."* Dès lors, le décret de 1934 pouvait-il demeurer en vigueur ? Premier élément de réponse, on peut estimer que la nouvelle répartition des attributions, opérée par le constituant entre loi et règlement, n'a pas eu pour effet de réduire les compétences antérieures de l'Assemblée territoriale, puisque celles-ci faisaient partie du statut particulier que le Territoire conserve en vertu de l'art.76 de la même Constitution et qui comprennent notre matière en vertu du décret-loi du 22 juillet 1957. Le Conseil Constitutionnel s'est prononcé en ce sens, en jugeant que l'organisation particulière des T.O.M. peut déroger à l'art.34 et donner aux Assemblées territoriales des attributions qui pour la métropole sont réservées au Parlement (Décision du 2 juillet 1965, J.O.R.F. 24 août 1965). Deuxièmement, le libellé des articles 544, 537, 1594, 1598 du code civil, ainsi que l'intervention en métropole des décrets du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière, des 16 avril 1955 et 27 septembre 1955 sur le remembrement, du 31 décembre 1958 sur les lotissements, etc..., démontrent amplement que, si le droit de libre disposition des biens constitue un principe fondamental, ses modalités d'exercice n'en sont pas moins sujettes à restrictions.

La position de l'arrêt de 1984 sur la validité de l'obligation d'autorisation administrative semble donc devoir être maintenue.

Champ d'application du décret de 1934 :

Territorialement, il concerne l'ensemble des "*Établissements français de l'Océanie*", expression désignant précisément ce qui est aujourd'hui le territoire de la Polynésie française. On remarquera que, dans l'esprit du texte, ce qui compte est le lieu de situation de l'immeuble ; il importerait donc peu que l'acte de disposition ait été passé hors du territoire.

Dans le temps : les décrets de 1932-34 n'ont pas d'effet rétroactif ; les actes antérieurs sont valables ; le cas échéant, la question sera de déterminer si l'accord des parties sur la vente a acquis date certaine avant la promulgation de ces textes (en ce sens: T.S.A. 202 du 24 septembre 1964 ; Cass. Req.26.6.44, S.1945 I 53 ; TSA 2.12.71 et Cass.26.6.73).

Ratione materiae, l'exigence s'applique à toutes les propriétés immobilières. Ceci vise au premier chef la propriété foncière, celle des terres ; la Cour de Cassation a précisé que cela englobait les constructions (Arrêt du 16 juillet 1963 cassant TSA 62 du 23.3.61) non pas toutefois les installations volantes et temporaires (TSA 9 du 14.1.54) ; par contre, il semble que la pratique en ait exclu les navires et aéronefs, qui juridiquement sont bien des immeubles, mais soumis à un régime spécifique.

Tous les actes emportant transfert de propriété entre vifs sont concernés (la restriction "*entre vifs*" a été introduite par le décret de 1934, alors que celui de 1932 avait prétendu englober aussi les dispositions testamentaires) : outre les ventes, tel est le cas des échanges et des donations. Ceci s'étend aux décisions judiciaires qui entraînent le même effet : vente par licitation (art.6 du décret), transaction ou conciliation (TSA 139 du 16.11.39 et 106 du 23.9.43), réalisation forcée de promesse de vente.

Une "*difficulté*" nous a été signalée, qui ne paraît pas avoir donné lieu à un contentieux judiciaire, elle concerne la subrogation du bailleur de fonds, substitué au vendeur d'immeuble

dans son privilège : en métropole, il est entièrement subrogé et peut reprendre l'immeuble en cas de défaillance de l'acquéreur ; donc, ici, est-il obligé de demander l'autorisation administrative ? La réponse positive nous paraît s'imposer, sinon il y aurait là une possibilité trop facile de tourner la loi.

Par contre, la jurisprudence ne retient pas cette exigence dans le cas de l'usucapion ; en effet celle-ci ne se fonde pas sur une cause contractuelle, et ce n'est pas le jugement qui entraîne un transfert de propriété, celui-ci étant par hypothèse déjà réalisé et la décision judiciaire se bornant à le constater.

Il semble n'avoir jamais été contesté que l'obligation ne s'impose pas aux sorties d'indivision : en effet, le partage a un effet simplement déclaratif et non pas constitutif de droits. Par suite, jugé qu'une vente entre co-indivisaires, ayant pour effet de réaliser un partage, n'est pas un transfert au sens du décret de 1934 et n'est donc pas soumise à autorisation (TSA 301 du 29.12.1960) ce qui nous paraît une interprétation hasardée.

Le décret soumet aussi à autorisation les baux immobiliers d'une durée égale ou supérieure à 10 ans ; jugé qu'un bail stipulé pour 5 ans mais renouvelable pour une durée égale au seul gré du preneur est en réalité conclu pour 10 ans et tombe sous le coup de ce texte (TSA 167 du 20.8.64) ; ces dispositions sont applicables au métayage (TSA 196 du 15.12.55), et à la sous-location (TSA 253 du 3.12.64).

Quant aux personnes, le décret ne fait aucune distinction, et la jurisprudence l'applique à toutes personnes qu'elles soient physiques ou morales et quels que soient leurs origines et leur statut. Toutefois, dans le cas particulier des lois codifiées des I.S.L.V., il avait été décidé que l'obligation d'autorisation était subordonnée au "*statut indigène*" du vendeur, quel que soit celui de l'acquéreur (Cass.27.4.22 sur TSA 11.3.20, Penant 1923, 7 ; Cass.27.6.27 sur TSA 18.9.24, Penant 1927, 249 ; Cass.28.129 sur TSA 11.9.1921, Penant 1929, 128) ; cette restriction n'a pas été maintenue après 1932.

* * *

Procédure :

La procédure de demande d'autorisation était régie par les art.3 et 4 du décret et des circulaires territoriales, aujourd'hui par un arrêté du 10 juin 1985. Il n'est pas utile de s'y étendre, mais des questions accessoires présentent quelque intérêt.

Celle des recours : il est de principe qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration. En raison de la compétence territoriale, il est difficile de concevoir qu'un recours hiérarchique puisse être exercé (sauf, peut être, lorsque la décision a été prise par un fonctionnaire agissant sur délégation de l'autorité compétente). Toutefois, il reste possible d'escompter un revirement de l'administration saisie à nouveau et "*mieux informée*", on en a des exemples. Par ailleurs, dans le cas de la loi de 1940, le Conseil d'Etat s'est reconnu un pouvoir de contrôle des refus d'autorisation, parce qu'il s'agit de veiller à ce que l'application d'une loi de police ne porte pas atteinte à une liberté publique (notamment C.E. 9.7.1943, in G.P. 1943-2-65 et S.1944-3-16 ; CE 28-7-1944, in D.1945-J-163 ; CE 22.12.1944, D.1946-J-42) ; il n'est pas interdit d'envisager que le tribunal administratif de Papeete puisse s'orienter en ce sens. En revanche, le juge judiciaire ne saurait apprécier l'opportunité de l'autorisation (TSA 187 du 18.10.1956).

Celle de la motivation de la décision : le décret de 1934 (art.4) précise expressément que l'administration n'est tenue de fournir aucune explication sur les causes de son refus. La loi de 1984 est muette à cet égard et en tout cas la question peut se poser différemment depuis la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs ; une lettre du Secrétariat d'Etat aux DOM-TOM (10709/DAPAF du 27 octobre 1980) avait recommandé de faire application de celle-ci en considérant les dispositions de 1934 comme implicitement abrogées à cet égard. En pratique, nous n'avons pas connaissance de contentieux sur ce point.

Qui doit faire la demande d'autorisation ? Les textes ne le précisent pas. A défaut de conventions spéciales, jugé qu'elle a pu être demandée aussi bien par l'acquéreur que par le vendeur (CA

82 du 23.5.85). Le décret n'exige pas non plus que l'autorisation soit antérieure (ou concomitante) au contrat, mais seulement au transfert (on y reviendra) ; par suite, il n'est pas indispensable qu'elle soit mentionnée dans l'acte et annexée à lui, mais la prudence élémentaire le conseillerait, c'est une question de conservation de la preuve. Sur ce point particulier, l'expérience nous a montré que le notariat d'Uturoa détient dans ses archives des années 1920-40 des décisions d'autorisations matériellement jointes à des actes qui omettent de s'y référer et dont la validité pourrait ainsi être contestée à tort faute de vérifications suffisantes.

* * *

Effets de l'obtention de l'autorisation administrative:

La nature juridique et les effets de l'autorisation ont été discutés surtout à propos du défaut d'autorisation. Il suffira d'indiquer ici que, suivant la définition jurisprudentielle, c'est un élément légal du transfert de propriété.

1. L'autorisation est accordée ou refusée en raison de la personnalité des contractants. Par suite, elle est personnelle à celui qui l'obtient, en ce sens qu'il ne peut la céder librement (TSA 19 du 5.5.66) ; mais elle profite aux héritiers de l'acquéreur, et s'impose à ceux du vendeur, du moins sous certaines conditions (CA 199 du 20.12.84).

En application de ce principe, jugé qu'une rectification intervenant ultérieurement sur la contenance, les limites ou la dénomination de la terre vendue n'a pas à faire l'objet d'une nouvelle autorisation (TSA 45 du 23.11.72, 2 du 10.1.63).

Par exception au principe, les tribunaux ont parfois admis de faire produire effet à une convention de prête-nom, mais ceci dans des cas très particuliers : soit que l'acquisition ait eu lieu avant 1934 (TSA 2.12.71 et Cass.26.6.73), soit en raison de liens de parenté étroits (TSA 19 du 5.5.66 et Cass.14.5.68), soit parce que les parties n'ont pas excipé de la nullité de l'opération, les tribunaux répuant généralement à la soulever d'office.

2. L'autorisation ne suffit pas à elle seule à réaliser l'aliénation du bien. Cependant, en l'absence de contrat écrit, elle pourra constituer l'un des éléments de preuve de l'accord des parties (cas d'un échange : TPI 136 du 8.3.74). En revanche, l'obtention de l'autorisation rend parfaites et effectives la vente ou la promesse de vente synallagmatique, spécialement lorsqu'elles avaient été conclues sous la condition suspensive d'une telle obtention. Jugé ainsi, dans le cas d'un compromis de vente prévoyant sa réitération devant notaire après la délivrance de l'autorisation, que la survenance de celle-ci suffit et que le vendeur n'est pas fondé à se prévaloir de ce qu'il s'est ensuite abstenu de faire établir l'acte de régularisation, pour prétendre revendiquer les droits qu'il a cédés (TSA 24 du 18.5.72).

3. L'autorisation agit à sa date, sans rétroactivité : c'est à celle-ci que le transfert de propriété se réalise. Par suite, le point de départ de divers délais est reculé au jour de l'autorisation lorsqu'elle est postérieure au contrat ; c'est le cas notamment : du délai de la prescription décennale (TSA 187 du 18.10.56) ; du délai de deux ans de l'action en rescision pour lésion (TSA 42 du 22.9.66) (par contre, l'appréciation de la lésion en valeur se fait au jour du contrat, Cass.5.4.49, NRD v°vente n° 403, TSA 74 du 27-1-66 et Cass.11-7-68) ; du délai de l'art.1975 du code civil au cas de vente viagère (Trib.Seine 18.11.1943, S.1945-2-70).

L'application de ce principe se combine avec d'autres règles juridiques le cas échéant. Dans le cas où un immeuble a été vendu successivement par le même vendeur à deux acquéreurs différents et où la première cession a été autorisée tardivement, après la seconde cession elle normalement autorisée, l'autorisation tardive n'est pas opposable au deuxième acquéreur et ne rend pas le premier acte préférable (TSA 29-3-73 et Cass.18-6-74). Il en va différemment lorsque l'obtention de l'autorisation faisait l'objet d'une condition suspensive dont la première vente était assortie : si celle-ci a été transcrite avant la seconde vente, la réalisation de la condition aura pour effet légal de confirmer sa priorité (en ce sens, TPI Papeete 105 du 27.3.53). De même, lorsque l'acte sous condition suspensive a été consenti par un mandataire dont le mandant est décédé avant la délivrance de l'autorisation, la réalisation de la condition le rend opposable aux héritiers de ce dernier (CA 216 du 12.8.93). En effet,

la condition suspensive et la nécessité de l'autorisation à laquelle elle se réfère ont seulement pour effet de retarder le transfert effectif sans pouvoir influencer sur la date du contrat (TSA 74 du 27.1.66 et Cass.11.7.68).

* * *

**Le défaut d'autorisation et le problème
de l'autorisation tardive :**

La situation où l'autorisation n'est jamais délivrée ne produit pas de grandes difficultés ; par contre, le cas de l'autorisation postérieure à l'acte a donné lieu à des controverses et des hésitations, à partir desquelles l'étude de la nature de cette exigence s'est affinée.

Le décret de 1934 dispose seulement que tout "*transfert de propriété*" effectué sans autorisation est "*nul de plein droit*". Cette expression "*de plein droit*" signifie que le juge n'a pas de faculté d'appréciation et doit constater la nullité lorsqu'elle est requise ; on en déduit naturellement que toute personne intéressée peut s'en prévaloir ; mais au delà, on s'est interrogé sur les caractères de cette nullité : est-elle d'ordre public, ou non ? Est-elle absolue, ou relative ?

Absolue (comme fondée soit sur la notion d'ordre public, soit sur celle de formalité substantielle), l'action tendant à la faire constater ne sera atteinte que par la prescription de 30 ans ; ou de 10 ans, si on la tient pour relative. D'ordre public ? - en ce cas, elle ne pourrait être couverte par une autorisation donnée a posteriori ; le juge devrait la relever d'office ; et l'opération ne pourrait produire aucun effet.

Sur la première de ces questions, la jurisprudence s'est prononcée catégoriquement pour la nullité absolue (Cass.Req.27-6-27, Penant 1927, 249 ; TSA 103 du 21.8.41 et Cass.18.5.55, RJPU 1956, 182 ; une décision isolée en sens contraire a été cassée, TSA 137 du 2.12.43 et Cass.comm. 30.4.53, RJPU 1953, 269). Ces arrêts concernaient l'application des lois codifiées des Iles sous le vent mais semblent pouvoir se transposer à celle du décret de 1934. Ils ont été rendus afin de décider, d'une part que le vice ne pouvait pas être couvert par la ratification ultérieure

des parties, d'autre part que seule la prescription trentenaire était possible.

En revanche, la jurisprudence admet de faire produire certains effets au contrat. Elle répugne à relever d'office la nullité ; nous ne connaissons qu'une décision ancienne l'ayant fait mais ceci dans un cas particulier de fraude à la loi (TPI Papeete 2-2-62), alors qu'une autre fois le tribunal a déclaré expressément ne pas avoir à le faire (TPI Papeete 658 du 24.11.72) et que les arrêts s'en étant manifestement abstenus n'ont pas été censurés par la cour suprême (par exemple TSA 19 du 5.5.66 et Cass.14.5.68). A rapprocher par analogie de : *"la circonstance de n'avoir pas soumis à l'approbation préfectorale le lotissement de l'ensemble d'un immeuble vendu n'entraîne pas une nullité de la vente susceptible d'être soulevée d'office "* (Cass.civ.21-11-72, JCP 1973-IV-10). De même, la jurisprudence très largement dominante admet la validité de l'autorisation *"tardive"* - et son efficacité, sous les exceptions qu'on a vues plus haut.

Sur ce point particulier, le premier argument est que le décret de 1934 n'emploie pas l'expression d'*"ordre public"*. Or, s'il est dans cette matière un principe fondamental, c'est celui de la libre disposition de la propriété (art.544 du code civil) ; dérogoires au droit commun, les dispositions du décret de 1934 doivent donc être interprétées restrictivement, et le juge ne peut ajouter à la nullité un caractère que le texte ne spécifie pas expressément. Par ailleurs, à propos de la loi de 1940, estimant non douteux qu'elle ait été d'ordre public, les auteurs faisaient cependant observer que : *"l'ordre public impose aussi la sauvegarde du principe traditionnel de la force obligatoire des contrats (...). L'ordre public se trouve ainsi aux prises avec lui-même. Tel est l'aspect philosophique du conflit "* (VANDAMME).

Second argument : il n'y a aucune raison évidente pour que l'administration, étant seule juge de l'opportunité de délivrer l'autorisation, ne puisse la donner après coup. Pourquoi lui refuser, sans texte, la faculté de ratification prévue par l'art.1338 du code civil ? Nous savons que tel n'est pas le point de vue des juristes administratifs, qui n'admettent pas la régularisation des actes

administratifs, mais les tribunaux judiciaires, compétents dès lors qu'il s'agit de propriété privée, ont une optique différente, et ont parfois exprimé carrément cette opinion (TPI Papeete 568 du 24.11.72 et 313 du 25.5.73, TSA 68 du 6.12.73).

Troisième argument : puisque la jurisprudence admet la validité de la vente sous condition suspensive d'autorisation, on se rend compte que le sort d'un acte de vente conclu avant l'autorisation ultérieurement accordée dépendrait entièrement d'une simple "*précaution de style*" : le contrat serait efficace si les parties avaient songé à stipuler cette condition, au contraire radicalement et irréparablement vicié si elles n'y avaient pas pensé, et cela bien que la situation au regard de l'administration soit identique. De même : l'autorisation étant ultérieurement accordée, si les parties entendent "*exécuter leurs conventions de bonne foi*" (art.1134 du code civil), elles n'auraient aucune peine à régulariser la situation en réitérant l'acte de vente ; refuser la possibilité d'une validation simple du premier acte reviendrait donc à accorder une prime à la mauvaise foi (en ce sens : TPI Papeete 24.11.72 ; cf aussi Paris 23-7-43, GP 1943-2-131).

Pour ces raisons, la jurisprudence évite généralement de recourir à la notion d'ordre public. Par exception semble-t-il, la Cour de cassation s'y est référée une fois (Cass.18.5.55, RJPU 1956, 182). Habituellement, elle préfère parler de "*formalité substantielle*" constituant un "*élément légal de validité du transfert*" (Cass.Req.27-6-27, Cass.civ.comm.30.4.53, Cass.civ.18.6.74 ; les commentateurs ont remarqué à la fois la fermeté et la "*grande prudence*" de sa motivation, RJPU 1953, 269). Il faut reconnaître que la nullité pour défaut d'autorisation administrative sort de l'ordinaire de notre droit civil, ce qui empêche de la couler dans les catégories classiques et explique la nécessité de ces nuances.

Cette discussion s'éclaire et se résout en recourant à l'analyse élaborée au sujet de la loi de 1940. Durant le cours même de l'occupation, pour remédier aux conséquences d'une lecture trop radicale de celle-ci, une partie de la doctrine et de la jurisprudence (voir bibliographie) établit une distinction nette entre le contrat de vente et sa réalisation par le transfert effectif de la propriété. Dans

cette théorie, le contrat demeurerait ce qu'il est classiquement en droit civil français, c'est à dire qu'il est parfait par la réunion du consentement des intéressés sur la chose et le prix, l'absence d'autorisation préfectorale ayant seulement pour conséquence d'empêcher sa réalisation, si bien que la délivrance de celle-ci a posteriori produirait effet (arrêts d'appel de Bordeaux 18-12-41, Besançon 17-3-42, Rennes 1-7-42, Caen 7-7-42, Nîmes 20-7-42, Lyon 30-11-42, Angers 16-12-42, Aix 24-12-42, Nancy 3-2-43, Chambéry 22-6-43, Paris 23-7-43 et 5-12-44). Puis la Cour de Cassation, saisie d'affaires nées avant l'annulation de la loi en 1945, s'est prononcée pour cette même solution (Cass.civ.15.1.46, S.1946-1-29, 25-2-46, D.1946-1-341 et 14-5-52, Bull.1952 1° n° 168).

Puisque le décret de 1934 ne vise pas les contrats mais bien les *"transferts de propriété effectués sans autorisation"* (et de même, la loi de 1984), la théorie de 1940 se transpose parfaitement à notre situation. Quelques décisions locales ont expressément opéré la même dissociation entre le contrat et sa réalisation (Trib.Uturoa 29 du 14.9.51 ; TSA 243 du 2.12.65, et 74 du 27.1.66) ; celle-ci donne implicitement son sens et sa cohérence à l'ensemble de notre jurisprudence, et aucun des arrêts de la cour suprême ne la contredit (par exemple, pourvoi contre TSA 27.1.66 rejeté Cass.11-7-68).

Dans la logique de cette discussion, et hormis quelques décisions isolées et anciennes (TSA 139 du 16.11.39 et 106 du 23.9.43, mais dans le cas particulier de transferts par voie judiciaire ; TPI 8-6-45, TSA 11-4-46), la jurisprudence a constamment admis l'efficacité de l'autorisation donnée a posteriori (TSA 165 du 7.10.54, 187 du 18.10.56, 208 du 12.12.57, 68 du 6.12.73). De même, dans le cas déjà cité où la juridiction d'appel avait préféré une vente en second autorisée avant la première, la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, n'a pas saisi l'occasion pour invalider l'autorisation tardive, ce qu'elle aurait sans doute fait si elle avait été son opinion (TSA 29.3.73 et Cass.18.6.74).

Ceci, avec deux restrictions. D'une part, que l'autorisation soit intervenue avant l'introduction d'un procès fondé sur son absence : il est ensuite trop tard pour régulariser (TPI 313 du

25.3.73, TSA 68 du 6.12.73). D'autre part, dans le cas où le vendeur est décédé entre l'acte et l'autorisation, en raison de la nature personnelle de celle-ci qu'elle ait été délivrée par l'administration en connaissance de cause personnelle (CA 199 du 20.12.84).

* * *

Effets de l'absence d'autorisation :

L'effet essentiel est que l'opération de transfert immobilier se trouve frappée de nullité, elle ne peut donc être réalisée effectivement. Qui peut demander cette nullité, en principe tout intéressé (exemple : les nu-proprétaires d'un immeuble peuvent poursuivre la nullité du bail de longue durée consenti par l'usufruitier, Paris 5-12-44, S-1945-2,69). Cette nullité n'est couverte que par la prescription trentenaire (TSA 21.8.41 et 30.6.46, TPI 669 du 27.11.70), étant rappelé d'une part que la prescription connaît diverses causes de suspension, d'autre part qu'elle ne concerne que l'action principale et non pas l'exception soulevée en défense.

La nullité frappant donc le transfert, mais non pas le contrat lui-même, puisqu'il reste susceptible de validation tant que l'autorisation postérieure reste possible, quel sera le sort de ce dernier ? A notre avis, c'est par une impropriété de vocabulaire que les tribunaux, en ce cas, déclarent "annuler" l'acte : il vaudrait mieux constater son inefficacité ou plus exactement sa caducité, avec les effets juridiques qui peuvent en découler. Car, quoi qu'il en soit, la jurisprudence admet qu'une telle situation produit divers effets, analogues à ceux de la résolution du contrat :

- obligation de restituer le prix déjà perçu ;
- le cas échéant, indemnité à la charge du contractant qui aurait failli à ses obligations en ne demandant pas l'autorisation alors qu'il s'y était engagé (Trib.Uturoa 29 du 14.9.51) ou en provoquant un refus par des manœuvres déloyales.

Par contre, l'acte de vente non autorisé ne constitue pas un juste titre utile à la prescription acquisitive décennale (TSA 187 du 18.10.56 décidant que celle-ci, au cas d'autorisation tardive, ne court pas de la date de l'acte mais de celle de l'autorisation), seule l'usucapion trentenaire est possible.

Quid des fruits ? L'acquéreur qui s'est mis en possession sans autorisation peut-il être considéré comme de bonne foi (art.549-550 du code civil) alors que le transfert ne pouvait être valablement effectué ? Mais serait-il équitable de lui faire restituer les fruits du vendeur, qui en un tel cas ne serait pas davantage en position régulière ? Une seule décision, favorable à l'acquéreur (TPI 29 du 3.3.50).

Même question quant aux impenses, jurisprudence également favorable à l'acquéreur (TPI 29 du 3.3.50 ; CA Yaoundé 21.7.59, D.1960-J,186, arrêt rendu sur la base d'un décret du 20.12.1944 pourtant plus rigoureux dans sa formulation que celui de 1934).

Enfin, la question de savoir auquel des contractants incombent les risques, par exemple au cas d'incendie de l'immeuble, reste controversée (cf.Limoges 26.5.44, S.1945-2, 71, mettant à la charge du vendeur les risques survenus entre la signature du compromis et l'autorisation, avec note doctrinale le contredisant).

* * *

Procédés de contournement de la loi :

La pratique notariale a élaboré différents procédés en vue de remédier aux inconvénients de l'exigence d'autorisation, et la jurisprudence les admet dans la mesure où ils n'aboutissent pas à une fraude à la loi. Deux de ces procédés sont classiques et efficaces, un autre relativement plus récent et plus aléatoire.

Promesse de vente sous condition suspensive, ou vente ferme sous condition suspensive : les deux formules sont pratiquement identiques, la promesse de vente valant vente à partir du moment où elle a été acceptée par l'acheteur, la différence tient aux particularités des pourparlers, ou à la plus ou moins grande prudence du rédacteur; la condition stipulée est l'obtention de l'autorisation administrative. Cette façon de faire avait été, en métropole, préconisée dès les années 1940 et validée par la jurisprudence. Localement, les tribunaux ont d'abord hésité:

un jugement apparemment attardé ne l'admet que parce que la condition était assortie d'un délai (TPI 142 du 15.4.66) ; mais il ont rapidement reconnu qu'il ne peut pas être illicite de stipuler une condition conforme à une exigence légale (TSA 69 du 21.8.47, position constante ensuite de la juridiction d'appel).

La réalisation de cette condition n'a pas d'effet rétroactif quant au transfert proprement dit, qui ne peut valablement se produire qu'après autorisation (Cass.18.6.74) ; par contre, elle ne peut influencer sur la date du contrat ni sur ses autres conditions et modalités, auxquelles on appliquera les dispositions des art.1175 à 1182 du code civil et qui seront donc, le cas échéant, appréciées à cette date, comme on l'a indiqué plus haut (cf notamment TSA 74 du 27.1.66 et Cass.11.7.68, CA 216 du 12.8.93).

Lorsque la condition d'obtention de l'autorisation est assortie d'un délai, il faut, à l'expiration de celui-ci, constater s'il échet la défaillance de la condition, et par suite la vente ne peut plus être réalisée même si l'autorisation intervient ultérieurement (TPI 142 du 15.4.66) ; toutefois, les contractants restent libres de proroger expressément ou même tacitement le délai (CA 160 du 1.12.83), ou encore de dresser un nouvel acte.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence métropolitaines avaient imaginé de dire que la vente sans autorisation préalable est toujours censée faite sous la condition suspensive de cette autorisation (par exemple Chambéry 22.6.43, D.1944-J,17), ce qui paraît quand même difficile à soutenir. Localement, jugé que ce ne peut être le cas s'il résulte des termes du contrat que les parties n'ont pas eu une telle intention (TSA 171 du 27.11.52).

Second procédé, la vente-relais : elle consiste à faire acquérir l'immeuble par une personne intermédiaire qui y a été autorisée et qui s'engage à la rétrocéder ensuite au maître de l'affaire, lorsque lui-même aura obtenu l'autorisation ; pour plus de garanties, elle peut être assortie du prêt du montant du prix par ce dernier à l'intermédiaire, avec constitution d'hypothèque, et d'un bail de l'immeuble au maître de l'affaire. Il y a donc prise de possession par le véritable acquéreur dès avant son autorisation, et la validité de

cette opération a été contestée. Elle a été admise, aux motifs suivants : " *la fraude à la loi suppose la réalisation d'une opération prohibée ; l'opération n'a pas jusqu'à présent eu pour effet de transférer sur la tête (de l'acquéreur) la propriété de l'immeuble objet de ces transactions ; le transfert effectif ne pourra être réalisé à son profit que lorsqu'il aura pu obtenir l'autorisation administrative, donc conformément aux exigences légales et non pas en violation de celles-ci*" (TSA 243 du 2.12.65).

A la fin des années 1950, avec le développement des affaires et de la spéculation foncière, on a imaginé de recourir aux sociétés civiles immobilières : dans un premier temps, l'immeuble fait l'objet d'un apport en nature par son propriétaire dûment autorisé à la société ; dans un second temps, les parts sociales (qui ont la nature de meubles) sont librement cédées au véritable acquéreur ; et ce dernier, dans un troisième temps, se retrouve seul propriétaire par l'effet de la dissolution de la société, le tout éventuellement dans un délai très bref.

Une telle opération paraît bien tendre à une fraude à la loi. L'administration a tenté d'y remédier en soumettant les autorisations d'apports d'immeubles en société à des conditions restrictives (l'acquisition immobilière devra être incorporée au capital social, chaque élément d'apport sera évalué distinctement, les cessions et donations entre vifs des parts d'intérêt représentatives d'apports immobiliers seront soumises à autorisation préalable, et si ces parts d'intérêt font l'objet de titres matériels, ceux-ci devront être nominatifs). Les intéressés ont mis en doute la légalité de telles restrictions, mais la justice les a déclarées valables : l'administration, pouvant accorder ou refuser cette autorisation d'une manière discrétionnaire, peut également l'assortir d'une condition résolutoire (TSA 22 du 15.5.75).

Qu'en est-il, lorsque l'apport avait été autorisé sans que ces conditions restrictives aient été posées, et que l'opération décrite plus haut a été menée à son terme ? La fraude à la loi est-elle constituée ? Le moyen est soulevé dans un procès actuellement en cours, dont on ne peut encore connaître la solution.

* * *

La loi statutaire du 6.9.1984 (art.26-11°) a placé la délivrance des autorisations de transfert dans les attributions du conseil des ministres du territoire, en reprenant les termes de "*transferts de propriété immobilière*" et de "*nullité*". Innovation essentielle, elle en a réduit le champ d'application à trois cas : lorsque l'acquéreur n'a pas la nationalité française ; lorsque, quoique français, il n'est pas domicilié en Polynésie française ; lorsqu'il s'agit d'une société, civile ou commerciale. Puis la loi modificative du 12 juillet 1990 a restreint ce troisième cas aux seules sociétés commerciales dont les biens immobiliers constituent plus de 75 % des actifs.

Ce qui a été dit, sur le fondement du décret de 1934, peut s'appliquer sans changement notable à ces trois ou deux cas. Mais la situation juridique actuelle peut donner lieu à des questions nouvelles, qui n'ont pas encore été débattues. Se posera celle de la détermination du domicile de l'acquéreur, toutefois la difficulté n'est pas grande. Plus délicat : les restrictions de la loi quant à la nationalité française sont-elles compatibles avec les traités européens ? (2).

Par ailleurs, le nouveau texte fait disparaître un garde-fou dans le cas particulier des ventes sur licitation. L'art.408 du code de procédure civile local dispose en effet qu'à défaut d'enchères, le créancier poursuivant est déclaré adjudicataire du bien, sous réserve qu'il ait été autorisé.

(2) Après la lecture du condensé de cet article lors du colloque du 28 mai 1993, l'un des participants, M. P. LECHAT, nous signale deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : 22.10.1984, aff.SRAMEK, et 24.11.86, aff. GILLOW, montrant que cette haute juridiction admet la légitimité d'un traitement privilégié justifiée par la situation démographique d'une population ; toutefois, ceci ne permet pas de préjuger de ce que pourrait être la position de la Cour de justice des communautés européennes.

Cette disposition pourrait être très gênante pour le poursuivant qui se verrait ainsi contraint d'acquérir contre son gré (or, ce peut être un mandataire de justice liquidant une personne en faillite ; ou un créancier hypothécaire inscrit en second rang, qui se trouverait par là obligé en fait à payer le premier créancier, alors que lui-même pourrait être démuné de ressources et serait ainsi placé dans la situation d'un fol enchérisseur.

Afin d'y pallier, il lui suffisait jusqu'en 1984 de ne pas demander l'autorisation administrative préalable pour être protégé, et désormais il ne l'est plus, sauf à penser à y remédier par une clause spéciale du cahier des charges.

Le plus regrettable sans doute est que, avec l'ouverture faite en 1990 aux sociétés civiles immobilières, il devient facile, par le biais de l'opération décrite plus haut, de réaliser un transfert au profit d'étrangers ou de non-résidents. Les contrôles n'existent plus réellement, ou ne sont plus efficaces, et on peut dire qu'en pratique la cession des propriétés immobilières est entièrement libéralisée.

L'application du décret de 1934 n'avait pas été exempte de critiques. On raconte que parfois des personnages influents se sont fait rétribuer en argent ou en nature une intervention efficace, on suppose que d'autres auraient pu être tentés de donner un avis défavorable à un projet d'acquisition, pour se porter eux-mêmes acquéreurs. Ce ne sont que des rumeurs, qui ne sont là que pour nous rappeler que toute institution comporte ses risques. Aucune société n'est à l'abri de ces faiblesses, et la République est affaire de vertu.

Pourtant, si la population de souche polynésienne détient encore une large partie du patrimoine foncier, c'est en partie au moins grâce à la protection du décret de 1934 (comme aussi au maintien de l'indivision), et on peut craindre les conséquences de sa disparition.

BIBLIOGRAPHIE - SOURCES

A. Sur la loi du 16.11.1940 :

- BESANCON J., "Les compromis de ventes immobilières", GP 1942-1, Doct.85.
- ESMEIN P., "De l'autorisation préfectorale exigée pour les opérations immobilières", GP 1943-1, Doct.20.
- HUBERT F., "La loi du 16.11.1940" GP 1945-1, Doct.1
- PERRODIN, "Les promesses de ventes d'immeubles et la loi du 16.11.1940", GP 1941-1, Doct.94
- VANDAMME J., Note sous divers arrêts..., D.1943-J,43.
- Recueil Dalloz, Tables décennales 1942-46, v° ventes nos 33 à 53.
- Nouveau Répertoire Dalloz, v° vente, nos 9 et 403.

B. Sur le droit local :

- BROCHET, "L'introduction du droit civil et du droit pénal français aux ISLV", thèse doctorat droit Paris 1956, notamment PP.67, 97-8 et 130-2.
- COCHIN F.R., "L'application du droit civil et du droit pénal français aux E.F.O .", thèse doctorat droit Paris 1949, notamment p.30.
- CALINAUD R., "La création des titres fonciers en Polynésie française", Conférence judiciaire du Pacifique, Papeete 1991.
- RIZET J.C., "Que peut apporter le nouveau statut aux investisseurs", in La lettre de l'investisseur en Polynésie, oct.1984.
- ALTER M. et SAGE Y-L.; "Les cessions d'actions des sociétés commerciales dans le cadre de l'article 26 alinéas 14, 15 de la loi du 12 Juillet 1990" in Première table ronde sur le droit territorial (Université française du Pacifique, Tahiti, 1991. p.57 et s.
- Codes tahitiens de 1842 et de 1848, lois Xii et XIII.
- Lois de Raiatea, 1889, loi 37 art.10 et loi 24 art.1
- Lois de Huahine, 1883, loi 45
- Lois codifiées des ISLV, 1898, art.22
- Lois codifiées des ISLV, 1917, art.37

Abbreviations :

- C.A. : Cour d'appel de Papeete
- D. : Revue périodique Dalloz
- G.P. : Gazette du Palais, revue périodique
- J.C.P. : Juris-classeur Périodique/La semaine juridique, revue périodique
- N.R.D.: Nouveau répertoire Dalloz
- Penant: Recueil Penant, revue périodique
- R.J.P.U. : Revue juridique et politique de l'Union française
- S. : Recueil Sirey, revue périodique
- T.P.I. : Tribunal civil de 1ère instance de Papeete
- T.S.A.: Tribunal supérieur d'appel de Papeete