Armand DADOUN,
Valérie DURAND et Solène RINGLER
Préface de **maître Kami HAERI**

ÉDITION 2023

COURS DE

DROIT CIVIL

3e édition

Tout le programme en fiches et en schémas

Collection CRFPA

Enrick B Éditions

Armand DADOUN
Valérie DURAND
Solène RINGLER

Cours de droit civil

Tout le programme en fiches et en schémas

Enrick B
ÉDITIONS

© Enrick B. Éditions, 2022, Paris
www.enrickb-editions.com
Tous droits réservés

Directeur de la Collection CRFPA : Daniel BERT

Conception couverture : Marie Dortier
Réalisation couverture : Comandgo

ISBN : 978-2-38313-007-9

« Cette œuvre est protégée par le droit d'auteur et strictement réservée à l'usage privé du client. Toute reproduction ou diffusion au profit de tiers, à titre gratuit ou onéreux, de tout ou partie de cette œuvre, est strictement interdite et constitue une contrefaçon prévue par les articles L 335-2 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle. L'éditeur se réserve le droit de poursuivre toute atteinte à ses droits de propriété intellectuelle devant les juridictions civiles ou pénales. »

Ce document numérique a été réalisé par PCA

Sommaire

Titre

Copyright

P@rtie 1 DROIT DES BIENS

INTRODUCTION

Fiche n° 1 Le droit des biens

TITRE 1. LE PATRIMOINE

Fiche n° 2 Le patrimoine

Fiche n° 3 Les classifications des biens

Fiche n° 4 La classification des droits réels et des droits personnels

TITRE 2. LES PRÉROGATIVES DE FAIT

Fiche n° 5 La possession

TITRE 3. LES PRÉROGATIVES DE DROIT

SOUS-TITRE 1. LA PROPRIÉTÉ

Fiche n° 6 Le droit de propriété

Fiche n° 7 Les modes d'acquisition de la propriété

Fiche n° 8 Les propriétés collectives

SOUS-TITRE 2. LES DÉMEMBREMENTS DE LA PROPRIÉTÉ

Fiche n° 9 L'usufruit et la nue-propriété

Fiche n° 10 Les droits d'usage et d'habitation

Fiche n° 11 Les servitudes

P@rtie 2 DROIT DE LA FAMILLE

TITRE 1. LE COUPLE

Fiche n° 12 Le couple non marié

Fiche n° 13 Le mariage

Fiche n° 14 Le divorce

TITRE 2. LA FILIATION

Fiche n° 15 La filiation par le sang

Fiche n° 16 La filiation adoptive

Fiche n° 17 Les effets de la filiation

P@RTIE 3 DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Fiche n° 18 Le régime matrimonial primaire

Fiche n° 19 La détermination du régime matrimonial

TITRE 1. LE RÉGIME LÉGAL

Fiche n° 20 Le régime légal : la composition de la communauté

Fiche n° 21 Le régime légal : l'administration des biens

Fiche n° 22 Le régime légal : la dissolution de la communauté

TITRE 2. LES RÉGIMES CONVENTIONNELS

Fiche n° 23 La communauté conventionnelle

Fiche n° 24 La séparation de biens et le régime de participation aux acquêts

P@rtie 4 CONTRATS SPÉCIAUX

TITRE 1. LE CONTRAT DE VENTE

Fiche n° 25 Les éléments de qualification de la vente

Fiche n° 26 Les contrats préparatoires à la vente

Fiche n° 27 La formation du contrat de vente

Fiche n° 28 Les effets de la vente

Fiche n° 29 Les obligations à la charge du vendeur

Fiche n° 30 Les obligations à la charge de l'acquéreur

TITRE 2. LE MANDAT

Fiche n° 31 La formation du mandat

Fiche n° 32 Les obligations du mandant

Fiche n° 33 Les obligations du mandataire

Fiche n° 34 L'extinction du mandat

TITRE 3. LE CONTRAT D'ENTREPRISE

Fiche n° 35 La formation du contrat d'entreprise

Fiche n° 36 Les obligations du maître de l'ouvrage

Fiche n° 37 Les obligations de l'entrepreneur

Fiche n° 38 La sous-traitance

Fiche n° 39 L'extinction du contrat d'entreprise

TITRE 4. LE PRÊT

Fiche n° 40 Le prêt à usage

Fiche n° 41 Le prêt de consommation

Fiche n° 42 Le prêt à intérêt

TITRE 5. LE BAIL

Fiche n° 43 La formation du bail

Fiche n° 44 Les obligations du bailleur

Fiche n° 45 Les droits et obligations du preneur

Fiche n° 46 La fin du bail

P@rtie 5 DROIT DES SÛRETÉS

INTRODUCTION

Fiche n° 47 Introduction au droit des sûretés

TITRE 1. LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Fiche n° 48 Les conditions du cautionnement

Fiche n° 49 Les effets du cautionnement

Fiche n° 50 L'extinction du cautionnement

Fiche n° 51 Les sûretés personnelles non accessoires

TITRE 2. LES SÛRETÉS RÉELLES

Fiche n° 52 Les privilèges

Fiche n° 53 Le gage

Fiche n° 54 Le nantissement

Fiche n° 55 L'hypothèque

Fiche n° 56 Le droit de rétention

Fiche n° 57 Les sûretés conférant un droit de propriété

TITRE 3. LES SÛRETÉS À L'ÉPREUVE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Fiche n° 58 Sûretés et procédures d'insolvabilité

Index

Le mot du directeur de collection

L'examen d'accès au CRFPA est réputé difficile et sélectif.

L'arrêté du 17 octobre 2016 renforce cette impression, dans la mesure où le double objectif de la réforme est à la fois de **simplifier** et de **complexifier** l'examen d'accès au CRFPA.

Simplifier l'organisation de l'examen, tout d'abord, en diminuant le nombre d'épreuves et en nationalisant les sujets.

Complexifier l'obtention de cet examen, ensuite, afin de dresser des barrières d'accès à la profession d'avocat. Les avocats ne cessent, à juste titre, de dénoncer la paupérisation de leurs jeunes confrères et réclament davantage de sélection à l'entrée de la profession.

La réussite de l'examen d'accès au CRFPA nécessite :

- **un solide socle de connaissances dans les matières fondamentales ;**
- **une bonne méthodologie ;**
- **une bonne connaissance de l'actualité,** les rédacteurs de sujets d'examen ayant souvent tendance à se laisser guider par l'actualité.

La Collection CRFPA a été conçue autour de ces trois axes. L'éditeur, Enrick B Éditions, a mis en place une gamme d'outils d'apprentissage et de révision efficaces, dans **la seule optique de la préparation au CRFPA.**

Conçus autour de l'arrêté réformant le programme et les modalités de l'examen d'entrée au CRFPA, les ouvrages sont rédigés par une équipe d'universitaires et de praticiens, tous rompus à la préparation du « pré-CAPA », depuis plus de dix ans.

La Collection CRFPA comporte autant d'ouvrages que de matières composant l'examen d'entrée au CRFPA. Elle est conçue pour faciliter une acquisition rapide et progressive des connaissances. Chaque ouvrage ne dépasse pas en moyenne 400 pages. Les chapitres sont remplacés par des « fiches ». Chaque fiche est composée de trois rubriques récurrentes, conçues pour proposer trois niveaux de lectures différents :

– **L'essentiel** (un résumé du cours en dix lignes maximum) ;
– **Les connaissances** (un rappel des connaissances indispensables pour préparer les épreuves pratiques) ;
– **Pour aller plus loin** (des indications bibliographiques utiles, le cas échéant, à l'approfondissement du cours).

Élaborés avec le concours de psychologues, les ouvrages contiennent des schémas, tableaux et illustrations, conçus afin de stimuler la mémoire visuelle du lecteur et d'éviter de longs développements qui pourraient parfois paraître rébarbatifs ou décourageants. Les études démontrent en effet que l'alternance de visuels (tableaux, schémas, *etc.*) et la dynamisation du contenu sont les clés d'une mémorisation simplifiée.

En outre, grâce à l'emploi de technologies innovantes, chaque ouvrage de la Collection CRFPA est connecté. Afin d'assurer une veille entre chaque réédition, ils comportent un QR Code en première page permettant d'accéder à des mises à jour en ligne, disponibles jusqu'à la veille de l'examen. Par ailleurs, vous trouverez tout au long des ouvrages d'autres QR Codes. En les scannant, vous pourrez accéder à des vidéos portant sur des points particuliers du cours, ou bénéficier de conseils méthodologiques de la part des auteurs. Les ouvrages deviennent donc interactifs !

À chaque ouvrage de cours est associé un **ouvrage** d'**exercices corrigés** composé de cas pratiques et de consultations juridiques, qui couvre l'intégralité du programme de la matière et renvoie aux fiches de l'**ouvrage de cours**. Les deux ouvrages sont conçus comme complémentaires.

Les ouvrages de la Collection CRFPA constitueront, nous le souhaitons et nous le pensons, le sésame qui vous permettra d'accéder à la profession d'avocat.

Le point sur…

Présentation de la collection CRFPA

Daniel BERT
Maître de conférences à l'Université de Lille Droit & Santé
Avocat à la Cour
Directeur de la **Collection CRFPA**

Préface

Souvenons-nous de ce que, à l'Université ou ailleurs, nous aimions chez un enseignant.

Sa matière pouvait bien être la plus hermétique de toutes, la plus difficile à appréhender, peu importe. Nous savions qu'il allait nous emmener dans un univers savant et exigeant, avec pédagogie et bienveillance, qu'il ne ménagerait pas son temps afin que nous puissions maîtriser la grammaire élémentaire de sa discipline, avant de nous conduire vers des considérations plus sophistiquées, sans jamais laisser quiconque au bord de la route. Je regrette de ne pas avoir retenu le nom de cette exceptionnelle chargée de travaux dirigés en droit des sûretés à l'Université Paris-X Nanterre, qui n'a certes jamais rendu cette matière plus simple – car c'est une matière d'une grande complication, au sens le plus noble de l'horlogerie – mais qui avait fait le pari de l'exigence et qui nous l'avait enseignée en la mettant sans cesse en perspective, convoquant les exemples concrets, explicitant le cheminement de la doctrine sur tel aspect ; nous donnant le sentiment, malgré son érudition, qu'elle nous parlait d'égal à égal. J'avais adoré le droit des sûretés. L'aurais-je même imaginé quelques mois auparavant, tant la réputation de cette discipline la précédait, tant nous l'appréhendions avec une crainte

révérencielle, tant nous nous perdions en calculs savants afin d'en anticiper la compensation arithmétique dans nos moyennes finales ?

Ce que nous avons aimé, au fond, chez certains enseignants, c'est qu'ils nous rendaient le savoir accessible. C'est que l'on commençait à y croire, que l'on se disait : pourquoi pas ? J'aurais dû retenir le nom de cette exceptionnelle chargée de travaux dirigés. L'accessibilité demeure encore une préoccupation aujourd'hui, face à un corpus juridique qui s'est complexifié à travers le temps, et étendu dans l'espace. Les étudiants qui parcourent le présent ouvrage deviendront en effet des avocats d'un monde quelque peu nouveau : un droit interne toujours plus influencé par le droit européen et international, une géopolitique qui aura modifié notre rapport aux libertés individuelles, une conjugaison intime entre le droit écrit et la soft law, devenus quasiment équivalents, l'émergence d'acteurs nouveaux du droit (régulateurs sectoriels de plus en plus nombreux, de plus en plus actifs, associations et organisations non gouvernementales légitimées dans leur exercice quotidien), bouleversement de notre pratique par cette révolution anthropologique fascinante que constitue le numérique. Ce sont des qualités nouvelles qui devront désormais être cultivées par l'avocat : l'intelligence émotionnelle, la créativité, la résolution de problèmes complexes, le développement de l'identité numérique, le travail – ou davantage encore l'exercice – en équipe.

Le nouvel examen national s'efforce de répondre aux exigences de cet environnement nouveau. L'examen d'entrée au CRFPA se transforme afin d'être plus cohérent, plus lisible et plus sélectif. Plus égalitaire aussi. Mais cette réorganisation crée quelques inquiétudes chez les étudiants et implique un changement dans l'organisation de leur préparation.

L'accessibilité est donc plus que jamais une préoccupation face à un examen d'entrée dans les Écoles d'Avocats dont, conséquence de la complexification du droit, les contours ont été redessinés. C'est donc la stratégie d'enseignement et de préparation à cet examen qui s'en trouve transformée, notamment en cette période

légitimement préoccupante pour les étudiants de transition entre l'ancien examen et le nouveau.

Il faut donc saluer la démarche qui consiste pour une maison d'édition telle qu'Enrick B Éditions, à imaginer une nouvelle structure éditoriale, une offre innovante, totalement adaptée à la nomenclature du nouvel examen national d'accès aux

Écoles d'Avocats. L'accessibilité, toujours, qui consiste à réorganiser les contenus d'un manuel afin de les orienter vers leur application la plus concrète et la plus immédiate. Il ne s'agit pas d'abandonner les traités et les ouvrages les plus denses, qui ont fait l'objet d'un enrichissement quasiment majestueux au fil des années.

Il ne s'agit pas davantage de déserter un apprentissage régulier et assidu à l'Université au profit d'un bachotage affolé. Le Droit s'apprend par un phénomène de sédimentation noble. Il faut du temps. Il faut de la régularité. Mais le nouvel examen obéit à une structure et s'inscrit dans une stratégie nouvelle : réduction des matières disponibles, recentrage autour de certains enseignements, valorisation de l'admission à travers le coefficient modifié du Grand Oral. Cette réorganisation nécessite une pédagogie nouvelle.

Cet ouvrage participe de cette préoccupation constante, en constitue une nouvelle initiative. Et il est – surtout – réjouissant de constater que la pédagogie conserve sa capacité d'imagination.

Kami HAERI
avocat associé-partner, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan

ancien secrétaire de la Conférence
ancien membre du Conseil de l'ordre

Liste des auteurs

– **Armand DADOUN**, maître de conférences à l'Université de Lille : Droit de la famille (P@rtie 2), Droit des régimes matrimoniaux (P@rtie 03) et Droit des sûretés (P@rtie 5)
– **Solène RINGLER**, maître de conférences à l'Université d'Angers : Contrats spéciaux (P@rtie 4)
– **Valérie DURAND**, maître de conférences à l'l'Université du Littoral Côte d'Opale : Droit des biens (P@rtie 1)

Liste des abréviations

A. : arrêté
al. : alinéa
art. : article
ASE : Aide sociale à l'enfance
CA : cour d'appel
CASF : Code de l'action sociale et des familles
C. assur. : Code des assurances
Cass. ass. plén. : Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte : Cour de cassation, chambre mixte
Cass. ch. réunies : Cour de cassation chambres réunies
Cass. civ. 1re : Cour de cassation, première chambre civile
Cass. com. : Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim. : Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale
CCH : Code de la construction et de l'habitation
C. ciné. : Code du cinéma et de l'image animée
C. civ. : Code civil
C. com. : Code de commerce
C. consom. : Code de la consommation
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
C. env. : Code de l'environnement

CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
C. expro. : Code de l'expropriation
CGI : Code général des impôts
C. mon. fin. : Code monétaire et financier
COJ : Code de l'organisation judiciaire
Conv. : Convention
Conv. EDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 nov. 1950
C. patr. : Code du patrimoine
CPC : Code de procédure civile
CPC exéc. : Code des procédures civiles d'exécution
C. pén. : Code pénal
CPI : Code de la propriété intellectuelle
C. rur. : Code rural et de la pêche maritime
CSP : Code de la santé publique
CSS : Code de la sécurité sociale
C. tour. : Code du tourisme
C. trav. : Code du travail
D. : décret
DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789
GPA : gestation pour autrui
i. e. : c'est-à-dire
JAF : juge aux affaires familiales
L. : loi
LRAR : lettre recommandée avec accusé de réception
Ord. : ordonnance
RIN : Règlement intérieur national de la profession d'avocat
TEG : Taux effectif global

Bibliographie générale

- **Ouvrages généraux**

– Aubert (J.-L.), Savaux (E.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 18e éd., 2020

– Boffa (R.), Droit civil, Epreuve de spécialité CRFPA, LGDJ, 6e éd., 2022

– Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), Droit civil – Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, Coll. Université, 22e éd., 2021

– Goubeaux (G.) et Voirin (P.), Droit civil, Tome 1, 41e éd. 2021 et tome 2, 31e éd., 2020, LGDJ

- **Droit des biens**

– Dross (W.), Droit des biens, LGDJ, Lextenso, Coll. Précis Domat Droit privé, 5e éd., 2021

– Druffin-Bricca (S.), Henry (L.-C.), Droit des biens – Propriété individuelle, Propriété collective, Propriété démembrée, Gualino, Lextenso, 12e éd., 2022

– Ghestin (J.) (dir.), Traité de droit civil, Les biens, par J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, LGDJ, 3e éd., 2019

– Grimaldi (C.), Droit des biens, LGDJ, Lextenso, Coll. Manuel, 3e éd., 2021

– Larroumet (C.), Mallet-Bricout (B.), Traité de droit civil – Tome 2 – Les biens, Les droits réels principaux, Economica, Coll. Corpus, 6e éd., 2019

– Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Julienne (M), Droit des biens, LGDJ, 9e éd., 2021

– Memeteau (G.), Droit des biens, Bruylant, Coll. Paradigme-Manuels, 12e éd., 2019

– Reboul-Maupin (N.), Droit des biens, Dalloz, Coll. Hypercours, 9e éd., 2022

– Schiller (S.), Droit des biens, Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 10e éd., 2021

– Seube (J.-B.), Droit des biens, Lexisnexis, Coll. Cours objectif droit, 8e éd., 2020

– Strickler (Y.), Droit des biens, LGDJ, Coll. Cours, 2017

– Terré (F.), Simler (Ph.), Droit civil. Les biens, Dalloz, Coll. Précis, 10e éd., 2018

- **Droit de la famille**

– Bénabent (A.), Droit de la famille, LGDJ, Précis Domat, 5e éd., 2020

– Grimaldi (M.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action 2021/2022, 7e éd.

– Malaurie (P.) et Fulchiron (H.), Droit de la famille, LGDJ, 7e éd., 2020

– Terré (F.), Goldie-Genicon (C.) et Fenouillet (D.), La famille, Dalloz, 9e éd. 2018

- **Droit des régimes matrimoniaux**

– Beignier (B.) et Torricelli-Chrifi (S.), Droit des régimes matrimoniaux, du pacs et du concubinage, LGDJ, Cours, 2021

– Cabrillac (R.), Droit des régimes matrimoniaux, LGDJ, Précis Domat, 10e éd., 2019

- **Contrats spéciaux**

– Bénabent (A.), Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, coll. Domat, 2019

– Bourdelois (B.), Droit civil, Les contrats spéciaux, Dalloz, coll. Mémento, 2017

– Collart Dutilleul (F.), Delebecque (Ph.), Contrats civils et commerciaux, Dalloz, coll. Précis, 2020

– Kenfack (H.), Ringler (S.), Droit des contrats spéciaux, LGDJ, coll. Cours, 2017

– Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y.), Droit des contrats spéciaux, LGDJ, coll. Droit civil, 2018

– Mainguy (D.), Contrats spéciaux, Dalloz, coll. Cours, 2018

– Puig (P.), Contrats spéciaux, Dalloz, coll. Hypercours, 2017

– Raynard (J.), Seube (J.-B.), Droit des contrats spéciaux, Lexisnexis, 2019

- **Droit des sûretés**

– Aynès (L.) et Crocq (P.), Droit des sûretés, LGDJ, 15e éd., 2021

– Barthez (A.-S.) et Houtcieff (D.), Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010

– Baroussin (M.) et Brémond (V.), Droit des sûretés, Sirey, 7e éd. 2019

– Bougerol (L.) et Mégret (G.), Le guide du cautionnement 2022/2023, Dalloz

– Nemtchenko (D.), Cours de droit des sûretés, Gualino, 1re éd., 2019

– Piette (G.), Droit des sûretés, Gualino, 15e éd. 2021

– Seube (J.-S.), Droit des sûretés, Dalloz, 11e éd., 2022

P@RTIE 1

DROIT DES BIENS

INTRODUCTION

LE PATRIMOINE

LES PRÉROGATIVES SUR LES BIENS

INTRODUCTION

Fiche n° 1 Le droit des biens

Fiche n° 1 Le droit des biens

⏭ L'ESSENTIEL

Le droit des biens peut être compris comme désignant l'ensemble des règles de droit applicables aux biens. À l'origine, ces règles étaient pour l'essentiel inscrites dans le Code civil. À ce titre, elles étaient – et sont encore – regroupées dans deux Livres du Code civil que sont, d'une part, le Livre II consacré aux *Biens et différentes modifications de la propriété* et d'autre part, le Livre III relatif aux *différentes manières dont on acquiert la propriété*. S'y ajoutaient les dispositions de l'ancien Titre XXe, dédié à *La prescription et la possession* – dispositions aujourd'hui réparties entre les Titres XXe et XXIe du Code civil.

À l'époque contemporaine, la répartition des dispositions au sein du Code civil a, dans l'ensemble, été conservée. En revanche, le droit des biens n'a pas échappé aux évolutions qui caractérisent la législation contemporaine. Ainsi a-t-il été marqué par ce double mouvement d'accroissement et de spécialisation de la législation. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a par exemple scindé l'ancien Titre XXe en deux titres distincts dont l'un – le Titre XXIe – est désormais exclusivement consacré à deux notions cardinales du droit des biens : la possession et la prescription. Les règles applicables aux biens se sont par ailleurs assez largement développées en dehors du Code civil, dans le cadre de règlementations et d'encadrements spéciaux avec lesquels les

dispositions du Code civil doivent désormais être articulées *(v. pour une illustration récente, Cass. 3e civ., 7 janv. 2021, n° 19-23.694 se prononçant sur la coordination des dispositions d'un plan local d'urbanisme relatives à la végétation située dans une zone « boisement à protéger » et celles des articles 671 et 672 du Code civil et faisant prévaloir les premières sur les secondes. V. égal., J.-L. Bergel, « Le droit de surplomb institué par la « loi climat » du 22 août 2021 », RDI 2021, p. 599)*. Pour reprendre les mots du Doyen Carbonnier « *Lui aussi* (le droit des biens)*, quoique toujours ancré dans le Code civil, est en passe d'être doublé, refoulé par des droits hétérogènes qui s'intéressent aux mêmes objets que lui » (J. Carbonnier, Droit civil – Tome 2 – Les biens. Les obligations, Puf, 2004, p. 1592, n° 707)*.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les choses

Il est classique d'opposer les personnes aux choses, les premières accédant au rang de sujet de droit là où les secondes demeurent de simples objets de droit. Malgré ce trait commun à toutes les choses, le droit des biens distingue différentes catégories de choses, lesquelles catégories traduisent une particularité de la chose dans son rapport à l'appropriation privée. Sous cet angle, les choses communes ou *res communis* (I), sont classiquement distinguées des choses non appropriées ou *res nullius* (II) ainsi que des choses abandonnées ou *res derelictae* (III).

I. Les choses communes ou *res communis*

Les choses communes (par exemple, l'air ou l'eau) ont pour particularité de ne pouvoir faire l'objet d'aucune appropriation privée.

Cette particularité n'a pas pour but de les soustraire de manière définitive de l'emprise des individus, mais bien plutôt d'en permettre l'usage par tous *(C. civ., art. 714, al. 1er)*. Tout au plus, « *la manière d'en jouir* » fait-elle l'objet de règlementations particulières *(C. civ., art. 714, al. 2)*, afin notamment d'organiser leur usage commun.

Les choses communes se distinguent des choses dites sans maître, dont la nature ne s'oppose pas à l'appropriation privée. Les choses sans maître sont simplement des choses qui ne sont pas appropriées. Elles sont réparties en deux catégories selon qu'elles ont déjà fait l'objet d'une appropriation ou pas. La première catégorie regroupe les choses non appropriées ou *res nullius,* la seconde les choses abandonnées ou encore *res derelictae*.

II. Les choses non appropriées ou *res nullius*

Les *res nullius* sont des choses qui, en raison de leur nature, n'ont jamais fait l'objet d'une appropriation privée. Elles naissent ou sont créées non appropriées (les animaux sauvages, par exemple). En revanche, leur nature propre n'empêche pas une appropriation à venir, laquelle s'opère par voie d'occupation (V. Fiche n° 7).

III. Les choses abandonnées ou *res derelictae*

Les *res derelictae* sont des choses abandonnées par leur propriétaire. À la différence des *res nullius*, ces choses ont fait l'objet d'une appropriation privée antérieure, à laquelle le propriétaire a renoncé.

Envisagées sous cet angle, les *res derelictae* se distinguent des biens perdus par leur propriétaire, lesquels sont demeurés l'objet d'un droit de propriété. Pour cette raison, les biens perdus relèvent d'une qualification particulière : la qualification d'épaves. Ces biens sont

également soumis à des régimes juridiques de réappropriation particuliers en fonction de leur nature (épaves maritimes ou épaves terrestres, par exemple).

Les *res derelictae* peuvent faire l'objet d'une nouvelle appropriation. Leur propriété s'acquiert alors par voie d'occupation (V. Fiche n° 7).

§2 La notion de bien

Bien que consacrées aux *biens et différentes modifications de la propriété*, les dispositions du livre II du Code civil ne contiennent pas de définition de la notion de bien, pas plus d'ailleurs qu'elles ne définissent la notion de chose.
Or en droit, les termes de chose et de bien ne semblent pas désigner les mêmes réalités, encore qu'elles se recouvrent partiellement. En effet l'on peut considérer qu'une partie des choses (seulement) peut accéder au rang de bien.

Plusieurs définitions de la notion de bien ont été proposées en doctrine. Il en ressort – à tout le moins dans son acception en droit interne – que le bien se distingue de la chose notamment par son aptitude à faire l'objet d'une appropriation privée laquelle permet à un ou plusieurs individus d'accéder à ses utilités et d'en mobiliser la valeur.

La notion de bien a longtemps été réservée aux choses corporelles, pourvu qu'elles remplissent les critères de caractérisation du bien. Or, il est aujourd'hui classique de considérer que les droits portant sur les biens constituent également des biens. L'article 520 de la proposition de réforme du droit des biens élaborée par le groupe de travail placé sous la présidence du Professeur H. Perinet-Marquet et sous l'égide de l'Association Henri Capitant, présenté le 31 octobre 2008 à la

Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice prend acte de cette conception en retenant la définition du bien suivante : « *sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523* ».

La catégorie des biens n'est pas intangible dans sa composition. De nouvelles choses sont en effet susceptibles de devenir des biens, dès lors qu'elles en remplissent les caractères ou que le législateur leur octroie cette qualification *(V. C. env., art. L. 229-11, lequel retient la qualification de bien meuble pour les quotas d'émission de gaz à effet de serre)*.

À l'inverse, des éléments historiquement qualifiés de biens tendent à se détacher de cette catégorie. Les animaux en fournissent une illustration topique. Longtemps considérés comme étant des biens, les animaux tendent à s'en échapper. Leur réification semble en effet s'atténuer avec le développement de législations spéciales qui les appréhendent d'abord comme des êtres vivants. Le développement de ces législations n'a toutefois pas débouché en droit civil sur la reconnaissance au bénéfice des animaux d'un statut identique à celui de la personne (sujet de droit, personnalité juridique, patrimoine, etc.), ces derniers demeurant soumis au droit des biens *(V. infra C. civ., art. 515-14 in fine)*.

(C. civ., art. 522)
« Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont soumis au régime des immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention.
Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont soumis au régime des meubles. »
V. égal. : *C. civ., art. 524, al. 2, relatif aux immeubles par destination.*

Pour autant, cette émancipation progressive n'est pas restée sans conséquence. Elle a notamment conduit à une modification notable des dispositions du Livre II du Code civil.

La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a notamment introduit dans le Code civil, l'article 515-14 lequel article dispose que *« Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens. »*

POUR ALLER PLUS LOIN…

- G. LARDEUX, « Humanité, personnalité, animalité », RTD civ. 2021, p. 573
- J. LEROY, « Renforcement de la lutte contre la maltraitance animale et du lien entre les animaux et les hommes -.- Loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 », JCP G 2021, 1339
- J.-P. MARGUÉNAUD :

  « Une révolution théorique : l'extension masquée des animaux dans la catégorie des biens », JCP G 2015, doct., n° 305

« L'animal sujet de droit ou la modernité d'une vieille idée de René Demogue », RTD civ. 2021, p. 591

– J.-P. MARGUÉNAUD, F. BURGAT, J. LEROY, « La personnalité animale », D. 2020, p. 28
– PH. MALINVAUD, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », D. 2015, p. 87
– H. PERINET-MARQUET, « Regard sur les nouveaux biens », JCP G 2010, n° 1100
– N. REBOUL-MAUPIN, « Statut du déchet de chantier et droit des biens », RDI 2021, p. 464 et s.
– « L'homme, l'animal et le droit », 35e Congrès national de l'Association Française de Droit Rural, 11 et 12 octobre 2019, Val André, sous la présidence de MM. D. LEBLANC et E. LEMONNIER :

1re partie : Droit rur. Janv. 2021, n° 489, dossier 1
2nde partie : Droit rur. Févr. 2021, n° 490, dossier 8

TITRE 1

LE PATRIMOINE

Fiche n° 2 Le patrimoine

Fiche n° 3 Les classifications des biens

Fiche n° 4 La classification des droits réels et des droits personnels

Fiche n° 2 Le patrimoine

⏭ L'ESSENTIEL

Encore qu'elle soit une notion cardinale du droit des biens, la notion de patrimoine n'est pas définie dans le Code civil. La proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens, élaborée par le groupe de travail placé sous la présidence du Professeur H. Périnet-Marquet et sous l'égide de l'Association Henri Capitant *(*http//:www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf*)* a proposé de combler ce manque en retenant la définition suivante : « *le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, un seul* » (art. 519). Cette définition s'inspire de la théorie classique du patrimoine, développée au XIXe siècle par Aubry et Rau. Pleinement reçue en droit civil français, la théorie classique du patrimoine a toutefois suscité des difficultés d'application, conduisant à consacrer progressivement des applications de la théorie du patrimoine d'affectation.

⏭ LES CONNAISSANCES

Seront successivement présentées la théorie classique du patrimoine (§ 1) puis sa portée (§ 2)

§1 La théorie classique du patrimoine

Au XIXe siècle, Aubry et Rau ont, à partir de travaux antérieurs, développé une théorie du patrimoine qui repose sur l'idée que le patrimoine est « *une émanation de la personnalité dans ses rapports avec ses biens* » *(in, Cours de droit civil français, 5e éd., E. Bartin, T. IX, 1917, §§ 573-576)*. Selon ces auteurs, cette conception du patrimoine emporte trois conséquences :

– toutes les personnes ont nécessairement un patrimoine ;
– seules les personnes (physiques ou morales) - en tant qu'elles sont dotées de la personnalité juridique - disposent d'un patrimoine ;
– une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine (principe de l'unicité du patrimoine).

Le patrimoine se singularise également sous deux autres angles :

– sa nature d'abord : selon l'analyse classique, le patrimoine est une universalité de droit en ce qu'il est composé d'un actif (regroupant les biens et les droits évaluables en argent) qui forme le droit de gage général des créanciers *(C. civ., art. 2285)*, et d'un passif (regroupant les dettes).
– son fonctionnement ensuite : le patrimoine est une universalité de droit « dynamique ». Tous les éléments de l'actif, existant dans le patrimoine à un instant donné, répondent du passif, sans égard pour la date d'introduction de l'actif et la date de naissance (ou d'exigibilité) de la dette.

(C. civ., art. 2284)
« Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

§2 La portée de la théorie classique du patrimoine

La théorie personnaliste du patrimoine demeure la théorie en principe appliquée en droit français. Elle a néanmoins très tôt dû s'accommoder d'adaptations. Ces adaptations s'expliquent principalement par les conséquences néfastes attachées au principe d'unicité du patrimoine. Ce principe empêche en effet de créer plusieurs patrimoines séparés sur la tête d'une même personne. Ainsi toutes les dettes d'une même personne sont exécutées sur l'ensemble des éléments d'actifs de son patrimoine, peu important leur source (professionnelle, personnelle, etc.). Pour cette raison, cette conception du patrimoine emporte notamment le risque que le passif professionnel absorbe la totalité de l'actif du patrimoine, professionnel comme personnel.
Ce risque a justifié que des mesures de protection du patrimoine personnel soient mises en place. Le législateur a donc progressivement limité la portée du principe d'unicité du patrimoine soit en l'atténuant (I), soit en y dérogeant (II).

I. L'atténuation : les dispositifs de protection de certains actifs

Après avoir introduit en droit français différentes sociétés unipersonnelles, le législateur a mis en place des dispositifs dont l'objectif est de protéger – soit temporairement, soit définitivement – certains biens personnels de l'entrepreneur individuel des poursuites

de créanciers professionnels, sans qu'il ne soit nécessaire de créer une personne morale.

L'une des techniques a consisté à organiser un recours en exécution prioritaire des créances contractuelles professionnelles sur les biens professionnels de l'entrepreneur individuel. Ce dispositif a été introduit par la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et l'entreprise individuelle. Il a ensuite été inscrit à l'article L. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution *(anc. L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 22-1)*. S'il n'isolait pas de manière définitive les biens personnels de l'entrepreneur individuel de tous les recours exercés par les créanciers professionnels, ce dispositif permettait dans une certaine mesure de les protéger.
Il est toutefois à noter que l'efficacité de ce dispositif était subordonnée à la réunion de nombreuses conditions (créances contractuelles, source des créances dans l'activité de l'entrepreneur individuel, exécution forcée d'un titre exécutoire, valeur suffisante des biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, demande d'exécution prioritaire formulée par le débiteur, droit d'opposition du créancier), ce qui en compliquait l'application.

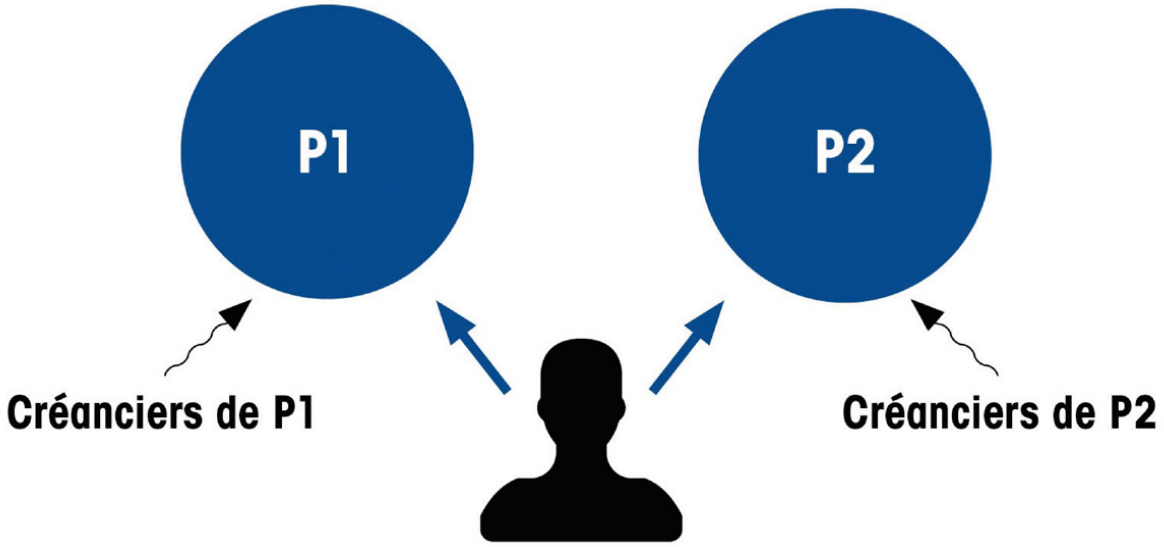
La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle a remanié le dispositif afin de tenir compte de la récente reconnaissance du patrimoine d'affection de l'entrepreneur individuel *(v. C. com., art. L. 526-22 et s.)*.

CPC exéc., art. L. 161-1 *avant L. n° 2022-172, 14 févr. 2022*	CPC exéc., art. L. 161-1 *mod. L. n° 2022-172, 14 févr. 2022, art. 3* En vigueur depuis le 15 mai 2022
Lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 5° de l'article L. 112-2 et s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers. Si le créancier établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa créance, il peut s'opposer à la demande. La responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire.	Une procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel ne peut porter que sur les biens du patrimoine sur lequel le créancier dispose d'un droit de gage général en vertu de l'article L. 526-22 du Code de commerce. L'entrepreneur individuel qui a renoncé au bénéfice des dispositions du quatrième alinéa du même article L. 526-22 dans les conditions prévues à l'article L. 526-25 du même code peut, s'il établit que la valeur des biens qui constituent son patrimoine professionnel est suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces biens. Si le créancier établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa créance, il peut s'opposer à la demande. La responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire. *Conformément au I de l'article 19 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022, ces dispositions entrent en vigueur à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la promulgation de la présente loi.*

Le législateur a également recours à une autre technique : celle de l'insaisissabilité. Cette technique permet de « soustraire » de manière définitive certains biens personnels de l'entrepreneur individuel des poursuites de ses créanciers professionnels. À l'origine, ce dispositif concerne la résidence principale de l'entrepreneur *(L. n° 2003-721, 1er août 2003, art. 8)*. Aujourd'hui, il est plus étendu et plus protecteur : l'insaisissabilité des droits sur l'immeuble où est fixée la résidence habituelle est de droit *(C. com., art. L. 526-1)* et celle des droits sur les biens fonciers, bâtis ou non bâtis, non affectés à l'usage

professionnel est subordonnée à une déclaration établie devant notaire *(C. com., art. L. 526-1, al. 2 et art. L. 526-2)*.

II. La dérogation : la consécration de patrimoines d'affectation



Plus récemment le législateur a consacré des applications de la notion de patrimoine d'affectation. Cette technique permet à une personne de créer, à côté de son patrimoine personnel, un ou plusieurs patrimoines distincts, sans créer de personne morale. Ces patrimoines peuvent contenir des éléments d'actif et/ou de passif et sont affectés à un but particulier (une activité professionnelle, par exemple). Chaque patrimoine étant séparé des autres, les créanciers voient inévitablement leur droit de gage se réduire au patrimoine qui est la source de leur(s) créance(s). Enfin, trait caractéristique des patrimoines d'affectation, ils peuvent être cédés ou transmis à un tiers, le titulaire originaire conservant le patrimoine qui lui a été attribué à sa naissance.

Le législateur a, pour la première fois, consacré la technique du patrimoine d'affectation à l'occasion de l'introduction en droit français de la fiducie *(L. n° 2007-211, 19 fév. 2007 ; C. civ., art. 2011)*. Il a également eu recours à cette technique plus récemment en en faisant l'un des dispositifs caractéristiques du « statut » de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée *(L. n° 2010-658, 15 juin 2010 ; C. com., anc. art. 526-5-1 et s. ; v. égal., L. n° 2022-172, 14 févr. 2022, art. 526-6 et s. et art. 526-22 et s.)* comme de celui de l'agent des sûretés *(Ord. n° 2017-748, 4 mai 2017 ; C. civ., art. 2488-6 et s.)*.

Fait notable, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « loi PACTE ») a d'ailleurs en son temps tiré une conséquence de la consécration d'un patrimoine affecté à l'exercice professionnel de l'EIRL, distinct du patrimoine personnel. Le patrimoine affecté a en effet été présenté comme pouvant ne contenir aucun actif *(C. com., art. L. 256-8, I, al. 2 ; F.-X. Lucas, « Nouveau départ de l'EIRL », L'essentiel Droit des entreprises en difficulté, n° 6, p. 1 ; C. Lebel, « Entreprise individuelle et entreprise en difficulté dans la loi Pacte », JCP N, mai 2019, n° 22-23, p. 1206)*.

La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante *(JO, 15 févr. 2022)* modifie une nouvelle fois les dispositions de l'actuel chapitre VI consacré à la *protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint* (du titre II consacré aux garanties, du livre V intitulé *Des effets de commerce et des garanties*). Sous l'angle de la notion de patrimoine d'affectation, deux évolutions majeures peuvent ici être relevées.

La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 crée tout d'abord le statut de l'entrepreneur individuel *(v. nouvelle section III – Du statut de l'entrepreneur individuel, C. com., nouv. art. L. 526-22 et s. et nouv. section IV – Du transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, C. com., art. L. 526-27 et s.)*. Or, ce statut emporte de plein droit la reconnaissance d'un patrimoine professionnel, lequel ne peut en principe être scindé *(v. C. com., art. L 526-22, al. 2, qui réserve par ailleurs l'hypothèse du livre VI)*.

L'article L. 526-22, alinéa 2, du Code de commerce définit la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Ce patrimoine comprend *« les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes »*. Cette définition est aujourd'hui complétée par les dispositions du décret n° 2022-725 du 28 avril 2022 relatif à la définition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel et aux mentions sur les documents et correspondances à usage professionnel *(entrée en vigueur le 15 mai 2022, D. n° 2022-725, 28 avr. 2022, art. 5)*.

(C. com., art. R. 526-26 – en vigueur à compter du 15 mai 2022)

« I.-Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 526-22, les biens, droits, obligations et sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utiles à l'activité professionnelle, s'entendent de ceux qui, par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent à cette activité, tels que :

1°. Le fonds de commerce, le fonds artisanal, le fonds agricole, tous les biens corporels ou incorporels qui les constituent et les droits y afférents et le droit de présentation de la clientèle d'un professionnel libéral ;

2°. Les biens meubles comme la marchandise, le matériel et l'outillage, le matériel agricole, ainsi que les moyens de mobilité pour les activités itinérantes telles que la vente et les prestations à domicile, les activités de transport ou de livraison ;

3°. Les biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel ; lorsque ces immeubles sont détenus par une société dont l'entrepreneur individuel est actionnaire ou associé et qui a pour activité principale leur mise à disposition au profit de l'entrepreneur individuel, les actions ou parts d'une telle société ;

4°. Les biens incorporels comme les données relatives aux clients, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles, et plus généralement les droits de propriété intellectuelle, le nom commercial et l'enseigne ;

5°. Les fonds de caisse, toute somme en numéraire conservée sur le lieu d'exercice de l'activité professionnelle, les sommes inscrites aux comptes bancaires dédiés à cette activité, notamment au titre des articles L. 613-10 du Code de la sécurité sociale et L. 123-24 du présent code, ainsi que les sommes destinées à pourvoir aux dépenses courantes relatives à cette même activité.

II.-Lorsque l'entrepreneur individuel est tenu à des obligations comptables légales ou réglementaires, son patrimoine professionnel est présumé comprendre au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables, sous réserve qu'ils soient réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Sous la même réserve, les documents comptables sont présumés identifier la rémunération tirée de l'activité professionnelle indépendante, qui est comprise dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. »

À côté de ce patrimoine professionnel, l'entrepreneur individuel dispose d'un patrimoine personnel qui regroupe « *Les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel* ».

La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 modifie ensuite de manière notable les dispositions applicables à l'EIRL *(L. n° 2022-172, 14 févr. 2022, art. 6. – V. Section II. De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, C. com., art. 526-6 et s.)* et organise sa mise en extinction.

TABLEAU COMPARATIF DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA FIDUCIE, AU STATUT D'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL ET À L'AGENT DES SÛRETÉS

	Fiducie	EIRL Statut mis en extinction L. n° 2022-172, 14 févr. 2002, art. 6	EI L. n° 2022-172, 14 févr. 2022	Agent des sûretés
Patrimoine distinct	C. civ., art. 2011	C. com., art. L. 526-6	C. com., art. L. 526-22 C. com., art. L 526-25 (renonciation)	C. civ., art. 2488-6,al. 3
Fonctionnement du patrimoine		C. com., art. L. 526-6 et L. 526-8-1, al. 1 et 2	C. com., art. L. 526-22	
Cession et transmission entre vifs du patrimoine affecté		C. com., art. L. 526-17	C. com., art. L. 526-27 et s.	
Opposabilité du patrimoine affecté aux créanciers et aux tiers	C. civ., art. 2025 C. civ., art 2018-2 (concernant l'opposabilité de la cession de créances)	C. com., art. L. 526-12, I	C. com., art. L. 526-23	
Droit de gage des créanciers selon la source de la créance	C. civ., art. 2025	C. com., art. L. 526-12, I C. com., art. L. 526-15 (en cas de renonciation à l'affectation et de cessation d'activité)	C. com., art. L. 526-22, L. 526-23 et L. 526-24 C. com., art. L 526-25 (renonciation)	C. civ., art. 2488-10, al. 1
Procédures collectives	C. civ., art. 2024			C. civ., art. 2488-10, al. 2

(L. n° 2022-172, 14 févr. 2022, art. 6, II)
« À compter de la publication de la présente loi, nul ne peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel en application de l'article L. 526-6 du Code de commerce. L'affectation à un patrimoine affecté déjà constitué ou le retrait d'éléments de celui-ci demeurent possibles.
Les personnes physiques exerçant leur activité sous le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à la date de publication de la présente loi demeurent régies par la section 2 du chapitre VI du titre II du livre V du code de commerce, dans sa rédaction résultant de la présente loi. »

Le décret d'application n° 2022-709 du 26 avril 2022 relatif à la mise en extinction du régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en prévoit les modalités d'application. Il est entré en vigueur le 28 avril 2022 sous réserve des exceptions qu'il prévoit *(D. n° 2022-709, 26 avr. 2022, art. 5)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

- « Le fabuleux destin de la théorie de l'unicité du patrimoine », Revue de droit Henri Capitant/Henri Capitant Law Review, Lextenso éditions, Dalloz, n° 1-2/2011 (disponible sur : http://www.henricapitant-lawreviex.fr/edito_revue)
- « Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens », http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf
- « Proposition de réforme du livre II -version finale du 15 mai 2009 », //www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf

– F. AUQUE, « Coup de grâce à la théorie d'Aubry et Rau ? – A propos du patrimoine d'affectation du commerçant indépendant », AJDI 2022, p. 241 et s.
– N. BORGA, « Limitation du risque entreprenarial : insaisissabilité de la résidence principale, EIRL et réforme de l'entreprenariat individuel », Bulletin Joly Entreprises en difficulté, mars 2022, n°2, p. 56
– X. DELEPECH, « Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », Dalloz actualité 01 mars 2022
– B. DONDERO, « Place à l'entrepreneur individuel a deux patrimoines (EI2P) ! », Rev. Soc. 2022, p. 199 et s.
– J. JULIEN, M. REBOURG (Dir.), *Les patrimoines affectés*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LDGJ-Lextenso éd., 2013
– C. LEBEL, « Entreprise individuelle et entreprise en difficulté dans la loi Pacte », JCP N, mai 2019, n° 22-23, p. 1206
– N. LEBLOND, « Création du statut d'entrepreneur individuel », L'essentiel droit des contrats, 1er avril 2022, n° 4, p. 5
– M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », JCP N 2011, 1327
– J.-D. PELLIER, « Regard sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel », JCP G 2022, 345
– S. PIEDELIEVRE, « Premières remarques sur la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante », JCP N 2022, act. 301
– T. REVET, « La désubjectivation du patrimoine », D. 2022, p. 469 et s.

Fiche n° 3 Les classifications des biens

⏭ L'ESSENTIEL

« *Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction* » (*in,* J. Carbonnier, *Droit civil – tome 2 – Les biens. Les obligations*, Puf, 2004, p. 1592, n° 707). La qualification de bien permet en effet de rassembler sous une même dénomination une masse hétéroclite de choses. Les classifications des biens constituent, quant à elles, une sorte de niveau intermédiaire entre la notion générique de bien et la masse concrète des biens. Elles opèrent une répartition des biens par catégories, grâce à des critères en principe fondés sur une caractéristique des biens en cause. Ce faisant, les classifications facilitent l'appréhension et la connaissance des biens. Au-delà, elles mettent en exergue des spécificités de régime juridique propres aux catégories de biens qu'elles distinguent.

⏭ LES CONNAISSANCES

Le droit des biens consacre directement ou indirectement au moins quatre distinctions fondées sur des caractéristiques physiques des biens. Sont en effet prises en compte la mobilité des biens (§ 1), la

matérialité des biens (§ 2), l'usage des biens (§ 3) ainsi que leur individualisation (§ 4).

§1 La classification fondée sur la mobilité des biens

La classification des biens immeubles et des biens meubles est la *summa divisio* du droit des biens. À ce titre, cette distinction a vocation à contenir tous les biens *(C. civ., art. 516)*.
Si les textes du Code civil ne définissent pas directement le critère de la distinction (I), ils l'appliquent en identifiant des catégories de biens immeubles et de biens meubles (II).

I. Le critère de distinction

La qualification de bien immeuble ou de bien meuble est fondée sur une caractéristique physique du bien, laquelle échappe en principe à la volonté individuelle *(Cass. 3e civ., 26 juin 1991, n° 89-18.638)*. Cette caractéristique est celle de la mobilité ou de la fixité du bien. Ainsi là où le bien meuble peut être déplacé géographiquement, le bien immeuble, lui, ne le peut pas. Le célèbre arrêt des *Fresques catalanes* fournit une illustration topique de l'application de ce critère et, conséquemment, de cette classification. Les fresques peintes sur le mur d'une église ont en effet été successivement qualifiées de biens immeubles parce que constitutives de ce mur et de biens meubles « *du fait de leur arrachement* » *(Cass. ass. plén., 15 avr. 1988, n° 85-10262 et n° 85-11198, Bull. civ. n° 4)*.

Ce critère physique permet donc de distinguer dans la masse des biens ceux qui par leur nature relèvent de la catégorie des meubles et ceux qui relèvent de celle des immeubles. En revanche, il ne rend pas compte du caractère composite de chacune de ces catégories de biens.

II. La composition des catégories de biens immeubles et de biens meubles

Le droit des biens ne consacre pas une catégorie unique de biens immeubles, à laquelle s'opposerait celle, unique, des biens meubles. Les biens immeubles comme meubles sont en effet répartis en sous-catégories.

L'article 517 du Code civil distingue trois sous-catégories de biens immeubles :
1°. les biens immeubles par nature,
2°. les biens immeubles par destination et,
3°. les biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

L'article 527 du Code civil fait de même concernant les biens meubles. Il consacre deux sous-catégories de biens meubles :
1°. les biens meubles par nature et,
2°. les biens meubles par détermination de la loi
À ces deux sous-catégories d'origine légale, il convient d'ajouter la catégorie prétorienne des biens meubles par anticipation.
Ces différentes sous-catégories appliquent de manière plus ou moins directe le critère physique de la mobilité du bien.

Les sous-catégories de biens meubles par nature et de biens immeubles par nature prennent en compte la nature du bien lui-même (A). Les sous-catégories de biens immeubles par destination et de biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent correspondent à une nature d'emprunt (B). Celle de biens meubles par anticipation correspond à la prise en compte de la nature à venir du bien (C). Enfin, celle de biens meubles par détermination de la loi correspond à une nature objective – ou encore juridique – du bien (D).

A Les sous-catégories fondées sur la nature du bien

Ces sous-catégories prennent en compte la nature du bien lui-même. En d'autres termes, le critère de la mobilité est apprécié en prenant uniquement en compte une caractéristique physique – l'aptitude au déplacement – du bien en cause.

1 Les immeubles par nature

Les biens immeubles par nature sont des biens qui par leur nature propre ne peuvent pas être déplacés dans l'espace.

Entrent dans cette catégorie :
– le sol *(C. civ., art. 518)* ;
– les éléments qui sont attachés au sol comme les végétaux *(v. par ex., C. civ., art. 520, al. 1er)* et les constructions *(v. par ex., C. civ., art. 518 et 519) ;*
– les éléments incorporés à un immeuble par nature nature *(v. par ex., C. civ., art. 523)*. Dans cette hypothèse, la jurisprudence semble fonder la qualification d'immeuble par nature sur deux constats (*v. pour la qualification de convecteurs électriques, Cass. 3e civ., 23 janvier 2002, n° 99-18102, Bull. civ. III, n° 12)*.
En premier lieu, la jurisprudence se réfère à l'existence d'un lien matériel créé entre le bien incorporé et l'immeuble, ce lien rendant les deux biens indissociables l'un de l'autre.
En second lieu, elle prend en compte à l'impossibilité de séparer les biens sans porter atteinte à l'intégrité de l'un d'entre eux.

2 Les meubles par nature

Les meubles par nature sont les biens qui peuvent être déplacés dans l'espace *(C. civ., art. 528. V. supra)*. Les biens meubles correspondent à des choses inertes très diverses. Il existe néanmoins des catégories

particulières de biens meubles par nature comme par exemple les meubles meublants *(C. civ., art. 534)* ou encore les meubles immatriculés (par exemple, les voitures).

Depuis la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (art. 2), la mention des animaux a été supprimée de l'article 528 du Code civil notamment (V. Fiche n° 1).

B Les sous-catégories fondées sur une nature d'emprunt

La qualification de bien immeuble apparaît parfois fondée sur un emprunt fait soit à un bien principal (1), soit au bien qui en est l'objet (2).

1 L'emprunt au bien principal : les immeubles par destination

Cette qualification est fondée sur une fiction qui consiste à considérer un bien meuble par nature comme étant immeuble en raison du lien qui l'unit à un immeuble par nature. Dans cette hypothèse, le meuble accède à la qualification d'immeuble (par destination) car il constitue l'accessoire d'un bien immeuble par nature.

La qualification d'immeuble par destination suppose la réunion de deux conditions cumulatives :
1°. Les biens meuble et immeuble doivent appartenir au même propriétaire.
2°. Il doit exister une volonté de créer un lien particulier entre le bien meuble et le bien immeuble par nature. Il s'agit d'un lien d'affection de l'un à l'autre, également appelé rapport de destination.

L'article 524 du Code civil identifie deux rapports de destination :

– Le bien meuble ou les animaux peuvent être affectés au service et à l'exploitation d'un fonds *(C. civ., art. 524, al. 1er et 2)*, dès lors qu'ils lui sont nécessaires. L'exploitation du bien immeuble est ici conçue souplement puisqu'elle peut être de nature agricole, industrielle, commerciale, etc.
– Le bien meuble peut également être lié au bien immeuble par un lien « *d'attache à perpétuelle demeure* » *(C. civ., art. 524 in fine et art. 525)*. Dans cette hypothèse, le bien meuble n'a pas à être utile ou nécessaire au bien immeuble. En revanche, il doit être attaché à ce dernier soit de manière matérielle *(C. civ., art. 525, al. 1er)*, soit de manière abstraite *(C. civ., art. 525, al. 4)*. Dans ce dernier cas, l'attache résulte d'un aménagement spécifique du bien immeuble, lequel aménagement permet de placer le bien meuble dans ou sur le bien immeuble. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire que l'attache fasse perdre au bien meuble son individualité.

Le rapport de destination entre un bien meuble et un bien immeuble peut être rompu. La rupture du lien de destination suppose la réunion de deux conditions cumulatives :

– la volonté du propriétaire des deux biens de rompre le lien de destination qu'il a créé ;
– la séparation effective des biens (matériellement ou juridiquement).

Lorsque ces deux conditions sont réunies, le bien meuble retrouve sa qualification juridique initiale.

2 Les immeubles par l'objet sur lequel ils portent

Ces biens relèvent de la catégorie des immeubles en raison de la nature immobilière de leur objet. Cette qualification est en quelque

sorte une qualification « d'emprunt ».
L'article 526 du Code civil identifie les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent en les énumérant. Sont immeubles « *L'usufruit des choses immobilières ; les servitudes ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* ».

Plus largement, relèvent de cette catégorie :
– les droits réels portant sur des biens immeubles et de manière exceptionnelle, certains droits personnels portant sur des biens immeubles ;
– les actions en justice protégeant les biens immeubles.

C La sous-catégorie fondée sur une nature anticipée

Les biens meubles par anticipation correspondent à une fiction qui consiste à faire produire immédiatement effet à la nature à venir d'un bien. En d'autres termes, un bien immeuble est qualifié de meuble par anticipation en raison de sa nature de bien meuble à venir (par exemple, les récoltes vendues encore sur pieds). L'anticipation de la nature mobilière du bien permet de lui appliquer le régime juridique des biens meubles dès la conclusion du contrat.

D La sous-catégorie fondée sur une nature légale

Les biens meubles par détermination de la loi sont énumérés à l'article 529 du Code civil. Cette catégorie comprend pour l'essentiel deux catégories de biens incorporels. Tout d'abord, un certain nombre de droits relèvent de cette catégorie de biens meubles (les droits réels portant sur les biens meubles, les droits personnels, les titres sociaux). Ensuite, entrent dans cette catégorie, les actions en justice qui protègent ces droits.

§2 La classification fondée sur la matérialité des biens

La prise en compte de la matérialité des biens permet de dissocier la notion de bien de celle de chose corporelle, la première dépassant la seconde.
En d'autres termes, les biens ne se résument pas aux seules choses corporelles, toutes conditions étant par ailleurs réunies. Un bien peut tout aussi bien être doté d'un *corpus* (bien corporel comme un chandelier) qui permet de l'appréhender physiquement qu'en être dépourvu (bien incorporel comme la clientèle).

La distinction des biens corporels et incorporels, encore qu'elle ne soit prise en compte que de manière incidente dans le Code civil, est une distinction dont l'importance s'est considérablement accrue tant en raison de l'augmentation du nombre des biens incorporels que de l'importance de leur valeur.

§3 La classification fondée sur l'usage des biens

Les biens peuvent être envisagés sous l'angle de leur usage et plus particulièrement, de l'effet attaché à l'usage qui en est fait.

Certains biens sont en quelque sorte « insensibles » à l'usage qui en est fait (par exemple, un appartement). Ils « résistent » en quelque sorte à l'usage (et notamment le premier) qui en est fait. Ces biens sont qualifiés de biens non consomptibles. D'autres biens y sont au contraire « sensibles » puisque leur première utilisation les fait disparaître (les aliments ou encore l'essence, par exemple), quelle que soit la nature de l'utilisation (matérielle ou juridique). Ces biens sont dits consomptibles.

La particularité des biens consomptibles conduit notamment à prévoir des règles particulières lorsqu'ils doivent faire l'objet d'une restitution *(v. en matière de quasi-usufruit, C. civ., art. 587)*.

§4 La classification fondée sur l'individualisation des biens

L'aptitude des biens à être ou non individualisés permet de distinguer les biens fongibles des biens non fongibles. Les biens fongibles sont des biens qui ne se distinguent pas des biens de la même espèce. En d'autres termes, ces biens sont remplaçables les uns par les autres (par exemple, les choses de genre). Les choses non fongibles sont au contraire des biens individualisables et, par voie de conséquence, non interchangeables avec un bien de la même espèce (par exemple, un corps certain).

Le critère de l'individualisation ou de l'interchangeabilité s'applique en considération de la nature des biens. Il est néanmoins à noter que la volonté individuelle peut, dans une certaine mesure, modifier la nature juridique du bien soit en l'individualisant, soit en le désindividualisant.

La qualification juridique de chose fongible ou non fongible emporte certaines conséquences juridiques notamment en matière de restitutions, de compensation *(C. civ., art. 1347-1)* ou encore de date de transfert des risques *(C. civ., art. 1196)*.

Fiche n° 4 La classification des droits réels et des droits personnels

⏭ L'ESSENTIEL

Encore que le Code civil ne consacre pas cette classification en tant que telle, il est désormais classique de distinguer les droits réels des droits personnels. Qualifiée par le Doyen Carbonnier d'« arête du droit du patrimoine » *(in, J. Carbonnier, Droit civil - tome 2 - Les biens. Les obligations, Puf, 2004, p. 1579, n° 700)*, cette classification n'en a pas moins été discutée en doctrine.

Des propositions doctrinales ont pour l'essentiel consisté à ramener à l'unité ces deux catégories de droits. Différentes approches ont ainsi été privilégiées. Certaines ont consisté à proposer un rapprochement des droits réels de la catégorie des droits personnels, en recourant à la notion d'obligation passive universelle *(M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Paris, 2e éd., 1901 n° 726)*. D'autres ont proposé le rapprochement inverse, en appréhendant les droits personnels par le prisme des droits réels et en examinant la possibilité de les soumettre à une relation d'appartenance – de propriété - *(v. not. Ginossar, Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris, 1960)*.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les notions de droit réel et de droit personnel

Selon une présentation classique, la distinction entre droit réel et droit personnel correspond à une différence de modalités d'exercice des prérogatives confiées à leur titulaire.

Les droits réels sont présentés comme étant des droits qui s'exercent de manière absolument directe sur les biens qui en sont les objets, à la différence des droits personnels, lesquels se caractérisent par le lien (de droit) qu'ils créent entre deux personnes dans le but d'obtenir une prestation. Ainsi, le propriétaire peut agir sur la chose dont il est propriétaire alors que le créancier doit agir contre le débiteur pour obtenir la prestation promise.
Cette particularité se prolonge sur le terrain du régime juridique attaché à chaque catégorie de droit. Le droit réel est classiquement présenté comme étant un droit plus efficace (opposabilité *erga omnes* à laquelle sont, selon les cas, associés le droit de suite et le droit de préférence) que le droit personnel (effet relatif).

Malgré l'importance de la distinction, le droit des biens ne contient pas de définition des notions de droit réel et de droit personnel. Pour combler ce manque, la proposition de réforme du droit des biens élaborée par le groupe de travail placé sous la présidence du Professeur H. Perinet-Marquet et sous l'égide de l'Association Henri Capitant, présentée le 31 octobre 2008 à la Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice a proposé d'introduire dans le Livre II les définitions du droit réel et du droit personnel.

Conformément à la présentation classique, l'article 522, alinéa 1er, de ce document définit le droit réel comme le droit « *qui confère à une personne un pouvoir direct sur un bien. Il suit ce dernier en quelques mains qu'il passe*. »

Le droit personnel est, quant à lui, identifié à « *celui du créancier d'une obligation à l'encontre de son débiteur* ».

Encore que la réception en droit de cette distinction soit acquise, il est également classique d'en constater les atténuations soit que l'obligation prenne certains atours du droit réel (les obligations *propter rem*, par exemple), soit que le droit réel se rapproche du droit personnel en le côtoyant dans un contrat particulier (les baux emphytéotiques ou à construction, par exemple).

La catégorie des droits réels se subdivise en deux sous-catégories que sont les droits réels principaux (étudiés dans le cadre du droit des biens) et les droits réels accessoires que sont les sûretés réelles (étudiés dans le cadre du droit des sûretés).

§2 Les droits réels principaux

La catégorie des droits réels principaux regroupe le droit de propriété ainsi que ses démembrements (usufruit, nue-propriété, droit d'usage et d'habitation, etc.).

À la différence des droits personnels, les droits réels principaux sont « listés » à l'article 543 du Code civil.

(C. civ, art. 543)
« On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. »

À défaut de précision dans le texte, la question s'est posée de savoir si l'énumération des droits réels devait être comprise comme étant exhaustive. De manière sous-jacente, cette question conduisait à s'interroger sur la possibilité de créer par voie contractuelle des droits réels *sui generis*.
Contrairement à l'idée qui a longtemps prévalu en doctrine, la jurisprudence a très tôt rejeté la thèse d'une liste légale exhaustive de droits réels. Corrélativement, elle a admis la possibilité de créer des droits réels originaux.
Cette solution résulte d'abord d'un arrêt ancien, l'arrêt *Caquelard*, rendu par la Chambre des requêtes le 13 février 1834 *(Cass. Req., 13 févr. 1834, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile - tome 1 - Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 13e éd., 2015, n° 66-67, p. 403 et s.)*.
À la suite de cet arrêt, des décisions ont reconnu l'existence des droits réels *sui generis*, certains étant perpétuels, d'autres temporaires. La jurisprudence a ainsi pu qualifier un droit de chasse institué par une donation-partage et régulièrement publié de droit d'usage viager *(Cass. 3e civ., 2 oct. 2002, n° 00-14.029)* ou encore le droit « *d'exploiter les arbres sur le sol appartenant à un tiers* » de droit réel perpétuel *(Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n° 11-13.202)*.

Mais c'est sans doute la jurisprudence *Maison de Poésie* qui, tout en confirmant la jurisprudence *Caquelard*, a contribué à renouveler la matière.

Dans cette affaire *(Cass. 3e civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304)*, était en cause une clause insérée dans un contrat de vente immobilière conclu en 1932. La clause stipulait au bénéfice de la Fondation *Maison de la Poésie* un droit de jouissance ou d'occupation de locaux qui dépendaient de l'immeuble vendu. La clause prévoyait également que si la mise à disposition des locaux s'avérait nécessaire pour l'acquéreur, ce dernier s'engageait à édifier un édifice et à le mettre à la disposition de la Fondation en remplacement du précédent, et ce pendant toute la durée de son existence.

Cette clause a suscité une double interrogation : celle de la durée du droit créé par contrat en 1932 et, de manière sous-jacente, celle de la nature de ce droit.

Alors que les juges du fond retinrent la qualification de droit réel d'usage et d'habitation – laquelle justifiait l'application du régime juridique de l'usufruit dont notamment son caractère temporaire –, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation promut une autre analyse. Elle a tout d'abord rappelé la possibilité pour le propriétaire de créer un droit réel au bénéfice d'autrui, ayant pour objet la jouissance spéciale d'un bien. Tout au plus a-t-elle précisé qu'à l'image des droits personnels, la création du droit réel se comprend dans les limites instituées par les règles d'ordre public. Ensuite, s'appuyant sur la volonté des parties, la Cour de cassation a relevé que le droit réel *sui generis* créé au bénéfice de la Fondation *Maison de Poésie* l'a été pour toute la durée de l'existence de cette fondation.

Il convient de noter que la solution retenue dans l'affaire *Maison de Poésie I* fait écho à la proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens, élaborée par le groupe de travail placé sous la présidence du Professeur H. Périnet-Marquet et sous l'égide de l'Association Henri Capitant. Cette proposition prévoit en effet d'insérer dans le Livre II, un Chapitre IV consacré au droit réel de jouissance spéciale. Ce chapitre contient quatre dispositions *(art. 608 à 611)*. La première consacre le droit du propriétaire de consentir un droit réel à autrui lui « *conférant le bénéfice d'un usage spécial ou d'une jouissance spéciale d'un ou plusieurs de ses biens* » *(art. 608, al. 1er)*. Les dispositions suivantes fixent le régime juridique applicable à ce droit, lequel est en grande partie emprunté au droit de l'usufruit. À ce titre, l'article 611 de la proposition de réforme prévoit que le droit de jouissance spéciale s'éteint notamment au terme du délai pour lequel il a été consenti, délai qui ne peut être supérieur à trente ans
(*In,* http//:www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf.)

Plusieurs arrêts postérieurs ont précisé – tenté de préciser – la portée temporelle du droit de jouissance spéciale d'origine conventionnelle.

Jurisprudence

Le premier arrêt *(Cass. 3e civ., 28 janv. 2015, n° 14-10.013)* concerne la constitution au profit d'ERDF d'un droit d'usage consenti sur un lot de copropriété composé d'un transformateur de distribution publique d'électricité. Dans cette affaire, le contentieux s'est cristallisé autour de la question de la durée du droit d'usage, laquelle n'avait pas été prévue par les parties. La Cour d'appel de Caen reconnaît l'existence « *d'un droit réel de jouissance spéciale exclusif et perpétuel en faveur d'un tiers* ». La décision est censurée par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 28 janvier 2015 au visa des articles 544, 619, 625 et 1134 du Code civil et du principe énoncé dans l'arrêt *Maison de Poésie* selon lequel « *le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ; (…)* ». La troisième Chambre civile de la Cour de cassation retient toutefois que le droit de jouissance spéciale consenti sur un bien est un droit temporaire, si les parties ne l'ont pas limité dans le temps. Sa durée ne peut alors excéder 30 ans par application des dispositions relatives à l'extinction du droit d'usufruit – dispositions également applicables au droit d'usage et d'habitation. Cet arrêt est à rapprocher d'une décision plus récente, rendue par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation *(Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-25.167)* au sujet d'un droit de jouissance portant sur un bâtiment et deux trous d'un parcours de golf. Dans cet arrêt, non destiné à être publié, la Cour de cassation retient en effet que « *(…) Lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil (3e Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n° 14-10.013, Bull. 2015, III, n° 13).(…)* »

Jurisprudence

Le deuxième arrêt *(Cass. 3e civ., 8 sept. 2016, n° 14-26.953)* concerne une nouvelle fois l'affaire *Maison de Poésie*, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation étant saisie à la suite d'un renvoi après cassation. La Cour de cassation est interrogée au sujet de la durée du droit spécial de jouissance à ceci près que, dans le cas particulier, les parties ont expressément choisi de consentir un droit viager à la Fondation *Maison de Poésie*.
Dans cet arrêt, la Cour de cassation se réfère à la volonté des parties. Lorsque les parties au contrat attachent au droit de jouissance spéciale une durée particulière, cette durée s'applique, peu important qu'elle excède trente ans.

Jurisprudence

Un arrêt plus récent *(Cass. 3e civ., 7 juin 2018, n° 17-17.240)* poursuit le travail d'élaboration du régime juridique du droit de jouissance spéciale conventionnel. Était en cause l'engagement pris par le vendeur notamment d'un lot de copropriété comprenant une piscine, de prendre à sa charge les frais de fonctionnement de la piscine et d'autoriser les autres copropriétaires à y accéder gratuitement au moins pendant la durée des vacances scolaires. Au terme d'un délai de trente ans, les acquéreurs de ce lot ont invoqué l'extinction de cet engagement. Ils n'obtinrent pas gain de cause. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a tout d'abord consacré le caractère perpétuel du « *droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot* ». La Cour de cassation a ensuite rappelé les éléments retenus par les juges du fond lesquels permettent ici de rapprocher ce droit de jouissance spéciale d'un droit de servitude. En effet, les juges du fond ont notamment constaté que le droit litigieux était établi au bénéfice d'autres lots de copropriété (et non de personnes), et constituait « *une charge imposée à certains lots, pour l'usage et l'utilité des autres lots de copropriété appartenant à d'autres propriétaires* » *(V. égal., Cass. 3e civ., 2 déc. 2009, n° 08-20.310, relatif à un droit de jouissance exclusif sur des emplacements de stationnement qualifié de « droit réel et perpétuel »)*.

Malgré un nombre aujourd'hui important de décisions, le droit de jouissance spéciale continue d'interroger et de nouveaux arrêts continuent d'en dessiner les contours.

Jurisprudence

En témoigne notamment l'arrêt rendu le 22 octobre 2020 *(Cass. 3e civ., 22 oct. 2020, n° 19-21.732)* dans lequel la troisième Chambre civile de la Cour de cassation retient qu'*« un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion et qu'un tel droit peut avoir pour objet l'apposition d'enseignes sur les parties communes de la copropriété »* (point 5).

TABLEAU SYNTHÉTIQUE – DROIT DE JOUISSANCE SPÉCIALE

DROIT DE JOUISSANCE SPÉCIALE			
	TEMPORAIRE		PERPÉTUEL
Droit prévu dans la convention	Droit de jouissance ou d'occupation de locaux dont est bénéficiaire une fondation	Droit d'usage sur un lot de copropriété qui comprend un transformateur de distribution publique d'électricité dont bénéficie ERDF	Droit selon lequel le propriétaire d'un lot de copropriété à usage d'une piscine s'engage d'une part à prendre à sa charge les frais de fonctionnement de la piscine, et d'autre part à laisser les copropriétaires accéder à la piscine gratuitement au moins pendant les vacances scolaires
Nature juridique du droit retenue en jurisprudence	Droit réel de jouissance spéciale	Droit réel de jouissance spéciale	Droit analysé comme étant un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant la jouissance spéciale d'un autre lot
Modalités prévues dans le contrat	Droit assorti d'un terme dans le contrat, celui-ci correspondant au temps d'existence d'une fondation	Droit non assorti d'un terme prévu dans le contrat	Droit non assorti d'un terme prévu dans le contrat
Durée retenue en jurisprudence	**1.** Le droit réel sui generis de jouissance spéciale peut être viager et par conséquent, consenti pour une durée supérieure à 30 ans y compris lorsque le bénéficiaire est une personne morale **2.** A fortiori, la durée de ce droit peut être inférieure à 30 ans	Si aucun délai n'est prévu par le contrat, le droit de jouissance spéciale - encore qu'il soit distinct des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation - s'éteint au terme d'un délai de 30 ans. Cette durée ne dépend pas du statut du bénéficiaire (Personne morale ou personne physique)	Droit réel perpétuel
Source	Jurisprudence Maison de la Poésie I et II. Cass. 3e civ., 31 octobre 2012, n° 11-16304 ; Cass. 3e civ., 8 septembre 2016, n° 14-26953	Cass. 3e civ., 28 janvier 2015, n° 14-10013	Cass. 3e civ., 7 juin 2018, n° 17-17240, P+B+R+I

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– C. DROUILLER, « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », AJ Contrat 2019, p. 170 et s.
– W. DROSS, « Droit réel de jouissance spéciale et proportionnalité », Defrénois 2018, n° 33, p. 28 et s.
– J. FRANCOIS, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale », D. 2019, p. 1 660 et s.
– H. PÉRINET-MARQUET, « La liberté de création et l'aménagement de droits réels en matière immobilière », RDC déc. 2020, p. 119 et s.
– L. PFISTER, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale du XIXe siècle », *RDC* 2013, p. 1 261 et s.
– N. REBOUL-MAUPIN, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : Droit réel de jouissance spéciale et copropriété », D. 2020, p. 1 689 et s.
– G. TREDEZ, « Questionnement autour de la clarification des droits de jouissance spéciale », AJDI 2020, p. 260 et s.
– « Conventions et droits réels : la liberté contractuelle sans limites ? » Colloque du 27 février 2020, Paris, RDC 4/2020, p. 111 et s.

TITRE 2

LES PRÉROGATIVES DE FAIT

Fiche n° 5 La possession

Fiche n° 5 La possession

⏭ L'ESSENTIEL

La possession se singularise par sa nature. À la différence des droits réels, la possession désigne une situation de fait particulière que le droit protège en elle-même. Depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, les dispositions qui lui sont applicables sont regroupées dans le titre XXIe du Code civil intitulé *De la possession et de la prescription acquisitive (C. civ., 2255 à 2278)*. Le rôle essentiel de la possession en droit des biens explique néanmoins que la proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens ait proposé de déplacer ces dispositions pour les intégrer au Livre II du Code civil, dans un chapitre unique exclusivement consacré à la possession et la détention (http//:www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf).

⏭ LES CONNAISSANCES

Il convient d'envisager successivement la notion de possession (§ 1) puis celle de possession utile (§ 2).

§1 La notion de possession

Seront successivement présentés la qualification de la possession (I) et les modes d'établissement de la possession (II).

I. La qualification de possession

La possession est une situation de fait qui consiste pour le possesseur à se comporter comme le ferait le titulaire du droit réel possédé, peu important que le possesseur soit le véritable titulaire du droit ou non. Pour être juridiquement caractérisée, la possession suppose la réunion de deux éléments : le *corpus* (A) et l'*animus* (B). Le défaut de l'un de ces éléments fait obstacle à la caractérisation d'une possession.

A Le *corpus*

Le *corpus* est l'élément matériel de la possession. Il concrétise, extériorise la possession du droit réel. En ce sens, le *corpus* désigne les actes qui manifestent le droit possédé.

(C. civ., art. 2255)
Les actes constitutifs du *corpus* de la possession sont définis à l'article 2255 du Code civil lequel article dispose : « *La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom*. »

L'article 2255 du Code civil n'impose pas de condition de personnalité des actes de possession. Aussi les actes constitutifs du *corpus* peuvent-ils être réalisés par le possesseur lui-même ou par l'intermédiaire d'autrui. Dans ce dernier cas, la possession est constituée *corpore alieno*. Lorsque les actes sont réalisés par autrui, ils doivent l'être « *par un autre qui la tient* (la chose) *ou l'exerce* (le droit) *en notre*

nom » (C. civ., art. 2255). En d'autres termes, la possession *corpore alieno* n'est pas envisageable à l'égard de tous les tiers à la possession, mais seulement à l'égard de ceux qui détiennent la chose ou exercent le droit au nom du possesseur, sans remettre en cause sa possession. Les détenteurs précaires au sens de l'article 2266 du Code civil peuvent ainsi constituer la possession du propriétaire du bien.

B L'*animus*

L'*animus* est l'élément intentionnel de la possession. Il correspond à l'intention d'agir en tant que titulaire du droit possédé. Il importe peu que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi. L'*animus* de la possession est un élément cardinal de la possession puisqu'il permet de faire le départ entre la possession et la simple détention précaire.

La preuve de l'*animus* est spécialement organisée.

> L'article 2256 du Code civil dispose à cet effet que l'« *on est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.* »

La présomption d'*animus* étant simple, elle peut être renversée, par exemple par la preuve de la détention précaire.

II. L'établissement de la possession

A La possession initiale

En principe, les actes qui forment le *corpus* de la possession peuvent être matériels comme juridiques. La jurisprudence retient néanmoins que la possession (utile) initiale ne peut être constituée qu'à partir

d'actes matériels – lesquels peuvent être symboliques – et non à partir d'actes juridiques uniquement.

Jurisprudence

Cette solution est classique et a récemment été réaffirmée par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 19 juin 2017. Dans cet arrêt, les juges du fond ont caractérisé une possession trentenaire à partir d'actes juridiques (acte de notoriété, acte de partage amiable et acte de sous-partage) en tant qu'ils constituent « *autant d'actes de possession à titre de propriétaire* ». L'arrêt rendu par les juges du fond est censuré au visa des anciens articles 2228 et 2229 du Code civil et au motif que la Cour d'appel s'était bornée à retenir des actes juridiques de possession sans relever aucun acte matériel de possession « *seul de nature à rendre la possession utile pour prescrire* » *(Cass. 3e civ., 19 juin 2017, n° 16-20.916)*.

Une fois la possession initiale constituée, il est classiquement admis que la possession (utile), au moins en matière immobilière, puisse se poursuivre *solo animo (v. Cass. 3e civ., 20 févr. 2013, n° 11-25.398)*. La possession peut également se poursuivre *corpore alieno*.

B La transformation de la détention en possession

La possession peut également faire suite à une détention précaire. En d'autres termes, la détention précaire peut se muer en possession. Pour ce faire, le détenteur précaire doit renverser la présomption de précarité qui est attachée à la détention précaire initiale *(C. civ., art. 2257)*, en établissant l'interversion de son titre selon les modes prévus par l'article 2268 du Code civil.

(C. civ., art. 2268)
« *Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2266 et 2267 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire.* »

L'interversion peut donc résulter d'un changement émanant d'un tiers ou du détenteur précaire lui-même. Le changement pris en compte doit par ailleurs opérer modification du titre de détention du bien. Ainsi, l'acquisition de bonne foi d'un tiers non-propriétaire opère intervention du titre du détenteur. Dans le même ordre d'idées, le détenteur précaire peut se muer en possesseur lorsqu'il contredit le titre du propriétaire. Pour être caractérisée, l'interversion doit alors être extériorisée, manifestée par des actes concrets, et non demeurer dans le for interne du détenteur précaire *(C. civ., art. 2270)*. Par ailleurs, afin de préserver le droit de propriété du propriétaire originaire, la caractérisation de l'interversion de titre est conçue strictement. Elle doit manifester, de manière non douteuse, la contradiction opposée au titre du propriétaire.

Jurisprudence

La jurisprudence retient par exemple que l'interversion de titre peut résulter d'un acte notarié intitulé « notoriété prescriptive » par lequel l'ancien détenteur précaire fait constater qu'il a acquis la parcelle par prescription trentenaire, et conséquemment fait connaître clairement qu'il se considère comme propriétaire *(Cass. 3e civ., 17 oct. 2007, n° 06-17.220)*. En revanche, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui ont retenu que l'interversion de titre ne pouvait résulter du « *seul fait pour un locataire d'avoir cessé de payer le loyer au propriétaire* » *(Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, n° 05-14.561)*.

L'interversion de titre revêt un intérêt particulier pour le détenteur précaire. En effet, si le détenteur précaire bénéficie de la protection possessoire depuis la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 *(C. civ., anc. art. 2282, al. 2 devenu art. 2278, al. 2)*, il ne profite pas de toutes les protections attachées à la possession. À ce titre, les détenteurs précaires ne peuvent pas acquérir par prescription *(C. civ., art. 2266, al. 2)*. Cette interdiction s'étend d'ailleurs aux héritiers des détenteurs précaires *(C. civ., art. 2267)* puisqu'ils conservent la qualité de leur auteur.

Lorsque l'interversion de titre est établie, le détenteur précaire peut devenir possesseur. Il bénéficie alors des avantages attachés à la possession (toutes conditions étant par ailleurs réunies) *(C. civ., art. 2268)*. Il peut par exemple, acquérir la propriété du bien ou le droit réel démembré possédé.

L'établissement de la possession revêt un intérêt pour celui auquel elle profite.
Elle constitue tout d'abord un élément de preuve de la propriété ou du droit réel possédé – encore que cet élément puisse être combattu.
Ensuite, elle permet au possesseur d'acquérir les fruits du bien perçus pendant la possession *(C. civ., art. 549)*, dès lors que celui-ci est de bonne foi au sens de l'article 550, alinéa 1er, du Code civil. Le possesseur de mauvaise foi – le possesseur qui connaît les vices de son titre – ne peut en revanche pas acquérir les fruits du bien *(C. civ., art. 550, al. 2)*. S'il les a perçus au cours de sa possession, il doit les restituer. En contrepartie, il peut obtenir le remboursement des « *frais des labours, travaux et semences* » et « *dont la valeur est estimée à la date du remboursement* » *(C. civ., art. 548)*.

§2 La possession utile

Les effets juridiques les plus significatifs (II) attachés à la possession nécessitent une possession particulière : une possession utile. Or la possession utile n'est rien moins qu'une possession assortie de caractères particuliers (I).

I. Les caractères de la possession utile

(C. civ., art. 2261)
« *Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.* »

La possession utile est donc une possession qui revêt quatre caractères particuliers. Elle est continue (A), paisible (B), publique (C) et non équivoque (D).

A La possession continue

La continuité de la possession est comprise de manière relative. Elle nécessite que le possesseur exerce le droit possédé « normalement ». En d'autres termes, le possesseur d'un droit de propriété doit réaliser les actes de détention et de jouissance qu'aurait faits un propriétaire compte tenu de la nature du bien.

Jurisprudence

En ce sens, la jurisprudence retient de longue date que la possession doit être exercée « *dans toutes les occasions comme à tous les moments où elle devrait l'être d'après la nature de la chose possédée, sans intervalles anormaux assez prolongés pour constituer des lacunes et rendre la possession discontinue* » *(Cass. civ., 11 janv. 1950, D. 1950, p. 125).*

B La possession paisible

La possession paisible s'oppose à la possession violente soit la possession qui résulte de « *voies de fait accompagnées de violences matérielles ou morales* » *(Cass. 3e civ., 15 févr. 1995, Bull. civ. III, n° 53)*, exercées contre l'actuel titulaire. La possession violente ne peut être utile *(C. civ., art. 2263)*.

(C. civ., art. 2263)
« Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription.
La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé. »

C La possession publique

La possession utile doit être visible de tous, et notamment du titulaire actuel du droit réel (par exemple, le propriétaire actuel). Dans le cas contraire, la possession est dite clandestine. La possession est alors soustraite à la vue des tiers, empêchant notamment la revendication du véritable propriétaire du bien.

D La possession non équivoque

La possession est non équivoque lorsque les actes réalisés par le possesseur expriment de manière claire et non douteuse la volonté du possesseur de se comporter comme le titulaire du droit possédé (par exemple, comme le propriétaire du droit). En sens inverse, lorsque les actes réalisés par le possesseur peuvent être compris par les tiers autrement que par la volonté de se comporter comme le titulaire du droit possédé, la possession est équivoque. En ce sens, les situations de propriété collective (par exemple, l'indivision) sont susceptibles de rendre la possession d'un membre du groupe équivoque. En effet, les

actes réalisés par le possesseur ne révèlent alors pas de manière certaine son droit exclusif sur le bien.

Jurisprudence

La jurisprudence retient également que le fait pour l'acquéreur de véhicules automobiles de ne pas se faire remettre les cartes grises correspondantes – lesquelles en sont un accessoire indispensable – ou, à tout le moins, de ne pas vérifier que le vendeur les détient entache la possession des véhicules automobiles en cause d'équivoque *(Cass. 1re civ., 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 199)*.

Les vices de la possession peuvent, selon les cas, être relatifs ou absolus. Lorsqu'ils sont relatifs (par exemple, le vice de violence), ils ne peuvent être invoqués que par un nombre limité de personnes. Au contraire, lorsqu'ils sont absolus (par exemple, la discontinuité), les vices peuvent être invoqués par toute personne qui y a intérêt. Les vices de la possession peuvent également être temporaires, en ce sens que la possession cesse d'être viciée lorsque le vice disparaît (par exemple, le vice de clandestinité).

II. Les effets de la possession

La possession produit des effets substantiels et ouvre droit à une protection qui lui est propre (la protection possessoire)

A L'effet substantiel : l'effet acquisitif

La possession utile permet, sous certaines conditions (V. Fiche n° 7), l'acquisition du droit réel possédé.

B La protection possessoire

Le possesseur, et avec lui le détenteur précaire, bénéficient de la protection possessoire. À ce titre, il peut obtenir en justice que sa possession soit respectée par les tiers.
Longtemps, cette protection prenait la forme d'actions spécifiques : les actions possessoires (la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre, la réintégrante ou action en réintégration). Ces actions étaient annoncées par des dispositions du Chapitre III *De la protection possessoire* du titre XXIe du Code civil *(not. C. civ., anc. art. 2279)*. À ces dispositions, s'ajoutaient celles du Code de procédure civile *(Chapitre 1 Les actions possessoires, du titre II Les biens du livre III Dispositions particulières à certaines matières)*. L'article 1264 du Code de procédure civile organisait les modalités de mise en œuvre des actions possessoires. Les articles 1265 à 1267 du même code organisaient le principe de séparation (ou encore de non-cumul) du pétitoire et du possessoire.

Ces actions possessoires ont été supprimées par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. L'article 2279 du Code civil a ainsi été abrogé. Le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile a, quant à lui, abrogé les dispositions du Code de procédure civile correspondantes (le chapitre I *Les actions possessoires* et les articles 1264 à 1267 du Code de procédure civile). Il a également modifié les dispositions des articles R. 211-4 (relatif à la compétence exclusive des tribunaux judiciaires spécialement désignés sur le fondement de l'article L. 211-9-3), R. 221-40 (relatif à la compétence en matière de demandes incidentes ou de moyens de défense et aujourd'hui abrogé par le décret n° 2019-912 du 30 août 2019 modifiant le code de l'organisation judiciaire et pris en application

des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice) et R. 231-5 (relatif à la compétence matérielle des juridictions de proximité, dispositions elles-mêmes abrogées par le décret n° 2017-683 du 28 avril 2017, tirant les conséquences de la suppression des juridictions de proximité et des juges de proximité) du Code de l'organisation judiciaire en tirant les conséquences de la suppression des actions possessoires.

Si les actions possessoires ont été abrogées, il n'en va pas de même du principe de la protection de la possession – ni d'ailleurs de son extension à la détention précaire *(C. civ., art. 2278)*. La protection est maintenue et relève désormais d'actions en référé classiques *(v. Cass. 3e civ., 24 sept. 2020, n° 19-16.370)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– J.-L. BERGEL, « Feues les actions, vive la protection possessoire ! », RDI 2015, p. 265 et s.
– N. CAYROL, « Abrogation des actions possessoires », RTD civ. 2015, p. 705 et s.
– H. PERINET-MARQUET, « La fin des actions possessoires, chronique d'une mort annoncée », JCP G 2015, 244
– S. PIEDELIÈVRE, « Brèves remarques sur la disparition des actions possessoires avec la loi du 16 février 2015 », Gaz. Pal. 19 mars 2015, n° 78, p. 4 et s.
– Y. STICKLER, « Les dispositions de procédure civile du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 », Procédures 2017, n° 7, étude 24.

TITRE 3

LES PRÉROGATIVES DE DROIT

SOUS-TITRE 1
LA PROPRIÉTÉ

Fiche n° 6 Le droit de propriété

Fiche n° 7 Les modes d'acquisition de la propriété

Fiche n° 8 Les propriétés collectives

Fiche n° 6 Le droit de propriété

⏭ L'ESSENTIEL

Le droit de propriété tient une place particulière en droit français. La propriété apparaît en effet comme le droit autour duquel s'organise le droit des biens. Pour s'en convaincre, il n'est besoin que de se référer à l'intitulé des Livres II et III du Code civil (respectivement *Des biens et des différentes modifications de la propriété* et *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*).
D'un point de vue plus substantiel, ce droit apparaît également comme le droit réel « souche », à partir duquel s'émancipent les droits réels démembrés, qu'ils soient nommés ou innommés. Absolu tant dans les prérogatives qu'il confère que dans sa portée, le droit de propriété apparaît néanmoins comme un droit de plus en plus encadré, que sa valeur constitutionnelle protège des atteintes les plus importantes.

⏭ LES CONNAISSANCES

Le droit de propriété peut être présenté sous l'angle de sa définition (§ 1), puis de son régime juridique (§ 2).

§1 La définition du droit de propriété

Le droit de propriété se singularise tant par les prérogatives qu'il confère à son titulaire (I), que par les droits accessoires qui lui sont attachés (II).

I. Les prérogatives du propriétaire

Le droit de propriété confère trois prérogatives à son titulaire, lesquelles lui permettent de profiter de son bien de la manière la plus complète possible. Ces prérogatives sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

La prérogative d'*usus* – ou droit d'usage – confère au titulaire du droit de propriété le droit d'utiliser le bien à sa guise – sous réserve néanmoins des lois et règlements (cf. *infra*). La prérogative d'usage est toutefois dans la dépendance de la nature des biens sur lesquels elle s'exerce. À ce titre, l'usage peut affecter la substance du bien selon des degrés variables. L'utilisation d'un bien peut l'éroder progressivement (s'il s'agit d'un bien de consommation) ou le faire disparaître (s'il s'agit d'un bien consomptible).
La prérogative de *fructus* - ou droit de jouissance – permet au propriétaire de percevoir les fruits du bien, qu'ils soient naturels (les fruits des végétaux, par exemple), industriels (les récoltes réalisées par l'homme, par exemple) et/ou civils (les loyers perçus par le propriétaire bailleur, par exemple) *(C. civ., art. 583 et 584)*. Les fruits toutes catégories confondues se distinguent des produits, lesquels sont classiquement rattachés à la prérogative d'*abusus* (v. *infra*).

Jurisprudence

La jurisprudence a pendant un temps rattaché l'exploitation de l'image des biens à la prérogative de jouissance du propriétaire *(Cass. 1re civ., 10 mars 1999, n° 96-18.699, arrêt Gondrée)*. Cette solution permettait de réserver au propriétaire le droit sur l'image de ses biens sauf pour lui à en autoriser l'utilisation par un tiers. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ensuite modifié cette solution *(Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450)*. Écartant tout droit exclusif du propriétaire sur l'image de ses biens, la jurisprudence a néanmoins reconnu à ce dernier le droit d'être protégé en cas de trouble anormal. Aussi le propriétaire a-t-il le droit de s'opposer à l'exploitation de l'image de ses biens par un tiers, lorsque cette exploitation lui cause un trouble anormal.

La prérogative d'*abusus* – ou encore le droit de disposition - correspond au pouvoir conféré au propriétaire de disposer. Ce pouvoir se traduit pour le propriétaire par la possibilité qui lui est offerte de modifier la substance du bien (modification matérielle) ou la substance du droit de propriété (modification juridique). En ce sens, le pouvoir de disposer permet au propriétaire de démembrer son droit de propriété ou de le transférer.

Ces prérogatives ont pour particularité de s'exercer positivement, comme négativement. En d'autres termes, le non-exercice du droit d'usage, de jouissance et/ou de disposition n'est en principe pas sanctionné. Cette conception particulière du droit de propriété explique notamment que ce droit soit insusceptible de prescription extinctive (V. *infra*).

II. Les accessoires du droit de propriété (immobilière)

Le bornage (A) et la clôture (B) sont deux droits conférés au propriétaire, accessoirement au droit de propriété sur un bien immobilier.

A Le bornage

Le bornage est une opération qui permet d'identifier géographiquement l'assiette du droit de propriété. D'un point de vue technique, l'opération de bornage consiste « *à fixer la ligne séparative de deux terrains non bâtis et à la marquer par des signes matériels appelés bornes* » (*in, G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 3e éd., 2002, v° Bornage)*. En ce sens, le bornage est sans conséquence sur le droit de propriété lui-même *(v. Cass. 3e civ., 4 juill. 2019, n° 18-13.553, rappelant que le bornage n'est pas translatif de propriété)*.

(C. civ., art. 646)
L'article 646 du Code civil confère à tout propriétaire la faculté d'« *obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contigües (…)* »

Tout au plus faut-il que les fonds, appartenant à des propriétaires différents, fassent l'objet d'une propriété privée. Le bornage suppose également l'absence de délimitation antérieure des propriétés, quelle qu'en soit l'origine – qu'elle résulte d'un bornage antérieur ou d'éléments de la nature *(v. not. Cass. 3e civ., 13 déc. 2018, n° 17-31.270, dans lequel une action en bornage a été rejetée raison prise de ce que les parcelles concernées « étaient séparées par une limite non seulement naturelle, mais encore infranchissable sans moyens techniques appropriés »)*.

En tant qu'accessoire du droit de propriété, le droit au bornage est imprescriptible. Il peut résulter d'un accord entre les propriétaires (bornage amiable) ou, à défaut, être judiciaire (action réelle immobilière). En tout état de cause, il est réalisé aux frais communs des propriétaires concernés *(C. civ., art. 646)*.

B La clôture

Le droit de se clore permet au propriétaire d'un fonds de fermer l'accès à son terrain en utilisant un dispositif matériel (un mur, par exemple).

Ce droit est prévu à l'article 647 du Code civil. Accessoire au droit de propriété, ce droit est imprescriptible. Il en partage également certaines limites. Le droit de se clore est en effet limité à un double égard :
Tout d'abord, l'existence d'autres droits, telle que la servitude de passage instituée en cas de fonds enclavé, peut empêcher l'exercice du droit de se clore.
Ensuite, l'exercice de ce droit n'est pas sans contrepartie puisqu'il fait perdre à son auteur le droit dit de vaine pâture, et ce « *en proportion du terrain qu'il y soustrait* » *(C. civ., art. 648)*.

§2 Le régime juridique du droit de propriété

Le régime juridique du droit de propriété peut être abordé sous l'angle de sa portée d'une part (I), et sous celui de sa protection d'autre part (II).

I. La portée du droit de propriété

La portée du droit de propriété peut être présentée de manière positive en examinant les caractères du droit de propriété (A), et de manière négative en étudiant les limites qui lui sont assignées (B).

A Les caractères du droit de propriété

Selon une présentation classique, le droit de propriété revêt trois caractères, lesquels participent de sa singularité. Le droit de propriété est un droit absolu (1), perpétuel (2) et exclusif (3).

1 Le caractère absolu

(C. civ., art. 544)
Le droit de propriété est le droit « *de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (…)* »

S'il est classique de rappeler que l'absolutisme du droit de propriété renvoie à différentes dimensions de ce droit (historique, philosophique, technique, etc.), il l'est tout autant de retenir que ce caractère permet au propriétaire d'exercer ses prérogatives comme il le souhaite, sous la réserve des lois et règlements.

2 Le caractère perpétuel

Le droit de propriété est un droit réel perpétuel. Ce caractère revêt au moins trois significations.

1°. Tout d'abord le droit de propriété n'est en principe ni viager, ni temporaire.

2°. Ensuite le droit de propriété est susceptible d'exister tant que son objet existe. En d'autres termes, à défaut d'abandon, le droit de propriété ne se perd que lorsque son assiette disparaît *(v. pour une*

application récente : Cass. 1er civ., 5 févr. 2020, n° 19-11.864, extinction du droit de propriété sur les végétaux constituant une haie, à la suite de son arrachage). La disparition semble d'ailleurs devoir être comprise de manière stricte. La jurisprudence a en effet retenu dans l'affaire *Étang Napoléon (Cass. Ass. plén., 23 juin 1972, n° 70-12.960)* que la disparition temporaire de la chose n'emporte pas nécessairement disparition définitive du droit de propriété.

Jurisprudence

Dans cette affaire, une société avait acquis un plan d'eau, l'Étang Napoléon. À la suite d'une tempête, l'étang a été réuni à la mer. Soixante-dix ans plus tard, l'étang a été reconstitué sous l'action – une nouvelle fois – de la nature. La société a alors revendiqué la propriété de l'étang reconstitué. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier qui avait rejeté l'action en revendication. La censure est notamment prononcée au visa de l'article 544 du Code civil et du principe selon lequel « *Le propriétaire qui a été privé de ses droits par la perte de son immeuble sous le seul effet des forces de la nature, se trouve réintégré dans sa propriété lorsque, de la même manière, l'obstacle qui l'en avait privé a disparu* ».

3° Enfin le droit de propriété est perpétuel, car il ne s'éteint pas par non-usage même prolongé. En d'autres termes, ce droit est insusceptible de prescription extinctive. À l'origine consacrée par la jurisprudence en matière immobilière comme mobilière, cette solution est aujourd'hui inscrite à l'article 2227 *in limine* du Code civil, sans qu'il ne soit fait de distinction selon la nature des biens en cause.

L'imprescriptibilité du droit de propriété a, par contrecoup, justifié celle de l'action en revendication. D'origine prétorienne, cette

solution a été appliquée tant en matière immobilière *(Cass. Req., 12 juill. 1905, Delle Le Cohu, in, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 1 – Introduction – Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions, Dalloz, 13e éd., 2015, n° 68)* que mobilière *(Cass. 1re civ., 2 juin 1993, n° 90-21.982, 91-10.429, 91-10.971 et 91-12.013, Bull. civ. III, n° 197)*.

Depuis la réforme de la prescription en matière civile opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, la solution a pu paraître incertaine, car notamment les dispositions nouvelles consacrent l'imprescriptibilité du droit de propriété sans faire mention de celle de l'action en revendication. La jurisprudence a néanmoins dissipé cette incertitude en réaffirmant à au moins deux reprises l'imprescriptibilité de l'action en revendication *(v. en matière immobilière, Cass. 3e civ., 1er juill. 2014, n° 12-21.485. V. en matière mobilière, Cass. 1re civ., 6 juin 2018, n° 17-16.091. – V. Cass. 3e civ., 21 févr. 2019, n° 17-25.733)*.

En tout état de cause, l'imprescriptibilité de l'action en revendication, parce qu'elle est convoitée par les plaidants, devient la source d'un contentieux propre consistant à déterminer les actions qui en bénéficient *(V. en matière d'action en démolition, Cass. 3e civ., 5 juin 2002, n° 00-16.077. – V. égal., Cass. 3e civ., 25 mars 2021, n° 20-10.947 qui qualifie l'action en expulsion d'un occupant sans droit ni titre d'action en revendication)*.

3 Le caractère exclusif

Le droit de propriété est un droit exclusif en ce sens que le propriétaire peut exercer ses prérogatives sur le bien en excluant les tiers.

Les atteintes portées au monopole du propriétaire par les tiers sont sanctionnées fermement. Cette fermeté est particulièrement évidente à l'égard des empiètements.
L'empiètement peut être défini comme « *le fait d'occuper sans droit une partie d'un immeuble contigu* » *(in, G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 3e éd., 2002, v° Empiètement)*.

Les empiètements sont sanctionnés de manière large, soit :
– quelle que soit la nature de l'empiètement (matériel ou végétal) ;
– quelle que soit sa manifestation (empiètement en sous-sol, au sol ou en volume) ;
– quelle que soit sa mesure *(Cass. 3e civ., 20 mars 2002, Bull. civ. III, n° 71. – V. égal. Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-17.616)* ;
– que l'auteur de l'empiètement soit de bonne ou mauvaise foi *(Cass. 3e civ., 30 oct. 2013, n° 12-22.169)* ;
– que l'empiètement cause ou non un préjudice au propriétaire victime ;
– que l'auteur de l'empiètement soit le propriétaire actuel du bien à l'origine de l'empiètement ou pas *(Cass. 3e civ., 6 sept. 2018, n° 17-18.145, concernant l'empiètement réalisé par une haie et une clôture)*.

Jurisprudence

Par ailleurs, la jurisprudence retient que la protection du droit de propriété contre les empiètements ne peut dégénérer en abus *(Cass. 3e civ., 7 nov. 2000, Bull. civ. III, n° 226)* ou en faute *(v. Cass. 3e civ., 21 déc. 2017, n° 16-25.406)*. Cette jurisprudence a d'ailleurs fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité *(Cass. 3e civ., 11 févr. 2016, n° 15-21.949 QPC)*, laquelle n'a pas été transmise, car la disposition n'était en l'espèce pas applicable au litige. La jurisprudence retient enfin que le droit de servitude n'emporte pas le droit d'empiéter sur le terrain d'autrui *(Cass. 3e civ., 27 juin 2001, n° 98-15.216)*.

L'empiètement est sanctionné sur le fondement de l'article 545 du Code civil.

(C. civ., art. 545)
« Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

Pour cette raison, la sanction prononcée est une sanction en nature, consistant dans la suppression de l'empiètement (démolition, arrachage, etc.) et non dans l'acquisition de l'empiètement par voie d'accession *(C. civ., art. 555)*. L'objectif est en effet de rétablir la victime de l'empiètement dans son droit de propriété. Conséquemment, le bien à l'origine de l'empiètement doit lui-même être rétabli dans ses limites.

La sanction de l'empiètement peut apparaître disproportionnée lorsqu'elle aboutit à la démolition d'une construction dans son entier alors que l'empiètement est minime (quelques centimètres). La

question s'est alors posée de savoir si la sanction de l'empiètement pouvait être modulée en fonction des circonstances (la mesure de l'empiètement, du préjudice subi (ou non) par la victime, les conséquences de la démolition de l'empiètement, la bonne ou mauvaise foi de l'auteur de l'empiètement, etc.).

Les rédacteurs de la proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens s'y étaient montrés favorables.

Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens, élaborée par le groupe de travail placé sous la présidence du Professeur H. Périnet-Marquet et sous l'égide de l'Association Henri Capitant.

Art. 538. – *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.*

Art. 539. – *Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inferieur à 0,30 mètres, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux.*

Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement à son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus-value réalisée grâce à l'empiètement et du préjudice qu'il a causé.

Jurisprudence

La Cour de cassation, quant à elle, s'y oppose fermement. Elle refuse en effet de consacrer un contrôle de proportionnalité de la sanction de l'empiètement et s'en tient à la sanction de la suppression de l'empiètement *(Cass. 3e civ., 10 nov. 2016, n° 15-19.561. V. récemment, Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-17.616)*. En revanche, la suppression de la seule partie empiétant – sans qu'il ne soit besoin de détruire l'ensemble du bien à l'origine de l'empiètement – paraît être une sanction suffisante dès lors qu'elle est envisageable *(Cass. 3e civ., 10 nov. 2016, n° 15-25. 113, concernant un empiètement de 0,04 m²)*.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 21 décembre 2017 *(n° 16-25.406)* la troisième Chambre civile de la Cour de cassation franchit un pas supplémentaire dans la protection du droit de propriété contre les empiètements, puisqu'elle rattache la sanction de l'empiètement au droit au respect des biens de la victime refusant à l'auteur de l'empiètement la protection offerte par l'article 1re du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Au-delà, cet arrêt témoigne d'un déplacement progressif du contentieux relatif à la sanction des empiètements *(v. not. Cass. 3e civ., 17 mai 2018, n° 16-15.792) et, plus largement de la protection du droit de propriété* sur le t errain des droits fondamentaux *(V. infra)*.

Jurisprudence

L'arrêt rendu le 19 décembre 2019 *(n° 18-25.113)* par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a pu laisser penser que la jurisprudence inflechirait les solutions classiquement retenues en matière d'empiètement. Était en cause un empiètement réalisé par une maison d'habitation et une haie. Sans surprise, les juges du fond ont ordonné la démolition de la construction ainsi que de la haie, après avoir constaté la réalité de l'empiètement. Or, semblant revenir sur sa jurisprudence antérieure, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a censuré l'arrêt rendu par les juges du fond au visa de l'article 8 de la Conv. EDH et au motif que les juges du fond auraient dû rechercher *« si la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile de Mme L… et de M. P…. »*.

Jurisprudence

Il est également à noter que la jurisprudence a pu de manière exceptionnelle admettre le maintien d'un empiètement réalisé par une corniche en considérant qu'une servitude de surplomb avait été acquise par prescription acquisitive *(Cass. 3e civ., 12 mars 2008, n° 07-10.164)*. Cette solution demeure exceptionnelle, car elle semble en partie fondée sur des considérations liées à l'architecture particulière du bien.

En dernier lieu, il convient de noter que l'empiètement est également constitutif d'une faute civile. À ce titre, il permet d'engager la responsabilité civile de son auteur lorsqu'il cause un préjudice.

B Les limites

Malgré son absolutisme, le droit de propriété connaît un certain nombre de limites, que celles-ci aient été prévues par les rédacteurs

du Code civil ou qu'elles aient été consacrées par la jurisprudence.

1 Les restrictions originaires assignées à la propriété

Des restrictions au droit de propriété sont expressément prévues par les Rédacteurs du Code civil dès 1804. Ces restrictions sont mentionnées à l'article 544 du Code civil. Il est d'ailleurs à noter qu'elles ne sont pas identifiées en elles-mêmes, l'article 544 du Code civil indiquant simplement leurs sources : les lois et règlements.

Ce faisant, le législateur peut mettre en place les restrictions qui s'imposent (par exemple, pour des raisons de santé publique ou des raisons environnementales). Il est d'ailleurs aujourd'hui classique de constater l'accroissement significatif des normes restreignant le droit de propriété en affectant notamment tout ou partie des prérogatives du propriétaire ou tout ou partie des caractères du droit de propriété.

Le statut particulier du droit de propriété – droit dont la valeur constitutionnelle est aujourd'hui reconnue sur le fondement des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – impose néanmoins des limites aux restrictions qui lui sont apportées. Celles-ci doivent en effet poursuivre un objectif d'intérêt général et être proportionnées à cet objectif.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 3 avril 2019 *(n° 18-11.247)*, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu à l'occasion d'un contentieux relatif au dispositif mis en place par l'article L. 624-9 du Code de commerce que *« ne constitue pas, en conséquence, une charge excessive pour le propriétaire l'obligation de se plier à la discipline collective générale inhérente à toute procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires, en faisant connaître sa position quant au sort de son bien, dans les conditions prévues par la loi et en jouissance des garanties procédurales qu'elle lui assure quant à la possibilité d'agir en revendication dans un délai de forclusion de courte durée mais qui ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir »*. L'arrêt a été rendu au visa de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Conv. EDH et de l'article L. 624-9 du Code de commerce.

Manifestant la spécificité du droit de propriété, sa protection fonde parfois sa prévalence sur d'autres droits fondamentaux comme en témoigne la jurisprudence relative à l'action en expulsion de l'occupant sans droit ni titre examinée à la lumière du droit au respect du domicile protégé par l'article 8 de la Conv. EDH.

Jurisprudence

L'atteinte portée au droit de propriété est sévèrement sanctionnée notamment lorsqu'elle consiste en une occupation sans titre d'un bien immobilier.

Dans un arrêt rendu le 4 juillet 2019, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a en effet retenu que « *l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Conv. EDH, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* ». Ainsi, en se fondant sur le caractère absolu du droit de propriété, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation retient que « *toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite permettant aux propriétaires d'obtenir en référé l'expulsion des occupants* ».

V. égal., *Cass. 3e civ., 28 nov. 2019, n° 17-22.810* qui au visa des « *articles 544 et 545 du Code civil, ensemble les articles 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1er du Protocole additionnel n° 1 à cette convention* » énonce que « *(…) si la mesure d'expulsion d'un occupant sans droit ni titre caractérise une ingérence dans le droit au respect du domicile de celui-ci, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cette ingérence, fondée sur l'article 544 du Code civil, selon lequel la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, et sur l'article 545 du même code, selon lequel nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité, vise à garantir au propriétaire du terrain le droit au respect de ses biens, protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la convention précitée ; (…)* ». Et la Cour de cassation d'ajouter : « *(…) l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété (…)* ».

2 Les restrictions supplémentaires assignées au droit de propriété

La jurisprudence a complété l'encadrement du droit de propriété en consacrant deux limites supplémentaires à son exercice : l'abus de droit tout d'abord (a), les troubles anormaux de voisinage, ensuite (b).

a) L'abus de droit de propriété

Applicable dans les relations entre propriétaires, l'abus de droit de propriété est caractérisé lorsqu'un propriétaire utilise son droit de propriété pour nuire à autre propriétaire. Dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Clément-Bayard (Cass. req., 3 août 1915, in, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 1 – Introduction – Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions, Dalloz, 13e éd., 2015, n° 69)*, la Chambre des requêtes a précisé les critères de caractérisation de l'abus de droit de propriété. L'abus de droit de propriété est constitué de deux éléments : l'exercice (visant une activité comme un refus) dommageable du droit de propriété pour la victime et l'inutilité (ou, à tout le moins l'absence de légitimité) de cet exercice pour son titulaire.

Jurisprudence

En ce sens, la jurisprudence a pu retenir que le refus opposé par un propriétaire d'autoriser l'installation sur sa propriété d'un échafaudage permettant la réalisation de travaux de toiture du pavillon d'un propriétaire voisin peut être constitutif d'un abus *(Cass. 3e civ., 15 févr. 2012, n° 10-22.899)*.

La sanction de l'abus de droit de propriété est fondée sur la responsabilité civile extracontractuelle. Elle suppose donc d'établir en sus du fait générateur de responsabilité (ici l'abus de droit), la caractérisation d'un préjudice et d'un lien de causalité entre le dommage et le fait générateur. Dès lors que ces conditions sont réunies, la victime peut obtenir réparation de son préjudice, celle-ci pouvant être prononcée en nature (par exemple, la démolition de l'ouvrage dommageable), comme par équivalent (l'octroi de dommages et intérêts).

b) Les troubles anormaux de voisinage

Sans être constitutif d'un abus de droit, voire d'une faute civile, l'exercice du droit de propriété peut être préjudiciable pour les tiers. Les victimes sont alors protégées sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage.

À l'origine, cette sanction est fondée tant sur le droit de propriété que sur la responsabilité civile extracontractuelle – ce double ancrage étant manifesté dans les arrêts rendus par la Cour de cassation par le visa de l'article 544 et l'ancien article 1382 du Code civil. Progressivement, la jurisprudence a également fait référence au principe selon lequel nul ne doit causer à autrui de troubles anormaux de voisinage *(Cass. 3e civ., 4 févr. 1971, in, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 1 – Introduction – Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions, Dalloz, 13e éd., 2015, no 81-82)*, afin de permettre l'émancipation de cette théorie. Aujourd'hui, la sanction des troubles anormaux de voisinage est fondée sur un régime de responsabilité spécial qui n'impose pas la preuve d'une intention de nuire, et plus largement d'une faute civile de l'auteur du trouble. Récemment *(Cass. 3e civ., 16 janv. 2020, no 16-24.352 24.352. – V. ant., Cass. 2e civ., 13*

sept. 2018, n° 17-22.474.-v. égal. Cass. 3e civ., 5 févr. 2014, n° 13-10.816), la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a également identifié la nature de l'action fondée sur un trouble anormal de voisinage, d'une part en excluant la qualification d'action réelle immobilière et, d'autre part, en retenant celle d'action en responsabilité extra-contractuelle. De cette qualification, la Cour de cassation a alors pu déduire le délai de prescription applicable, dont elle a précisé par la suite qu'il pouvait être interrompu uniquement par une reconnaissance non équivoque de l'obligation d'indemniser le trouble anormal de voisinage émanant du répondant de responsabilité *(Cass. 3e civ., 7 janv. 2021, n° 19-23.262)*.

Les difficultés liées à l'ancrage théorique de la théorie des troubles anormaux de voisinage se retrouvent dans les propositions de réforme de la responsabilité civile comme du droit des biens. Chacune de ces propositions comprend en effet des dispositions relatives à la théorie des troubles anormaux de voisinage. La proposition de réforme du droit des biens, élaborée par le groupe de travail placé sous la présidence du Professeur H. Perinet-Marquet et sous l'égide de l'Association Henri Capitant, comprend en effet un titre V entièrement consacré aux relations de voisinage dont le Chapitre I est dédié aux troubles de voisinage *(art. 629 et 630. – « Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens »*, http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf).

Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 consacre également la théorie des troubles anormaux de voisinage au titre de la responsabilité civile extracontractuelle. Les troubles anormaux de voisinage y sont saisis comme des faits générateurs propres à la responsabilité extracontractuelle. À ce titre, l'article 1244 du projet de réforme prévoit que « *Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, répond de plein droit du dommage résultant de ce trouble.*

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble. »

(*in, Projet de réforme de la responsabilité civile – Mars 2017,* http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf).

La mise en œuvre de la responsabilité civile extracontractuelle de l'auteur d'un trouble anormal de voisinage suppose deux choses : la situation litigieuse doit d'une part relever du champ d'application de la théorie des troubles anormaux de voisinage et d'autre part, remplir certaines conditions.

S'agissant du domaine d'application, la théorie des troubles anormaux de voisinage suppose l'existence d'une relation de

voisinage. Cette relation peut se définir du point de vue spatial et personnel.
Du point de vue spatial, le voisinage est compris largement. Les fonds peuvent être voisins sans être contigus.
Du point de vue personnel, le cercle des voisins est large, tant du point de vue des victimes que des auteurs du trouble. Il peut en effet s'agir d'occupants du fonds, avec ou sans titre (un locataire comme un possesseur, par exemple). Le voisin peut résider effectivement sur le fonds ou être simplement lié à ce fonds par un titre de propriété. Le voisin, s'il doit demeurer suffisamment longtemps pour subir ou causer le trouble, n'a pas à être voisin à titre permanent. Il peut n'être voisin que pour une durée limitée.

Jurisprudence

C'est en ce sens que la troisième Chambre civile de la Cour de cassation semble se prononcer dans un arrêt rendu le 8 novembre 2018 *(n° 17-24.333)*. Dans cet arrêt, la Cour de cassation retient qu'en « *application du principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage, l'entrepreneur, y compris de travaux publics, est responsable de plein droit pour avoir exercé une activité en relation directe avec le trouble anormal causé, nonobstant le fait que l'origine du dommage, causé par un véhicule, soit située sur le domaine public* ».

La victime du trouble est celle qui ressent le dommage soit personnellement, soit par le truchement de son bien – propriétaire du bien supportant le trouble, mais sans occuper le fonds *(Cass. 3e civ., 3 mars 2016, n° 14-14.534)*. Dans le même ordre d'idée, la demande de réparation peut être adressée à l'auteur du trouble ou au propriétaire du bien d'où provient le trouble.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 16 mars 2022 *(Cass. 3e civ., 16 mar s 2022, n° 18-23.954)*, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que « *L'action fondée sur un trouble anormal du voisinage est une action en responsabilité civile extracontractuelle qui, indépendamment de toute faute, permet à la victime de demander réparation au propriétaire de l'immeuble à l'origine du trouble, responsable de plein droit.* » (point 8). Et la Cour de cassation de retenir que l'acquéreur (propriétaire actuel) d'un immeuble source d'un trouble anormal de voisinage est tenu d'en répondre alors même que l'origine de ce trouble (des infiltrations, par exemple) est antérieure à la date d'acquisition de cet immeuble.

Le trouble pris en compte est un trouble anormal, en ce sens qu'il excède les inconvénients normaux de voisinage. Le trouble anormal peut consister en une nuisance d'ores et déjà réalisée comme en un risque de nuisance *(Cass. 2e civ., 10 juin 2004, n° 03-10.434, relatif au risque de projection de balles de golf)*. Le trouble anormal a même pu être constitué en présence d'une crainte générée par le risque d'être exposé à des ondes d'antennes relais dont la nocivité était incertaine *(v. not. CA Versailles, 4 févr. 2009)*. Il convient néanmoins de souligner que, pour ce dernier trouble, l'application de la théorie des troubles anormaux de voisinage a été limitée notamment par plusieurs décisions rendues par le tribunal des conflits le 14 mai 2012.

Jurisprudence

Dans ces décisions, le tribunal des conflits retient notamment que « *le juge judiciaire reste compétent, sous réserve d'une éventuelle question préjudicielle, pour connaître des litiges opposant un opérateur de communications électroniques à des usagers ou à des tiers, d'une part, aux fins d'indemnisation des dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public, d'autre part, aux fins de faire cesser les troubles anormaux de voisinage liés à une implantation irrégulière ou un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables* » *(T. confl., 14 mai 2012, n° 3844, n° 3848, n° 3850 et n° 3852)*.

Le trouble peut être de nature variée (visuelle, sonore, olfactive). Au-delà, pour être considéré comme excédant les inconvénients normaux de voisinage, le trouble doit revêtir une certaine intensité (durée et/ou ampleur). L'anormalité du trouble est confiée à l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels privilégient une appréciation *in concreto*. Dans ce cadre, ils prennent en compte le contexte dans lequel le trouble s'inscrit (les circonstances de lieux et de temps) ainsi que la situation de la victime *(V. au sujet d'éoliennes, Cass 3e civ., 17 sept. 2020, n° 19-16.937, arrêt dans lequel les juges se réfèrent notamment à l'objectif d'intérêt public poursuivi par le développement de l'énergie éolienne dans le travail de qualification – ici écartée – de trouble anormal de voisinage)*.

Dès lors que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile extracontractuelle sont remplies, la victime du trouble peut obtenir réparation de son préjudice. La mesure de réparation peut être ordonnée en nature (travaux réduisant ou faisant cesser le

trouble) et/ou par équivalent (octroi de dommages et intérêts). Les activités soumises à autorisation sont en revanche soumises à un régime de sanction qui revêt certaines particularités, en raison de la séparation des autorités administratives et judiciaires *(v. pour un ex. : Cass. 1re civ., 25 janv. 2017, n° 15-25526, au sujet de l'incompétence du juge judiciaires en matière d'enlèvement et de démontage d'éoliennes relevant de l'article L. 553-1 du Code de l'environnement)*.

La théorie des troubles anormaux de voisinage peut être écartée en application de la théorie de la préoccupation. L'éviction de la sanction de l'exercice excessif du droit de propriété se fonde sur le fait que le trouble anormal est antérieur à la date d'installation du voisin victime.

Jurisprudence

Ancienne disposition CCH, art. L. 112-16	Nouvelle disposition CCH, art. 113-8 *(Ord. n° 2020-71, 29 janv. 2020)*
« Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales, touristiques, culturelles ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions. »	*« Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales, touristiques, culturelles ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions. »*

Pour que la théorie de la préoccupation puisse tenir en échec la responsabilité extracontractuelle pour trouble anormal de voisinage, plusieurs conditions cumulatives doivent être réunies, lesquelles sont appréciées strictement :

1°. Les dommages doivent résulter des activités énumérées dans le texte (activités agricoles, industrielles, artisanales, touristiques, culturelles ou aéronautiques),

2°. L'activité doit être antérieure à l'installation du voisin,

3°. L'activité doit s'exercer conformément aux dispositions législatives ou règlementaires en vigueur et l'activité doit s'être poursuivie dans les mêmes conditions (sans aggravation du trouble).

II. La protection du droit de propriété

Les atteintes portées au droit de propriété par les tiers peuvent être sanctionnées dans le cadre d'une action particulière qu'est l'action en revendication. Cette action est définie comme « *l'action en justice par laquelle on fait établir le droit de propriété qu'on a sur un bien, en gén. pour le reprendre d'entre les mains d'un tiers détenteur* » *(in, G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 3e éd., 2002, v° Revendication 1)*. Si elle aboutit, cette action permet donc deux choses : d'une part, elle reconnaît le droit de propriété du revendiquant et d'autre part, elle fonde la sanction de la violation de ce droit. Les liens que cette action entretient avec le droit de propriété expliquent qu'elle soit elle-même imprescriptible (V. *supra*).

A Les conditions de l'action en revendication

Le succès de cette action suppose deux choses.

Tout d'abord, le revendiquant doit faire la preuve de son droit de propriété en application du droit commun de la preuve *(C. civ., art. 1353)*. Pour cela, il peut utiliser plusieurs moyens, la preuve de la propriété étant libre. Le revendiquant peut tout d'abord invoquer la prescription acquisitive acquise, s'il en bénéficie.

Jurisprudence

V. *Cass. 3e civ., 17 déc. 2020, n° 18-24434*, arrêt dans lequel la Cour de cassation retient au visa des articles 712 et 2272 du Code civil et de la règle selon laquelle « *la prescription s'acquiert aussi par prescription dans les délais prévus par le second* » que « *la prescription trentenaire peut être opposée à un titre* » (point 9).

Il peut également se prévaloir d'un titre de propriété. Encore que le moyen soit plus fragile sur le plan probatoire, le revendiquant peut se prévaloir de la possession du bien objet de la revendication. Enfin à défaut de ces éléments, il peut invoquer des faits rendant son droit de propriété vraisemblable.

LE DÉBITEUR	L'OBJET DE LA RESTITUTION	LES CONDITIONS DE LA RESTITUTION	
POSSESSEUR DU BIEN REVENDIQUÉ	**Le bien revendiqué**	Le bien doit être restitué en nature. Il est fait exception à cette règle si le bien revendiqué a été aliéné. Dans ce cas, la restitution se fait par équivalent.	
		Possesseur de bonne foi	**Possesseur de mauvaise foi**
		Il doit restituer le prix perçu. À défaut de prix, il ne doit rien.	Il doit restituer le prix perçu ou la valeur du bien si elle est supérieure au prix. La valeur du bien est en principe estimée au jour de la restitution.
	Les produits du bien	Les produits doivent être restitués par le possesseur sans que sa bonne ou mauvaise foi ne soit prise en compte.	
	Les fruits du bien	**Possesseur de bonne foi** (C. civ., art. 550)	**Possesseur de mauvaise foi**
		C. civ., art. 549 Le possesseur n'a pas à restituer les fruits (quelle que soit leur nature) produits par le bien jusqu'à l'exercice de l'action en revendication.	C. civ., art. 548 Le possesseur doit restituer les fruits. La restitution se fait en nature ou, si les fruits ont été utilisés, par équivalent. Le possesseur a néanmoins la possibilité d'obtenir remboursement des dépenses occasionnées par la perception des fruits (C. civ., art. 548). Leur valeur est évaluée à la date du remboursement.
	Indemnisation de la détérioration du bien revendiqué	Lorsque la détérioration du bien est due au possesseur, le revendiquant a droit à une indemnité.	
REVENDIQUANT	**Les dépenses réalisées par le possesseur**	Le possesseur peut obtenir remboursement des dépenses réalisées. Le remboursement est réalisé en fonction de la nature des dépenses (la théorie des impenses). Cela revient à distinguer trois catégories de dépenses : - les impenses nécessaires pour la conservation du bien sont intégralement remboursées ; - les impenses utiles sont remboursées à hauteur de la plus-value qu'elles confèrent au bien ; - les impenses voluptuaires ne sont pas remboursées. En revanche, le possesseur peut récupérer les objets correspondant à ces dépenses, dès lors qu'il ne porte pas atteinte à l'intégrité du bien.	

Ensuite, le défendeur contre qui est dirigée l'action en revendication ne doit pas disposer d'une preuve rendant son droit plus vraisemblable.

B L'effet de l'action en revendication

Lorsque le revendiquant parvient à établir son droit de propriété sur un bien, il peut obtenir sa restitution. La restitution peut s'accompagner de l'établissement et du règlement de créances réciproques. Pour cela, les créances sont inscrites dans un compte. Le solde de ce compte peut faire apparaître un créancier et un débiteur. Il est à noter que lorsque le possesseur est créancier, il bénéficie d'une garantie de paiement. Il peut en effet retenir le bien à restituer, et ce jusqu'au paiement réalisé par le revendiquant *(C. civ., art. 2286, 3°)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– R. BOFFA, « Empiètement, une dose de proportionnalité », D. 2020, p. 1092 et s.
– J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », RTD civ. 2020, p. 1 et s.
– F. DANOS, « La nature personnelle de l'action en réparation des troubles anormaux de voisinage », RDC 2020/2, p. 113
– W. DROSS, « La théorie des troubles anormaux de voisinage a-t-elle encore quelque chose à voir avec le droit des biens ? » RTD civ. 2019, p. 140
– F. ZÉNATI, « Imprescriptibilité du droit de propriété », RTD civ. 1996, p. 653 et s.
– F. ZÉNATI, « Protection constitutionnelle du droit de propriété », RTD civ. 1999, p. 132 et s.

Fiche n° 7 Les modes d'acquisition de la propriété

L'ESSENTIEL

Le Code civil consacre un livre III aux *Différentes manières dont on acquiert la propriété*. Les articles 711 et 712 du Code civil présentent deux catégories de modes d'acquisition de la propriété que sont les modes d'acquisition dits originaires de la propriété (lesquels modes créent le droit de propriété) d'une part, et les modes d'acquisition dits dérivés de la propriété (lesquels sont fondés sur un transfert du droit de propriété) d'autre part.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 12 novembre 2020 *(n° 19-23.160)*, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur la portée d'une stipulation pour autrui relative à la propriété de parcelles. Cet arrêt a été l'occasion pour la haute juridiction de consacrer la possibilité de transférer un droit réel (de propriété) au bénéficiaire de la stipulation pour autrui.

Les modes d'acquisition originaires de la propriété sont particuliers au droit des biens. L'article 712 du Code civil en identifie deux que sont l'accession et la prescription acquisitive (ou encore usucapion). Il

convient d'ajouter à cette liste un troisième mode d'acquisition de la propriété qu'est l'occupation.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'occupation

L'occupation est un mode d'acquisition originaire de la propriété. Son effet acquisitif suppose la réunion de deux conditions : l'occupant doit se saisir de la chose et être animé, dans cette action, par l'intention de devenir propriétaire de celle-ci. Le chasseur qui a simplement blessé un animal sauvage à l'occasion d'une partie de chasse doit s'en saisir avec l'intention d'en être propriétaire pour que le droit de propriété soit créé.

Ce mode d'acquisition dispose d'un champ d'application limité. Il ne s'applique en effet qu'aux choses corporelles non appropriées (V. Fiche n° 1), à l'exclusion des immeubles vacants *(C. civ., art. 713)* et des successions vacantes ou en déshérence *(C. civ., art. 539)* dont la propriété est transmise à l'État. Sont également écartées du champ d'application de l'occupation, les *res communis*.

Les trésors occupent une place particulière au sein des biens acquis par voie d'occupation. Il s'agit en effet de biens sur lesquels personne ne peut justifier de propriété et non, à proprement parler, de biens non appropriés.

(C. civ., art. 716, al. 2)
L'article 716, alinéa 2, du Code civil définit le trésor comme « *(…) toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard.* »

La qualification juridique de trésor suppose donc la réunion de plusieurs conditions :
– le bien doit être un bien meuble corporel ;
– le bien doit être distinct de l'endroit où il se trouve caché ou enfoui ;
– le bien doit être caché ou enfoui ;
– personne ne doit pouvoir justifier d'une propriété sur le bien trouvé ;
– le bien doit être trouvé par le pur effet du hasard.
Ces conditions sont cumulatives. Le défaut d'une seule suffit à exclure la qualification de trésor.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 5 juillet 2017 (n° 16-19.340), la première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi rejeté la qualification de trésor concernant une œuvre authentique dissimulée sous la peinture d'un tableau réalisé sur bois. L'œuvre a été considérée comme étant indissociable de son support matériel (le bois). Sa propriété a donc été jugée établie au profit du seul acquéreur du tableau et non à l'antiquaire ayant conseillé à ce dernier de consulter un restaurateur d'art.

L'acquisition de la propriété du trésor est spécialement régie par les dispositions de l'article 716, alinéa 1er, du Code civil. Le trésor devient en principe la propriété de son inventeur *(ou de ses*

inventeurs, V. Cass. 1re civ., 16 juin 2021, n° 19-21.567, dans lequel la Cour de cassation retient notamment que « l'inventeur d'un trésor s'entend de celui ou de ceux qui, par le pur effet du hasard, mettent le trésor à découvert en le rendant visible et que, lorsque la découverte du trésor procède directement d'une action de plusieurs personnes, chacune d'elles doit être qualifiée d'inventeur » (point 12)), sauf à ce que ce dernier ne soit pas le propriétaire du fonds dans lequel le trésor a été découvert. Dans ce dernier cas, la propriété du trésor est en principe partagée entre l'inventeur et le propriétaire. En tout état de cause, ces règles d'attribution de la propriété du trésor doivent être conciliées avec des règles spéciales visant à protéger certaines découvertes. L'on pense par exemple aux découvertes archéologiques *(v., par exemple, C. patr., art. L. 541-1 et L. 541-4)*.

§2 L'accession

L'accession est une mode d'acquisition originaire de la propriété. À la différence de l'occupation, ce mode d'acquisition est défini dans le Code civil.

(C. civ., art. 546)
L'article 546 du Code civil dispose à cet effet que « *La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement.*
Ce droit s'appelle « droit d'accession ». »

L'acquisition par voie d'accession permet au propriétaire d'un bien d'acquérir automatiquement et immédiatement ce qui est produit par le bien ou s'y unit.

L'article 546 du Code civil distingue deux catégories d'accession en fonction de leur objet.

La première catégorie correspond à l'accession par production *(C. civ., art. 547 à 550)*. Elle désigne l'acquisition par le propriétaire d'un bien des fruits que ce bien génère. En raison de son objet, ce mode d'acquisition est souvent relié au droit de jouissance reconnu au propriétaire.

La seconde catégorie est l'accession par incorporation. Elle porte sur ce qui s'ajoute au bien *(C. civ., art. 551 à 577)*. Concrètement, ce mode d'acquisition permet au propriétaire d'un bien de devenir automatiquement propriétaire des choses qui s'y unissent. Le Code civil distingue ici selon la nature des biens. L'union de deux biens meubles donne lieu à une accession mobilière, là où l'union d'un bien meuble à un bien immeuble donne lieu à une accession immobilière.

I. L'accession mobilière

L'accession mobilière désigne le mécanisme qui permet au propriétaire d'un bien meuble – considéré comme principal – de devenir propriétaire du bien meuble qui s'y unit ou s'y incorpore. En contrepartie de cette acquisition, le propriétaire qui bénéficie de l'acquisition par voie d'accession doit indemniser le propriétaire du bien meuble accessoire.

Les articles 566 à 577 du Code civil distinguent trois hypothèses d'accession mobilière que sont l'accession par adjonction, l'accession par spécification et l'accession par mélange. Pour chacune de ces hypothèses sont prévues des dispositions spécifiques de détermination du bien accessoire, d'attribution de sa propriété et/ou d'indemnisation du propriétaire privé de son bien. Il convient

toutefois d'indiquer que le droit d'accession mobilière « *est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle* » et que les règles des articles 566 et suivants du Code civil doivent servir « *d'exemple au juge pour se déterminer dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières* » *(C. civ., art. 565)*.

En pratique, l'accession mobilière est un mode d'acquisition de la propriété peu appliqué. Ce mode d'acquisition est tout d'abord concurrencé par l'effet acquisitif attaché à la règle formulée à l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil. Ensuite, l'attribution de la propriété du bien meuble uni ou incorporé à un autre bien meuble est souvent réglée par contrat *(À rapp. Cass. 1re civ., 16 mars 2022, no 20-13.552, concernant la propriété de billets confectionnés en application d'un contrat et volés en cours d'exécution de ce contrat. Dans cet arrêt la première Chambre civile de la Cour de cassation retient au visa des articles 546, 565, 566 et 1787 du Code civil qu'il « résulte de ces textes que les règles de l'accession mobilière sont supplétives et n'ont pas vocation à s'appliquer lorsque le bien a été réalisé en exécution d'un contrat d'entreprise » (point 8))*.

II. L'accession immobilière

L'accession immobilière permet au propriétaire d'un fonds d'acquérir la propriété de ce qui s'y unit ou s'y incorpore. Selon la source de l'union ou l'incorporation, l'accession immobilière est régie par des dispositions différentes. Lorsque l'union ou l'incorporation résulte de l'activité humaine, l'accession immobilière est dite artificielle. Lorsqu'elle résulte de l'action de la nature, l'accession immobilière est dite naturelle.

A L'accession immobilière artificielle

L'accession immobilière artificielle permet au propriétaire d'un fonds de devenir propriétaire de ce qui s'y unit ou s'y incorpore par l'effet de l'activité humaine, qu'il s'agisse de plantations, de constructions ou d'ouvrages réalisés sur son fonds. Cette acquisition, en principe réalisée de plein droit, ne suscite pas de difficulté lorsque les matériaux utilisés appartiennent au propriétaire du fonds et lorsque les plantations, constructions et ouvrages sont le fruit de son activité. L'article 553 du Code civil pose d'ailleurs deux présomptions en ce sens. Il en va autrement lorsque renversant ces présomptions, il est établi soit que les matériaux appartenaient à autrui, soit que les plantations, constructions ou ouvrages sont le fruit de l'activité d'autrui. L'accession réalise alors une sorte « d'expropriation » du propriétaire des matériaux ou de l'auteur des plantations, constructions et ouvrages. Pour résoudre cette difficulté, le Code civil prévoit des règles d'indemnisation *(C. civ. art. 554 et 555)*, lesquelles sont distinctes selon l'objet de l'accession.

1 La construction, la plantation ou l'ouvrage est réalisé avec les matériaux d'autrui

Dans cette hypothèse, le propriétaire du fonds doit payer la valeur estimée de ces matériaux à la date du paiement *(C. civ., art. 554)*, en contrepartie de l'acquisition de propriété réalisée par voie d'accession. Il peut également devoir des dommages et intérêts.

2 La construction, la plantation ou l'ouvrage est intégralement réalisé sur le terrain d'autrui

Les modalités d'acquisition de la propriété des plantations, constructions et ouvrages ainsi que les règles d'indemnisation du planteur ou du constructeur diffèrent selon que le planteur ou le constructeur est de bonne ou de mauvaise foi.

Jurisprudence

La troisième Chambre civile de la Cour de cassation retient une conception classique de la bonne foi. C'est à tout le moins ce qui résulte de l'arrêt rendu le 15 avril 2021 (n° 20-13.649) au sujet d'une construction réalisée par un père sur le terrain de sa fille avec l'autorisation de cette dernière. Dans cet arrêt, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation retient que *« la bonne foi au sens de l'article 555 du code civil s'entend par référence à l'article 550 du même code et concerne celui qui possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices »* (point 4).

Si le constructeur ou le planteur est de bonne foi, il peut obtenir remboursement. Ce remboursement correspond alors *soit à « une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur », soit au « coût des matériaux » et au « prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages » (C. civ., art. 555, al. 3)*.
En revanche, la suppression de la plantation, de la construction ou de l'ouvrage ne peut lui être imposée *(C. civ., art. 555, al. 4)*.

Si le constructeur ou le planteur est de mauvaise foi, le propriétaire a le choix entre conserver les biens ou en demander la destruction. Dans la première hypothèse, le propriétaire du fonds doit paiement selon les modalités prévues à l'article 555, alinéa 3, du Code civil. Dans la seconde hypothèse, l'enlèvement des biens est réalisé aux frais du planteur ou du constructeur *(C. civ., art. 555, al. 2)*, sans que ce dernier ne puisse en être indemnisé. Le planteur ou le constructeur peut également devoir des dommages et intérêts venant en réparation du préjudice subi par le propriétaire du fonds.

Les dispositions de l'article 555 du Code civil ont un domaine d'application restreint à deux points de vue.

D'un point de vue matériel, l'article 555 du Code civil ne s'applique qu'aux constructions, plantations et ouvrages nouveaux. *(v. Cass. 3e civ., 9 sept. 2021, n° 20-15.713, dans lequel l'application est exclue en présence de travaux réalisés sur une bâtiment en ruine – toiture et plancher du première étage effondrés et murs subsistants –, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation ayant considéré que la construction était préexistante)*. Ceux-ci doivent également être entièrement réalisés sur le terrain d'autrui *(v. Cass. 3e civ., 20 juin 2019 n° 18-13.242)*. Sont donc exclus du domaine d'application de l'article 555 du Code civil d'une part les modifications apportées à des biens existants (relevant de la théorie des impenses) et d'autre part, les empiètements (relevant de l'article 545 du Code civil).

Du point de vue personnel, l'article 555 du Code civil suppose l'existence de deux droits de propriété distincts au moins théoriquement, l'un s'exerçant sur le fonds et l'autre sur les plantations, constructions ou ouvrages. Pour cette raison, l'article 555 du Code civil s'applique en principe entre un bailleur et son locataire, encore que l'acquisition de la propriété soit reportée au terme du bail. En revanche, elle est exclue par exemple entre copropriétaires ou entre indivisaires.

B L'accession immobilière naturelle

La propriété immobilière peut être augmentée par l'effet de l'action de la nature. Les articles 556 à 563 du Code civil organisent l'acquisition de la propriété des augmentations de terrain liées à l'action des cours d'eau, en distinguant selon la nature de l'accroissement (dépôt d'alluvions, formation de relais, d'iles, d'ilots,

d'atterrissements formés dans les lits des cours d'eau, etc.). L'accession s'exerce également à l'égard d'animaux semi-sauvages.

(C. civ., art. 564)
L'article 564 du Code civil dispose en ce sens que « *Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou plan d'eau visé aux articles L. 431-6 et L. 431-7 du Code de l'environnement, appartiennent au propriétaire de ces derniers, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice.* »

L'énumération n'est pas limitative.

§3 La possession utile

La possession utile permet d'acquérir la propriété (ou un autre droit réel) des biens selon des modalités distinctes selon la nature du bien. L'acquisition par possession de la propriété des biens meubles est en principe instantanée (I), là où celle des biens immeubles suppose une certaine durée de possession utile (II).

I. La possession des biens meubles

(C. civ., art. 2276, al. 1er)
L'article 2276, alinéa 1er, du Code civil dispose qu'« *En fait de meubles, la possession vaut titre.* »

Il est classique d'assigner à cette disposition un effet acquisitif lorsque le possesseur a acquis le bien d'un non-propriétaire – acquisitions dites *a non domino* –. Cet effet acquisitif permet de protéger le possesseur qui pense être titulaire d'un droit alors que son auteur n'a

pas pu le lui transmettre à défaut d'en être titulaire lui-même. Dans cette hypothèse, le possesseur peut faire obstacle à l'action en revendication du véritable propriétaire en invoquant l'article 2276, alinéa 1re, du Code civil.

A Le domaine d'application

En principe, l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil ne s'applique qu'aux biens corporels individualisés *(Cass. 1re civ., 6 mai 1997, Bull. civ. I, no 144)*, à l'exclusion des autres biens comme les biens immeubles ou les biens incorporels. Cette règle est également écartée lorsque le bien est soumis à un régime spécial *(par ex. les biens du domaine public. V. Cass. 1re civ., 13 février 2019, no 18-13748 concernant l'action en revendication du « fragment à l'Aigle » provenant du jubé de la Cathédrale de Chartres, exercée par l'État)*.

B La mise en œuvre de l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil

1 Les conditions de l'acquisition instantanée

L'effet acquisitif attaché à l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil suppose la réunion de plusieurs conditions :

1°. Le possesseur doit établir une véritable possession au moment de l'action en revendication exercée par le véritable propriétaire.

2°. La possession invoquée doit être utile, encore que les caractères de cette dernière soient réduits en raison des conditions d'application de l'article 2276 du Code civil

3°. Le possesseur du bien meuble doit être de bonne foi au jour de la prise de possession. Il doit légitimement croire être devenu propriétaire du bien, et plus largement titulaire du droit possédé. Cette exigence ne se retrouve pas dans la lettre de l'article 2276,

alinéa 1er, du Code civil. Il est néanmoins acquis qu'elle y est implicitement exprimée, l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil étant compris comme une application de l'article 1198 du Code civil. En principe la bonne foi est présumée, la présomption étant simple *(C. civ., art. 2274)*.

2 Les obstacles à l'acquisition instantanée

a) Les obstacles déduits de l'alinéa 1er de l'article 2276 du Code civil

Le premier obstacle à l'acquisition instantanée résulte du défaut de l'une des conditions d'application de l'article 2276, alinéa 1re, du Code civil. Le défaut de possession (détention précaire) ou de possession utile (possession viciée) exclut toute acquisition fondée sur ce texte.

De la même manière, la mauvaise foi du possesseur exclut l'effet acquisitif instantané.

Jurisprudence

La première Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler récemment dans un arrêt rendu le 6 juin 2018 *(n° 17-16.091)*. L'affaire concernait la découverte de lingots d'or enfouis dans un jardin et pour lesquels la qualification de trésor était i nvoquée. La Cour de cassation a refusé le bénéfice de l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil aux « inventeurs » en retenant que « *celui qui découvre, par le pur effet du hasard, une chose cachée ou enfouie a nécessairement conscience, au moment de la découverte, qu'il n'est pas le propriétaire de cette chose, et ne peut être considéré comme un possesseur de bonne foi* ».

La question se pose alors de savoir si le possesseur de mauvaise foi peut bénéficier de l'acquisition par prescription trentenaire, comme

cela pouvait être le cas antérieurement à la réforme opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. En effet, l'actuel titre XXIe, exclusivement consacré à la possession et la prescription acquisitive, est susceptible de fonder une solution différente dans la mesure où la prescription acquisitive en matière immobilière et la prescription acquisitive en matière mobilière sont nettement distinguées.

b) Les obstacles déduits de l'article 2276, alinéa 2, du Code civil

(C. civ., art. 2276, al. 2)
« Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

L'article 2276, alinéa 2, du Code civil, écarte l'effet acquisitif instantané de la possession lorsque le bien meuble qui en est l'objet a été volé au véritable propriétaire ou perdu par celui-ci. En raison des causes de la dépossession (vol/perte), le véritable propriétaire dispose alors d'un délai préfix de trois ans pour revendiquer le bien. Ce délai commence à courir « *à compter du jour de la perte ou du vol* ». L'action en revendication est dirigée contre le possesseur actuel du bien, lequel peut ensuite se retourner contre son auteur, en cas de besoin.

(C. civ., art. 2277)
« Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.
Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2332, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté. »

L'article 2277, alinéa 1er, du Code civil prévoit également que les circonstances de l'achat du bien perdu ou volé ainsi que la bonne foi du possesseur actuel justifient une protection accrue de ce dernier. En effet si l'achat a eu lieu « *dans une foire ou dans un marché, dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles* » *(C. civ., art. 2277, al. 1er)*, alors le véritable propriétaire doit rembourser le prix de vente du bien au possesseur, pour en obtenir la restitution.

À côté de sa fonction acquisitive, l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil remplit également une fonction probatoire. Cette fonction est sollicitée lorsque le possesseur a acquis un bien d'un véritable propriétaire sans disposer d'un titre pour faire la preuve de cette acquisition (par exemple, en cas de don manuel). Le possesseur est alors présumé avoir régulièrement acquis le bien. La présomption étant simple, le propriétaire originaire qui revendique le bien contre le possesseur peut établir le défaut de possession ou les vices de la possession.

II. La prescription acquisitive des biens immeubles

La prescription acquisitive ou *usucapion* permet d'acquérir la propriété (ou un autre droit réel) d'un bien par l'effet de la possession utile prolongée *(C. civ., art. 2258)*. Cette fonction acquisitive de la

prescription est limitée à deux égards. Tout d'abord, elle concerne en principe les hypothèses d'acquisition *a non domino* de manière à protéger le possesseur en créant le titre qui lui fait défaut *(V. pour une exclusion de l'application de la prescription acquisitive fondée sur la perpétuité de l'exception de garantie d'éviction – du fait personnel – invoquée contre le vendeur-possesseur, Cass. 3e civ., 30 juin 2021, n° 20-14.743, dans lequel la Cour de cassation retient que « c'est par une exacte application des articles 1626 et 1628 du Code civil que la cour d'appel a retenu que le vendeur, tenu de l'obligation de garantir l'acquéreur d'un terrain contre toute éviction résultant de son fait personnel, telle la possession trentenaire, ne peut l'évincer en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire du terrain qu'il a vendu, mais dont il a conservé la possession, l'acquéreur étant toujours recevable, dans ce cas, à lui opposer l'exception de garantie qui est perpétuelle. »)*. Ensuite, elle ne s'applique en principe qu'aux biens immeubles, sous réserve toutefois des dispositions spéciales (l'extra-commercialité par exemple. – *C. civ., art. 2260*).

A Les conditions de mise en œuvre de la prescription acquisitive

Contrastant avec le régime succinct de l'acquisition des biens meubles, les dispositions relatives à la prescription acquisitive sont particulièrement développées. Ces dispositions organisent deux prescriptions acquisitives distinctes : la prescription acquisitive trentenaire qui a originellement une fonction résiduelle d'une part, et la prescription acquisitive abrégée qui apparaît comme un mécanisme protecteur du possesseur « plus légitime », d'autre part.

1 La prescription acquisitive trentenaire

La prescription acquisitive trentenaire suppose la réunion de conditions relatives à la possession à laquelle est associée une condition de délai. Sa mise en œuvre est en effet subordonnée à la caractérisation d'une possession véritable *(v. Cass. 3e civ., 11 mai 2019, n° 17-27.025. - Cass. 3e civ., 11 avr. 2019, n° 18-15953, se référant notamment à la notion d'actes matériels de possession)*, laquelle doit être utile au sens de l'article 2261 du Code civil (V. Fiche n° 5). Par ailleurs, la possession utile doit se prolonger trente ans sans interruption *(C. civ., art. 2272, al. 1er)*.

2 Les conditions de mise en œuvre de la prescription abrégée

L'article 2272, alinéa 2, du Code civil prévoit une prescription dite abrégée. À la différence des solutions retenues antérieurement à la réforme opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, l'article 2272, alinéa 2, du Code civil retient un délai unique de dix ans (antérieurement, le délai était de dix à vingt ans).

Parce qu'elle est plus protectrice du possesseur, l'abréviation du délai de prescription s'accompagne de conditions de mise en œuvre supplémentaires. Le possesseur doit, en sus de la possession véritable, utile et prolongée pendant dix ans, remplir deux conditions supplémentaires que sont les conditions de juste titre et de bonne foi *(C. civ., art. 2272, al. 2)*.

S'agissant de la bonne foi d'abord. Elle est caractérisée lorsque le possesseur a cru acquérir le bien d'un véritable propriétaire. Elle est alors appréciée au moment de l'acquisition *(C. civ., art. 2275.- Cass. 3e civ., 15 juin 2005, Bull. civ. III, n° 133)*, étant précisé qu'elle est en principe présumée.

S'agissant ensuite du juste titre. La notion de juste titre désigne le titre translatif ayant pour objet le bien (ou le droit) possédé. Le juste titre efficace du point de vue de la prescription acquisitive abrégée doit revêtir deux caractères. En premier lieu, le titre doit être réel et non putatif. En d'autres termes, le titre doit exister. En second lieu, l'article 2273 du Code civil exclut le titre affecté d'un défaut de forme. Cette exigence est conçue souplement en jurisprudence. Seul est exclu le titre affecté d'une cause de nullité absolue *(v. Cass. 3e civ., 14 juin 2018, n° 16-22.359, pour la qualification de juste titre appliquée à un acte de vente dont les revendiquants prétendent qu'il était un faux)*.

B Le régime juridique de la prescription acquisitive

Le régime juridique de la prescription acquisitive qu'elle soit trentenaire ou décennale relève de deux corps de règles. Il emprunte d'abord à celui de la prescription extinctive, l'article 2259 du Code civil renvoyant aux articles 2221 et 2222 du Code civil ainsi qu'aux chapitres III et IV du titre XX. Ensuite, le titre XXIe du Code civil prévoit des règles propres à la prescription acquisitive. Dans l'ensemble, ces dispositions régissent d'une part la constitution de la prescription, et d'autre part l'effet de la prescription acquise.

1 La constitution de la prescription acquisitive

a) Le déroulement du cours du délai

Le délai de prescription commence à courir au jour de l'entrée en possession. Les articles 2228 et 2229 du Code civil fixent les règles de computation du délai de prescription.
Pour constituer la prescription, la possession doit se poursuivre sans interruption pendant le délai requis. Compte tenu de la longueur de

ces délais, le possesseur actuel peut, dans certaines conditions, utiliser la possession de son auteur pour constituer sa propre possession. Cette technique d'addition de deux possessions successives s'appelle la jonction des possessions. Elle est expressément prévue par l'article 2265 du Code civil. Cette technique peut être utilisée par un ayant cause à titre universel comme par un ayant cause à titre particulier encore que les modalités de mise en œuvre soient distinctes.

Lorsque la jonction des possessions est réalisée par un ayant cause à titre universel, la possession de l'ayant cause conserve les caractéristiques de la possession de son auteur. En ce sens si l'auteur de l'ayant cause était de mauvaise foi, sa possession l'est également. L'ayant cause à titre particulier conserve quant à lui les qualités de sa propre possession. S'il joint sa possession à celle de son auteur, chaque possession est prise en compte séparément. Conséquemment, si les possessions sont identiques, la prescription applicable est uniforme et la jonction se réalise sans difficulté particulière. Il en va différemment lorsque les possessions successives ne sont pas identiques. La jonction ne peut alors s'opérer notamment qu'à partir de deux possessions utiles.

b) Les événements affectant le cours du délai de la prescription

Le cours du délai de prescription peut ensuite être altéré par deux catégories d'événements que sont les causes d'interruption et les causes de suspension.

Le cours du délai de prescription peut d'abord être interrompu. Le délai de prescription s'arrête alors de courir, le délai déjà couru est anéanti et un nouveau délai recommence à courir à compter de la disparition de la cause d'interruption *(C. civ., art. 2231)*.

L'interruption est provoquée par des événements particuliers, énumérés par la loi (sous réserve de ce que les parties auraient prévu par contrat). Ces événements peuvent être classés en deux catégories. La cause d'interruption est soit naturelle – en cas de perte de jouissance prolongée sur une durée de plus d'un an *(C. civ., art. 2271)* – soit civile – en cas par exemple de reconnaissance du droit du propriétaire par le possesseur *(C. civ., art. 2240)* ou d'action en justice visant à établir le titre de propriété *(C. civ., art. 2241 à 2243)*.

Le cours du délai de prescription peut également être suspendu dans certaines situations, par exemple, en cas d'impossibilité d'agir *(C. civ., art. 2234)* ou de minorité ou de tutelle *(C. civ., 2235)*. Le statut d'époux ou de partenaires liés par un pacte civil de solidarité constitue également une cause de suspension *(C. civ., art 2236)*. En présence d'une cause de suspension, le délai de prescription s'arrête de courir sans que le délai déjà constitué ne soit perdu *(C. civ., art. 2230)*. Une fois l'événement suspensif terminé, le délai de prescription reprend son cours.

2 L'effet de la prescription acquise

La prescription produit un effet acquisitif rétroactif. La propriété du possesseur « remonte » au premier acte de possession *(Cass. 3e civ., 10 juill. 1996, Bull. civ. III, n° 180)*. L'acquisition est définitive et opposable *erga omnes*. L'objectif est en effet de consolider de manière définitive le fait de possession en droit afin notamment de sécuriser les transactions réalisées ou à venir.

Pour produire cet effet, le moyen de prescription doit être invoqué par le possesseur par voie d'action ou d'exception (en réponse à une action en revendication du propriétaire originaire). Le moyen peut

par ailleurs être soulevé en première instance comme en appel *(C. civ., art. 2248)*. Si le moyen de prescription n'est pas invoqué, la prescription ne produit aucun effet, étant précisé que les juges ne peuvent pas venir au secours d'un possesseur en soulevant le moyen d'office *(C. civ., art. 2247)*.

Le bénéficiaire de la prescription acquisitive peut également renoncer à la prescription acquise *(C. civ., art. 2250)* à condition de pouvoir exercer lui-même ses droits *(C. civ., 2252)*. La renonciation peut être expresse ou tacite *(C. civ., art. 2251)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– J.-P. CHAZAL, S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », RTD civ. 2000, pp. 477 et ss.
– W. DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », RTD civ. 2006, pp. 27 et ss.

Fiche n° 8 Les propriétés collectives

⏭ L'ESSENTIEL

À côté de la propriété individuelle, se sont développées des formes de propriété collective. Ces formes de propriété collective sont pour certaines régies par des dispositions inscrites dans le Code civil – que ce soit dans le Livre II ou dans Livre III –, et pour d'autres, par des dispositions qui se sont développées en dehors du Code civil. Soulignant leur nécessité, la proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens, consacre un chapitre V aux propriétés collectives, reconnaissant dans le même temps pleinement leur existence. Ce chapitre regroupe des dispositions relatives à l'indivision ordinaire et à la copropriété par lots, encore que leur régime respectif demeure en dehors du droit des biens. Les dispositions relatives à la mitoyenneté sont, quant à elles, regroupées au sein d'un titre V consacré aux relations de voisinage.

⏭ LES CONNAISSANCES

Plusieurs situations juridiques conduisent à l'exercice de droits de propriété sur un même bien que les droits s'exercent parallèlement sur ce bien ou concurremment. À ce titre, sont classiquement distinguées la mitoyenneté (§ 1), l'indivision (§ 2) et la copropriété (§ 3).

§1 La mitoyenneté

La mitoyenneté peut être abordée d'abord sous l'angle de sa nature juridique (I) puis de son régime juridique (II).

I. La nature juridique de la mitoyenneté

La mitoyenneté concerne une situation particulière. Il s'agit d'une situation de partage entre deux propriétaires de fonds contigus. Le partage a pour objet la clôture qui sépare les fonds contigus.

Dans ce cadre, la mitoyenneté désigne le régime juridique particulier qui s'applique à cette situation de partage de la clôture, quelle que soit la forme prise par celle-ci.

Les dispositions applicables à la mitoyenneté *(C. civ., art. 653 à 671)* sont regroupées dans la section 1 *Du mur et du fossé mitoyens* du Chapitre II *Des servitudes établies par la loi* du Titre IV *Des servitudes ou services fonciers*. Pour autant il est classiquement admis que la mitoyenneté ne constitue pas une servitude. Le rattachement à l'indivision ou à la copropriété est plus volontiers envisagé, encore que la mitoyenneté conserve certaines spécificités. Ces dernières tiennent notamment à sa vocation à la perpétuité ainsi qu'à ses sources.

En effet si la mitoyenneté s'établit par convention ou prescription acquisitive, elle est également mise en place dans le cadre de procédés plus contraignants qui lui sont propres. Ainsi l'acquisition de la mitoyenneté peut résulter d'une cession forcée de tout ou partie d'un mur privatif construit le long de la ligne séparative des fonds *(C. civ., art. 661)*. Le propriétaire du mur est contraint de céder la mitoyenneté à la demande du propriétaire du fonds contigu. En

contrepartie, le propriétaire qui acquiert la mitoyenneté doit rembourser la moitié du coût du mur ou de la partie objet de la cession, ainsi que la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti *(C. civ., art. 661)*. La mitoyenneté peut également être imposée dans les conditions de l'article 663 du Code civil.

Par ailleurs, la mitoyenneté est une situation qui n'est pas précaire à la différence de l'indivision. Sauf abandon de la part d'un des propriétaires, elle est destinée à se prolonger dans le temps.

II. Régime juridique de la mitoyenneté

Lorsque la mitoyenneté est établie, par titre *(C. civ., art. 666, al. 1er)*, prescription acquisitive trentenaire *(C. civ., art. 666, al. 1er)* ou par voie de présomptions simples de mitoyenneté *(v. not., C. civ., art. 553 et 666)*, elle emporte l'application d'un régime juridique particulier. Ce régime juridique traduit la situation de partage créée par la mitoyenneté. Cette situation de partage impose en effet d'organiser les conditions d'exercice des droits de propriété sur un bien partagé (A) ainsi que de partager les charges générées par ce bien (B).

A Les conditions d'exercice des droits de propriété

Les propriétaires mitoyens conservent leur droit de propriété sur leur fonds, et ce jusqu'à la ligne séparative. Ils ont à ce titre un droit d'usage de la clôture du côté de leur fonds *(C. civ., art. 657. V. égal. C. civ., art. 671, al. 2 pour les plantations en espalier. V. pour une application, Cass. 3e civ., 22 oct. 2022, no 19-10.379)*. En outre, les propriétaires mitoyens disposent d'un droit de propriété sur les produits *(C. civ., art. 669)* et les fruits *(C. civ., art. 670)* en présence d'une haie mitoyenne.

L'un des propriétaires peut également faire rehausser le mur mitoyen *(C. civ., art. 658)* dans les conditions financières et matérielles prévues aux articles 658 et 659 du Code civil. Une fois réalisé, le rehaussement appartient exclusivement au propriétaire qui en est l'auteur, sous réserve de l'acquisition de la mitoyenneté du rehaussement par le propriétaire voisin dans les conditions fixées à l'article 600 du Code civil.
Certains usages nécessitent néanmoins le consentement du propriétaire mitoyen en raison de l'incidence qu'ils peuvent avoir sur le droit de propriété du propriétaire voisin.

Cette condition de consentement est en effet requise :

- pour pratiquer une fenêtre ou une ouverture dans le mur *(C. civ., art. 675.-* V. Fiche n° 11*)*.
- pour réaliser des enfoncements dans le mur mitoyen, voire appliquer ou appuyer un ouvrage sur le mur mitoyen *(C. civ., art 662)*. En cas de refus, le propriétaire mitoyen doit faire « *(…) régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre* » *(C. civ., art. 662 in fine)*.

B Le partage des charges générées par la clôture

La situation de partage se ressent lorsque la mitoyenneté est envisagée sous l'angle des charges qu'elle impose aux propriétaires mitoyens. Ceux-ci partagent en effet les charges d'entretien de la clôture ou du mur mitoyen *(C. civ., art. 655 et 667, al. 1er)*, sauf à renoncer à la mitoyenneté *(C. civ., art. 656 et 667, al. 1er)*.

La renonciation est toutefois exclue notamment :

- lorsque le mur mitoyen soutient un bâtiment du propriétaire qui renonce à la mitoyenneté *(C. civ., art. 656 in fine)* ;

– lorsque « *(…) le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux* » *(C. civ., art. 667, al. 2)*.

L'un des propriétaires peut également réaliser des travaux sur un mur mitoyen à ses frais. Le remboursement partiel des frais engagés dépend alors de la cause des travaux et de leur degré d'utilité.

§2 L'indivision

L'indivision désigne la situation dans laquelle deux personnes au moins ont simultanément, sur un même bien ou ensemble de biens, un droit en tout ou partie de même nature (un droit de propriété, de nue-propriété ou d'usufruit, par exemple).

Jurisprudence

À ce titre, la jurisprudence admet qu'une indivision puisse exister entre le propriétaire d'un bien et le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation pour la portion de droit qui correspond au droit d'usage et d'habitation *(Cass. 3e civ., 7 juill. 2016, n° 15-10.278)*.

L'indivision est soumise soit au régime légal (I) soit au régime conventionnel (II).

I. Le régime légal de l'indivision

Les dispositions de droit commun applicables à l'indivision sont réunies au chapitre VII relatif au *Régime légal de l'indivision*. Ce chapitre contient les articles 815 à 815-18 du Code civil. Ils déterminent les règles applicables à la gestion de l'indivision (A), aux droits des indivisaires (B) ainsi qu'au sort des créanciers (C).

A La gestion de l'indivision

Lorsqu'elle est instituée, l'indivision peut porter sur un bien ou un ensemble de biens, quelle que soit leur nature (bien mobilier comme immobilier, corporel comme incorporel).

Pendant la durée de l'indivision, sa composition peut être modifiée.

> (C. civ., art. 815-10, al. 1er)
> « *Sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis*. »

Les fruits et revenus des biens indivis sont compris dans la masse indivise *(C. civ., art. 815-10, al. 2)*, sans pouvoir profiter à un seul indivisaire en particulier.

Le ou les biens indivis sont gérés par l'ensemble des indivisaires, étant précisé que ce groupe n'est pas doté de la personnalité morale *(v. not., Cass. 3e civ., 16 mars 2017, n° 16-13.063)*.

La gestion de l'indivision peut être présentée sous l'angle des acteurs (1) ainsi que sous celui des actes qu'ils réalisent (2).

1 Le ou les acteurs de la gestion

La gestion de l'indivision est assurée par les indivisaires, les actes étant accomplis selon les cas sur décision prise à l'unanimité, à la majorité ou plus des indivisaires, ou un indivisaire seul (V. *infra*).
Un ou plusieurs indivisaires peuvent également assurer la gestion d'un ou plusieurs biens de l'indivision. Par décision prise à la majorité des deux tiers, un mandat général d'administration peut en effet être

donné à un ou plusieurs indivisaires ou à un tiers *(C. civ., art. 815-3, al. 1er, 2°)*.

Un indivisaire peut également être considéré comme ayant reçu un mandat tacite. Pour cela, il doit assurer la gestion des biens indivis au su des autres et n'avoir rencontré aucune opposition de leur part. Ce mandat demeure restreint. Il concerne les seuls actes d'administration, à l'exclusion des actes de disposition ainsi que de la conclusion ou du renouvellement des baux *(C. civ., art. 815-3, al. 4)*. L'indivisaire-gérant « *est redevable des produits nets de sa gestion* » (*C. civ., art. 815-12)*. En contrepartie, il a droit « *à la rémunération de son activité* ». Les conditions de cette rémunération peuvent être fixées à l'amiable. À défaut, elles sont déterminées par décision de justice *(C. civ., art. 815-12)*.

2 Les actes

Les actes peuvent être accomplis par décision d'un ou plusieurs indivisaires (a) ou sur intervention du juge (b).

a) Les actes accomplis sur décision d'un, plusieurs ou l'unanimité des indivisaires

	Dispositions	Actes concernés
Actes accomplis par un seul indivisaire	C. civ., art. 815-2	Les mesures conservatoires peuvent être réalisées par un seul indivisaire si elles sont nécessaires à la conservation des biens indivis (C. civ., art. 815-2, al. 1). Ces mesures peuvent prendre la forme d'actes matériels comme d'actes juridiques. À ce titre, le commandement de quitter les lieux consécutif à la résiliation d'un bail de locaux à usage commercial (Cass. 2e civ., 16 novembre 2017, n° 16-23173) constitue un acte conservatoire au sens de l'article 815-2 du Code civil. Pour cela, l'indivisaire peut utiliser les fonds de l'indivision qu'il détient et dont il est réputé avoir la libre disposition à l'égard des tiers (C. civ., art. 815-2, al. 2). À défaut de fonds, il peut également *« obliger ses coïndivisaires à faire avec lui les dépenses nécessaires »* (C. civ., art. 815-2, al. 3).
Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis	C. civ., art. 815-3, al. 1 et 2	**1°** Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ; **2°** Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ; **3°** Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ; **4°** Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. L'opposabilité de ces actes aux autres indivisaires est subordonnée à l'information de ces derniers.
L'unanimité des indivisaires	C. civ., art. 815-3, al. 3	- tout acte qui ne ressortit pas de l'exploitation normale des biens indivis (par exemple, le changement d'affectation d'un bien) ; - tout acte de disposition autre que la vente des biens meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision.

b) Les actes nécessitant un recours au juge

Dispositions	Cas d'ouverture	Mesures	Précisions complémentaires
C. civ., art. 815-4	Lorsqu'un indivisaire est hors d'état de manifester sa volonté.	Pour permettre la gestion des biens indivis, le juge peut habiliter un autre indivisaire pour le représenter pour tout ou partie des actes relatifs aux biens indivis.	À défaut de pouvoir, d'habilitation ou de mandat de représentation, l'effet des actes réalisés par un indivisaire en représentation d'un autre est déterminé par application des règles de la gestion d'affaires (C. civ., art. 815-4, al. 2).
C. civ., art. 815-5, al. 1 et 3	En cas de refus d'un indivisaire, lorsque : - l'acte litigieux nécessite le consentement de l'indivisaire auteur du refus ; - le refus met en péril l'intérêt commun des indivisaires.	Autorisation donnée à un indivisaire de réaliser seul un acte.	Si l'acte est réalisé conformément aux conditions fixées par l'autorisation, l'acte est opposable à l'indivisaire auteur du refus.
C. civ., art. 815-5-1	Demande par un ou plusieurs indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis concernant l'aliénation d'un bien indivis. La procédure est toutefois exclue si la propriété du bien en cause est démembrée ou si l'un des indivisaires est présumé absent, hors d'état de manifester sa volonté ou fait l'objet d'un régime de protection.	Autorisation.	Les conditions et modalités de l'autorisation sont fixées à l'article 815-5-1 du Code civil.
C. civ., art. 815-6	Protection de l'intérêt commun des indivisaires.	Le juge peut prescrire ou autoriser toutes mesures urgentes.	
C. civ., art. 815-7-1	La réalisation de travaux d'amélioration, de réhabilitation et de restauration d'un immeuble ainsi que les actes d'administration et formalités de publicité permettant de donner un local à bail à titre d'habitation principale.	Autorisation judiciaire.	Ces dispositions ont un champ d'application restreint. Elles ne s'appliquent qu'en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion et à Saint-Martin. Par ailleurs sont plus spécifiquement concernés les immeubles indivis à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel restés vacants ou n'ayant pas fait l'objet d'une occupation effective depuis plus de deux années civiles.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 20 novembre 2019 *(n° 18-23.762)*, la première Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur les conditions de mise en œuvre de l'article 815-5-1 du Code civil, et plus précisément sur les conséquences attachées à l'inobservation du délai d'un mois pour signifier l'intention d'aliéner un bien indivis. Elle retient à cette occasion que le dépassement du délai d'un mois prévu à l'article 815-5-1, alinéa 3, du Code civil est indifférent. Plusieurs raisons fondent cette solution. Tout d'abord, la Cour de cassation relève que *« ce délai n'est assorti d'aucune sanction »*. Ensuite, elle retient que *« la signification avait été effective et que l'intéressé avait disposé de trois mois pour manifester son opposition avant l'établissement du procès-verbal par le notaire, conformément aux prescriptions de l'alinéa 4 du même texte »*.

B Les droits des indivisaires

1 Pendant l'indivision

Chaque indivisaire dispose de droits dans l'indivision, dont la proportion est déterminée en fonction de l'origine de l'indivision (successorale, matrimoniale, etc.). Ces droits prennent la forme d'une quote-part de la masse indivise, attribuée individuellement et à titre exclusif à chaque indivisaire. En tant que propriétaires de leur quote-part, les indivisaires peuvent en principe en disposer. Toutefois, afin de préserver les intérêts de l'indivision, la loi reconnaît aux indivisaires une faculté de préemption ou de substitution lorsque l'aliénation d'une quote-part est envisagée au bénéfice d'un tiers.

Les indivisaires bénéficient d'un droit de préemption en cas de cession à titre onéreux par un des indivisaires de tout ou partie de ses droits dans l'indivision ou dans un ou plusieurs biens indivis à un tiers. Ce droit de préemption impose à l'indivisaire cédant de respecter la procédure prévue à l'article 815-14 du Code civil.

Lorsque le droit de préemption est exercé par un seul indivisaire, il dispose d'un délai de deux mois à compter de la date d'envoi de sa réponse pour réaliser la vente. Au-delà de ce délai, la déclaration de préemption est nulle de plein droit quinze jours après la mise en demeure restée infructueuse, le cédant pouvant également solliciter des dommages et intérêts. Lorsque plusieurs indivisaires exercent leur droit de préemption, ces derniers sont réputés « *acquérir ensemble la portion mise en vente en proportion de leur part respective dans l'indivision* », sauf convention contraire.

Les droits sur les biens indivis ou un ou plusieurs biens indivis peuvent également, en tout ou partie, faire l'objet d'une adjudication *(C. civ., art. 815-15)*. Il est alors fait obligation à l'avocat ou au notaire d'informer les indivisaires afin qu'ils puissent exercer, s'ils le souhaitent, leur faculté de substitution au tiers acquéreur dans les conditions fixées à l'article 815-15 du Code civil.
Le non-respect des dispositions des articles 815-14 et 815-15 du Code civil est sanctionné par la nullité de la cession ou de la licitation *(C. civ., art. 815-16)*. L'action en nullité ne peut être exercée que par ceux à qui les notifications devaient être faites ou par leurs héritiers *(C. civ., art. 815-16)*, et ce dans un délai de cinq ans.

Jurisprudence

À défaut de précision, la jurisprudence a fixé le point de départ du délai de prescription au jour où le coïndivisaire a eu connaissance de la vente, étant précisé que les coïndivisaires sont réputés en « *avoir eu connaissance à la date de publication de la vente* » *(Cass. 1re civ., 5 mars 2014, n° 12-28.348)*.

Les indivisaires ont un droit d'usage et de jouissance des biens indivis. Ces prérogatives doivent être exercées dans les limites – lesquelles sont cumulatives – prévues à l'article 815-9, alinéa 1er, du Code civil. L'usage et la jouissance des biens indivis doivent s'exercer :

– conformément à la destination des biens concernés,
– « *dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires* », et
– dans le respect de l'effet des actes valablement conclus au cours de l'indivision.

À défaut d'accord entre les intéressés, « *l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal* ».

Sauf convention contraire, l'usage ou la jouissance privative d'un ou des biens indivis par un indivisaire donne lieu au paiement d'une indemnité *(C. civ., art. 815-9, al. 2)* qui intègre la masse indivise.

Plus largement, si les fruits et revenus intègrent en principe la masse indivise (v. *supra*), l'article 815-10, alinéa 2, du Code civil prévoit la possibilité d'un partage provisionnel ou d'un accord établissant la jouissance divise. Un indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices *(C. civ., art. 815-11, al. 1er)*, cette part étant réduite du montant des dépenses entrainées par les actes auxquels l'indivisaire a consenti ou qui lui sont opposables. En cas de contestation, le président du tribunal judiciaire peut ordonner une répartition provisionnelle des bénéfices, sous réserve d'un compte à établir lors de la liquidation définitive *(C. civ., art. 815-11, al. 3)*.

2 Le terme de l'indivision

L'indivision se singularise par sa précarité. Chaque indivisaire dispose en effet d'un droit au partage mettant un terme à l'indivision.

(C. civ., art. 815)
« Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention. »

Le droit au partage a un statut juridique particulier. Ce droit peut être exercé à tout moment. Il est par ailleurs opposable aux autres indivisaires et imprescriptible *(V. Cass. 1re civ., 12 déc. 2007, n° 06-20.830)*.

L'absolutisme du droit au partage connaît néanmoins des limites énoncées à l'article 815 *in fine* du Code civil. Ces limites sont d'origine soit conventionnelle, soit légale.

La convention peut tout d'abord aménager ce droit conformément aux dispositions des articles 1873-1 à 1873-18 du Code civil *(C. civ., art. 815-1.- V. infra)*.

La loi permet ensuite au juge de maintenir l'indivision dans trois hypothèses *(v. Cass. 3e civ., 6 juin 2019, n° 18-14.838, lequel précise que le partage résultant d'une décision de justice irrévocable fait obstacle à la demande de sursis à la licitation fondée sur l'article 820, al. 1, du Code civil)*.

	Dispositions	Cas d'ouverture	Mesures
Hypothèse n°1	C. civ., art. 820	Lorsque la réalisation immédiate du partage « risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis » ou si « l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dépendant de la succession » qu'à l'expiration d'un délai de deux ans au plus.	Le maintien de l'indivision, étant précisé qu'il ne peut excéder deux ans.
Hypothèse n°2	C. civ., art. 821 et 821-1 ; C. civ., art. 822 relatif aux conditions de la demande de maintien de l'indivision.	Lorsque l'indivision porte sur une entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dont l'exploitation était assurée par le défunt ou son conjoint et qu'aucun accord amiable n'a été trouvé. La demande peut porter sur des droits sociaux. Lorsque l'indivision porte sur la propriété d'un local d'habitation ou à usage professionnel, que le défunt ou son conjoint a utilisé à cet effet au moment du décès. Les objets mobiliers garnissant le local ou affectés à l'exercice de la profession peuvent également suivre ce régime.	Le maintien de l'indivision qui ne peut être supérieur à 5 ans et qui est renouvelable dans le cas prévu à l'article 822, alinéa 1, du Code civil (C. civ., art. 823).
Hypothèse n°3	C. civ., art. 824	Lorsqu'une demande de partage a été formulée et que certains indivisaires souhaitent demeurer dans l'indivision.	Le juge peut, sous certaines conditions, procéder à l'attribution éliminatoire en attribuant sa part à l'indivisaire qui a demandé le partage.

C Le sort des créanciers

Le Code civil organise le droit de poursuite des créanciers. L'article 815-17, alinéa 1er, du Code civil s'intéresse tout d'abord « *aux créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision* » ainsi qu'à « *ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis* ». Le paiement de ces créanciers est réalisé directement par un paiement « *par prélèvement sur l'actif avant le partage* » *(v. Cass. 1re civ., 9 janv. 2019, no 17-27.411)*. Les

créanciers peuvent également exercer leur(s) droit(s) directement sur les biens de l'indivision en les saisissant et en les vendant *(C. civ., art. 815-17, al. 1er in fine)*.

La situation de ces créanciers se distingue de celle des créanciers personnels d'un indivisaire *(C. civ., art. 815-17, al. 2)*. Si ces derniers souhaitent appréhender les valeurs correspondant au droit de leur débiteur dans l'indivision, ils ne peuvent le faire directement. Ils peuvent en revanche provoquer le partage ou intervenir dans le partage que leur débiteur a provoqué *(C. civ., art. 815-17, al. 3. V. sur le partage provoqué, Cass. 1re civ., 16 sept. 2020, no 19-15.939 au sujet de la protection du logement familial)*. Afin de préserver l'indivision, le législateur permet aux indivisaires de réagir. Ces derniers peuvent en effet « *arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur* » *(C. civ., art. 815-17, al. 3)*. Les indivisaires *solvens* peuvent ensuite « *se rembourser par prélèvement sur les biens indivis* » *(C. civ., art. 815-17, al. 3)*.

II. L'indivision conventionnelle

Les indivisaires peuvent également organiser par contrat l'exercice de leurs droits sur les biens indivis, qu'il s'agisse de droits de propriété, de nue-propriété ou d'usufruit *(C. civ., art. 1873-1)*. Le régime juridique de l'indivision conventionnelle est spécialement organisé par les dispositions du Titre IX *bis Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis*, lequel titre comprend les articles 1873-1 à 1873-18 du Code civil. En l'absence d'usufruitier, les articles 1873-2 à 1873-15 du Code civil fixent les règles relatives à la convention conclue entre les indivisaires (A) ainsi qu'à la gestion de l'indivision (B).

A La conclusion de la convention

En sus des dispositions du droit commun des contrats, le contrat est soumis à deux exigences de forme, prescrites à peine de nullité. Ce formalisme *ad validitatem* consiste d'une part à exiger un contrat écrit et d'autre part, à imposer l'indication des biens indivis et les quotes-parts appartenant à chaque indivisaire *(C. civ., art. 1873-2, al. 2)*. La nature des biens indivis justifie ensuite des formalités supplémentaires. En ce sens, lorsque l'indivision comporte des créances, l'article 1873-2, alinéa 2, du Code civil impose le respect des formalités de l'article 1690 du Code civil *(v. égal. C. civ., art. 1324 dans sa rédaction issue de l'Ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016)*. Si l'indivision comprend des biens immobiliers, les formalités de la publicité foncière doivent être réalisées *(C. civ., art. 1873-2, al. 2)*.
Des conditions de capacité et de pouvoir sont également expressément prévues *(C. civ., art. 1873-4)*.

Par dérogation à l'article 815 du Code civil, les indivisaires peuvent à l'unanimité s'engager par contrat à rester dans l'indivision *(C. civ., art. 1873-2, al. 1er)*. L'indivision conventionnelle demeure néanmoins temporaire. Ce caractère est alors organisé selon deux modalités différentes.
Tout d'abord, la convention peut être conclue à durée déterminée *(C. civ., art. 1873-3, al. 1er)*, cette durée ne pouvant excéder cinq ans. Dans cette hypothèse, le terme de la convention lie les indivisaires. Ils ne peuvent en principe pas provoquer le partage avant que le terme convenu ne soit atteint, sauf à justifier de justes motifs *(C. civ., art. 1873-3, al. 1er)*. La convention à durée déterminée peut également être renouvelée par une décision expresse prise à l'unanimité des indivisaires *(C. civ., art. 1873-3, al. 1er in fine)* ou par tacite reconduction décidée par les indivisaires *(C. civ., art. 1873-3, al. 3)*. Dans ce dernier cas, la convention peut être reconduite pour

une durée déterminée ou indéterminée *(C. civ., art. 1873-3, al. 3)*. Si la convention ne contient pas de stipulations relatives à sa reconduction, les dispositions relatives au régime légal de l'indivision s'appliquent au terme de la convention *(C. civ., art. 1873-3, al. 3 in fine)*.

La convention relative à l'exercice des droits indivis peut également être conclue à durée indéterminée *(C. civ., art. 1873, al. 2)*. Combinant en quelque sorte la faculté de résiliation unilatérale reconnue aux parties à un contrat à durée indéterminée *(C. civ., art. 1211)* et le droit au partage reconnu aux indivisaires, l'article 1873-3, alinéa 2, du Code civil dispose que « *le partage peut, en ce cas, être provoqué à tout moment pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps* ».

La convention est également réputée conclue à durée indéterminée dans un certain nombre d'hypothèses. Il en est ainsi :

– lorsque le coïndivisaire gérant est révoqué, et ce à compter de la révocation *(C. civ., art. 1873-5, al. 5)* ;
– lorsque « *pour quelque cause que ce soit, une part indivise est dévolue à une personne étrangère à l'indivision* » *(C. civ., art. 1873-12, al. 2)* ;
– lorsque l'un des indivisaires décède et que sa quote-part, à défaut de faculté d'acquisition ou d'attribution ou lorsqu'elles sont caduques, revient à ses héritiers ou légataires *(C. civ., art. 1873-14, al. 2 in fine)*. La convention est alors réputée conclue à durée indéterminée à compter de l'ouverture de la succession.

B La gestion de l'indivision

La gestion de l'indivision peut être abordée sous l'angle du ou des gérants qui en ont la charge (1), du rôle des indivisaires (2) et du

sort réservé aux créanciers (3).

1 La gestion assurée par un ou plusieurs gérants

La gestion de l'indivision peut être confiée à un ou plusieurs gérants, ceux-ci pouvant être choisis ou non parmi les indivisaires *(C. civ., art. 1873-5, al. 1er)*. Sauf stipulations contraires de la convention, le gérant a en principe droit à une rémunération *(C. civ., art. 1873-10, al. 1er)*, dont les conditions sont fixées soit par les indivisaires soit par le juge *(C. civ., art. 1873-10, al. 1er)*.

L'article 1873-6 du Code civil définit les missions du gérant. Elles comprennent la représentation des indivisaires (*C. civ., art. 1873-6, al. 1er)* ainsi que la gestion de l'indivision selon les conditions fixées à l'article 1873-6, alinéa 2, du Code civil. La définition des pouvoirs du gérant est stricte.

> (C. civ., art. 1873-6, al. 2)
> L'article 1873-6, alinéa 2, du Code civil dispose à cet effet que « *Toute clause extensive des pouvoirs du gérant est réputée non écrite.* »

Lorsque plusieurs gérants ont été désignés, le mode d'administration de l'indivision peut être organisé conventionnellement *(C. civ., art. 1873-9)*. À défaut, les gérants « *détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'article 1873-6* » *(C. civ., art. 1873-9)*. Chacun d'entre eux dispose également d'un droit d'opposition à « *toute opération avant qu'elle ne soit conclue* » *(C. civ., art 1873-9)*. Au-delà des pouvoirs, le gérant a également l'obligation de rendre compte de sa gestion aux indivisaires une fois par an *(C. civ., art. 1873-11, al. 1er)* ainsi que sur la demande des indivisaires *(C. civ., art. 1873-11, al. 1er)*.

Les indivisaires peuvent enfin à l'unanimité fixer dans la convention les conditions de révocation du ou des gérants. À défaut, les conditions de la révocation sont déterminées par la loi. Les indivisaires peuvent décider de révoquer le gérant, les modalités étant différentes selon que le gérant est un indivisaire *(C. civ., art. 1873-5, al. 2)* ou un tiers *(C. civ., art. 1873-5, al. 3)*. La révocation peut également être prononcée par le juge à la demande d'un indivisaire lorsque *« le gérant, par ses fautes de gestion, met en péril les intérêts de l'indivision » (C. civ.,1873-5, al. 4)*.

2 Le rôle des coïndivisaires

Au-delà des pouvoirs reconnus au gérant, les décisions relatives à l'indivision sont prises à l'unanimité *(C. civ., art. 1873-8, al. 1er)*. L'article 1873-8 du Code civil prévoit néanmoins deux atténuations. Le gérant indivisaire peut avoir recours au juge dans les conditions fixées aux articles 815-4, 815-5 et 815-6 du Code civil. Les indivisaires peuvent ensuite écarter le principe de l'unanimité, et ce dans les conditions et limites prévues à l'article 1873-8, alinéa 3, du Code civil.

Les droits et obligations des indivisaires empruntent pour une large part au régime de l'indivision légale. Ainsi, les indivisaires ont l'obligation de participer aux dépenses de conservation des biens indivis *(C. civ., art. 1873-11, al. 2)*. L'application des articles 815-9, 815-10 et 815-11 du Code civil est par ailleurs expressément prévue, à défaut de stipulation particulière *(C. civ., art. 1873-11, al. 2)*. Les droits de préemption et de substitution résultant des articles 815-14 à 815-16 et 815-18 du Code civil peuvent également être exercés par les indivisaires en cas d'aliénation de tout ou partie des droits de l'un d'entre eux dans un bien indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens *(C. civ., art. 1873-12)*.

3 Le droit de poursuite des créanciers

Le droit de poursuite des créanciers est réglé par renvoi aux dispositions de l'article 815-17 du Code civil *(C. civ., art. 1873-15, al. 1er)*. L'article 1873-15, alinéa 2, du Code civil atténue néanmoins les droits reconnus aux créanciers personnels des indivisaires. Ceux-ci « *ne peuvent provoquer le partage que dans les cas où leur débiteur pourrait lui-même le provoquer* ».

§3 La copropriété

La loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis – complétée par le décret d'application n° 67-223 du 17 mars 1967 – fixe les règles applicables en matière de copropriété.

Depuis son entrée en vigueur, la loi du 10 juillet 1965 a été modifiée à de multiples reprises. La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Loi ELAN) marque à ce titre une nouvelle étape dans le processus d'adaptation du régime de la copropriété. L'article 215, I, de la loi ELAN habilite en effet le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à l'adoption de la partie législative du Code relatif à la copropriété des immeubles bâtis « *afin de regrouper et organiser l'ensemble des règles régissant le droit de la copropriété* » en apportant « *les modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet* ». Plus largement, le Gouvernement est également habilité à prendre par voie d'ordonnance « *les mesures relevant du domaine de la loi visant, à*

compter du 1re juin 2020, à améliorer la gestion des immeubles et à prévenir les contentieux ».

L'objectif poursuivi est double. Il s'agit de :
« *1°. Redéfinir le champ d'application et adapter les dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis au regard des caractéristiques des immeubles, de leur destination et de la taille de la copropriété, d'une part, et modifier les règles d'ordre public applicables à ces copropriétés, d'autre part ;*
2°. Clarifier, moderniser, simplifier et adapter les règles d'organisation et de gouvernance de la copropriété, celles relatives à la prise de décision par le syndicat des copropriétaires ainsi que les droits et obligations des copropriétaires, du syndicat des copropriétaires, du conseil syndical et du syndic. »

L'habilitation du gouvernement a débouché sur l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, laquelle est aujourd'hui assortie :
- du décret n° 2020-834 du 2 juillet 2020 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis et relatif à diverses mesures concernant le fonctionnement de la copropriété ;
- de l'arrêté du 2 juillet 2020 fixant le modèle de formulaire de vote par correspondance aux assemblées générales de copropriétaires.

Il en résulte de nombreuses modifications du statut de la copropriété, lequel n'accède toutefois pas (encore) au rang des droits codifiés.

L'article 41 de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 fixe les dispositions transitoires. À ce titre, il prévoit que les dispositions de l'ordonnance entrent en principe en vigueur le 1er juin 2020 *(Ord. n° 2019-1101, 30 oct. 2019, art. 41, V)*. Par exception, les dispositions

du 2° de l'article 15 et de l'article 17 de l'ordonnance entrent en vigueur le 31 décembre 2020 *(Ord. n° 2019-1101, 30 oct. 2019, art. 41, II et III)*. Enfin, il est également précisé que « *les dispositions de l'article 15 de la présente ordonnance créant les VI à VIII de l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965 susvisée s'appliquent aux contrats de syndics conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, y compris pour leurs effets légaux » (Ord. n° 2019-1101, 30 oct. 2019, art. 41, IV)*.

Conformément à l'article 215 III de la loi ELAN, un projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis (JUSC1932146L) a été déposé au Sénat le 15 janvier 2020 (texte n° 246).

L'article 1er, alinéa 1er, de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 modifié par l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 définit le domaine d'application impératif du statut de la copropriété, tout en soulignant l'originalité. La loi du 10 juillet 1965 s'applique en effet « *à tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis à usage total ou partiel d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes* ».

(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1er)

Art. 1er, I (al. 1 à 4) dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018	**Art. 1er, I dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019**
I.- La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots.	*I.- La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis* ***à usage total ou partiel d'habitation*** *dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes.*
Le lot de copropriété comporte obligatoirement une partie privative et une quote-part de parties communes, lesquelles sont indissociables.	*Le lot de copropriété comporte obligatoirement une partie privative et une quote-part de parties communes, lesquelles sont indissociables.*
Ce lot peut être un lot transitoire. Il est alors formé d'une partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser ***sur une surface déterminée du sol****, et d'une quote-part de parties communes correspondante.*	*Ce lot peut être un lot transitoire. Il est alors formé d'une partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser et d'une quote-part de parties communes correspondante.*
La création et la consistance du lot transitoire sont stipulées dans le règlement de copropriété.	*La création et la consistance du lot transitoire sont stipulées dans le règlement de copropriété.*

Le statut de la copropriété des immeubles bâtis suppose tout d'abord un immeuble ou plusieurs biens immobiliers bâti(s). En sens inverse, ne relèvent en principe pas de cette règlementation les biens meubles ou encore les biens immeubles non bâtis.

Ensuite, les immeubles doivent être destinés à un usage particulier. Sont en effet seuls visés les immeubles à usage d'habitation que cet usage soit total ou partiel. En sens inverse, à défaut d'une telle

destination, le régime de la copropriété ne s'applique en principe pas. Ce faisant, l'ordonnance du 30 octobre 2019 opère un recentrage « *du régime de la copropriété sur la notion d'habitation* » (*in*, Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039295482).

Par ailleurs, la propriété doit être répartie en lots de copropriété. Chaque lot est nécessairement composé de deux éléments – une partie privative et une quote-part des parties communes – indissociables l'un de l'autre *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1er, al. 2)*. En sens inverse, l'absence de division de la propriété en lots ou l'absence d'un lot comprenant une partie privative et une quote-part des parties communes empêche l'application du statut de la copropriété des immeubles bâtis.

Jurisprudence

Il est à noter que la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 a consacré une définition de la notion dite de lot transitoire à l'article 1re, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1965. Le lot transitoire est constitué d'une partie privative ainsi que d'une quote-part des parties communes. Sa particularité réside dans la définition de la partie privative, laquelle est « *constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser sur une surface déterminée du sol* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1er, al. 4)*. Il est à noter que l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 a quelque peu modifié la définition de la partie privative du lot transitoire en supprimant les termes « *sur une surface déterminée du sol* ».

Enfin, les lots de copropriété doivent être attribués à des propriétaires différents. En sens inverse, si l'ensemble des lots appartient à une

seule personne alors le statut de la copropriété ne s'applique pas.

Le régime juridique de la copropriété peut également s'appliquer de manière supplétive. Le domaine de cette application supplétive a, assez largement, été redéfini par l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019. Désormais l'article 1er, II, prévoit deux hypothèses distinctes pouvant relever du régime de la copropriété.

(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1er)

L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1er, II	**Hypothèses n° 1**	*« À tout immeuble ou groupe d'immeubles bâtis à destination totale autre que d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes. »*
	Hypothèse n° 2	*« À tout ensemble immobilier qui, outre des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs, comporte des parcelles ou des volumes, bâtis ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs. »*

Cette possibilité est toutefois subordonnée à la satisfaction d'une double exigence :

– L'absence de convention dérogeant expressément au régime de la copropriété.
– L'absence de convention *« mettant en place une organisation dotée de la personnalité morale et suffisamment structurée pour assurer la gestion de leurs éléments et services communs »*.

Art. 1er, I (al. 5) dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018	Art. 1er, II dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019
À défaut de convention contraire créant une organisation différente, la présente loi est également applicable aux ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles, bâties ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs.	*II.- À défaut de convention y dérogeant expressément et mettant en place une organisation dotée de la personnalité morale et suffisamment structurée pour assurer la gestion de leurs éléments et services communs, la présente loi est également applicable :* *1°. À tout immeuble ou groupe d'immeubles bâtis à destination totale autre que d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes ;* *2°. À tout ensemble immobilier qui, outre des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs, comporte des parcelles ou des volumes, bâtis ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs.* *Pour les immeubles, groupes d'immeubles et ensembles immobiliers mentionnés aux deux alinéas ci-dessus et déjà régis par la présente loi, la convention mentionnée au premier alinéa du présent II est adoptée par l'assemblée générale à l'unanimité des voix de tous les copropriétaires composant le syndicat.*

L'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 introduit également des régimes particuliers applicables à certaines copropriétés. Regroupées dans un Chapitre IV *ter* intitulé *Dispositions particulières à certaines copropriétés*, ces dispositions concernent d'une part les petites copropriétés *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 41-8 à 41-12)* et d'autre part les syndicats dont le nombre de voix est réparti entre deux copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 41-13 à 41-23)*.

L'article 1-1 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa rédaction issue de la loi ELAN précise la date à laquelle le statut de la copropriété s'applique selon que l'immeuble bâti existe ou est à construire. Dans la première hypothèse, le statut de la copropriété s'applique *« à compter du premier transfert d'un lot » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1-1, al. 1er)*. Dans la seconde, *« le fonctionnement de la copropriété (…) prend effet lors de la livraison du premier lot » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 1-1, al. 2)*. L'article 1-1, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit également que l'immatriculation du syndicat est sans effet sur l'application de la loi du 10 juillet 1965.
La loi du 10 juillet 1965 fixe les modalités d'organisation de la copropriété (I). Cette organisation conduit à distinguer la collectivité (II), des copropriétaires pris individuellement (III).

I. Les règles régissant la copropriété

La vie au sein de la copropriété est organisée tant par les dispositions législatives – notamment impératives – et règlementaires que par les documents de la copropriété.

Dans ce cadre, le règlement de copropriété apparaît comme étant un document cardinal de l'organisation de la copropriété. Il détermine le cadre dans lequel les droits des copropriétaires s'exercent.

Le règlement de copropriété est un document obligatoire *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8 et art. 43)* en principe établi – conventionnellement ou judiciairement *(D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 3, al. 1er)* – lors de la création de la copropriété. À défaut, le règlement de copropriété est établi – puis modifié – par le syndicat des copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14)*.

Le règlement de copropriété contient un certain nombre d'informations relatives à la copropriété, lesquelles doivent être conformes aux dispositions impératives de la loi du 10 juillet 1965. En ce sens, l'article 43 de cette loi dispose que « *Toutes clauses contraires aux dispositions des articles 1er, 1-1, 4, 6 à 37, 41-1 à 42-1 et 46 et celles du décret prises pour leur application sont réputées non écrites. Lorsque le juge, en application de l'alinéa premier du présent article, répute non écrite une clause relative à la répartition des charges, il procède à leur nouvelle répartition. Cette nouvelle répartition prend effet au premier jour de l'exercice comptable suivant la date à laquelle la décision est devenue définitive* ».

Tout d'abord, le règlement détermine obligatoirement la destination des parties privatives et des parties communes, les conditions de leur jouissance ainsi que « *sous réserve des dispositions de la présente loi, les règles relatives à l'administration des parties communes* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8, I, al. 1er)*. Il énumère les parties communes spéciales et/ou les parties communes à jouissance privative lorsqu'elles existent *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8, al. 1)* – cette mention conditionnant leur existence *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-4)* – ainsi que, *« le cas échéant, les charges que le titulaire de ce droit de jouissance privative supporte » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-3, al. 3)*. Dans le même ordre d'idées, l'article 1er, I, al. 4, de la loi n° 65-557, du 10 juillet 1965 dispose que *« La création et la consistance du lot transitoire sont stipulées dans le règlement de copropriété »*.
Le règlement de copropriété doit également indiquer la destination de l'immeuble (usage d'habitation, par exemple), laquelle peut seule justifier des atteintes portées par le règlement de copropriété aux droits des copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8, I, al. 2)*.

Depuis l'ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014, l'article 8, II, alinéa 1er, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit des dispositions spécifiques lorsque le permis de construire de l'immeuble soumis au statut de la copropriété a été délivré conformément à un plan local d'urbanisme ou à d'autres documents d'urbanisme imposant la réalisation d'aires de stationnement. Le règlement de copropriété doit alors indiquer *« qu'une partie des places de stationnement adaptées prévues au titre de l'obligation d'accessibilité définie à l'article L. 161-1 du Code de la construction et de l'habitation est incluse dans les parties communes »*. Le règlement prévoit également *« dans les conditions définies par décret, les modalités selon lesquelles ces places de stationnement adaptées sont louées de manière prioritaire aux personnes handicapées habitant la copropriété » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8, II, al. 2)*.

Ces dispositions sont applicables aux biens soumis au statut de la copropriété pour lesquels la demande de permis de construire a été déposée le 1re janvier 2015. Le règlement de copropriété peut également contenir une clause attribuant un droit de priorité aux copropriétaires à l'occasion de la vente de lots exclusivement à usage de stationnement au sein de la copropriété *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8-1)*. Ce droit s'exerce selon les modalités prévues à l'article 8-1 de la loi du 10 juillet 1965.

Le règlement de copropriété doit mentionner *« l'état de répartition des charges prévu au troisième alinéa de l'article 10 de ladite loi » (D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 1er, al. 1er)*. À ce titre, il détermine la quote-part dans chaque catégorie de charges comprises dans chaque lot *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 10, al. 3)*, telles qu'elles résultent des alinéas 1 et 2 de l'article 10 de la loi du 10 juillet 1965 et de l'article 1er, alinéa 2, du décret n° 67-223 du 17 mars 1967. Sont

également indiqués « *les éléments pris en considération et la méthode de calcul permettant de fixer les quotes-parts de parties communes et la répartition des charges* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 10, al. 3)*.

Le règlement peut également indiquer que les dépenses d'entretien et de fonctionnement générées par certains services collectifs ou éléments d'équipement incombent à certains copropriétaires seulement. Dans cette hypothèse, *« il peut prévoir que ces copropriétaires prennent seuls part au vote sur les décisions qui concernent ces dépenses »*. Leur nombre de voix « *est proportionnel à leur participation auxdites dépenses* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 10, al. 4)*.

Le règlement contient également des dispositions relatives aux organes de la copropriété, dispositions qui doivent être conformes aux dispositions légales et règlementaires. Ainsi, il détermine les règles de fonctionnement et les pouvoirs des assemblées générales *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 22, I)*. Par ailleurs, le règlement « *doit expressément prévoir* » que le syndicat des copropriétaires revêt la forme d'un syndicat coopératif *(L. n° 65-557, 10 juill. 1968, art. 14, al. 2)*.

Le règlement de copropriété peut également comporter d'autres documents. Il peut notamment comporter un état descriptif de la division *(D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 2, 1°)*. Ce document identifie l'immeuble, opère une division en lots et attribue un numéro à chaque lot *(D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 71-1, al. 2, créé D. n° 2012-1462, 26 déc. 2012)*. Le règlement de copropriété peut également contenir une ou des conventions relatives à l'exercice de l'un des droits accessoires aux parties communes, définis à l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 *(D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 2, 2°)*.

Le règlement de copropriété est un document particulier. Il s'impose aux copropriétaires, après son acceptation par chacun d'eux. Il s'applique à tous les copropriétaires qui entrent dans la copropriété (acquéreur d'un lot, par exemple). Son opposabilité ainsi que celle de ses modifications sont alors conditionnées à sa publication au fichier immobilier *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 13)*. L'article 4 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 prévoit également des modalités d'opposabilité alternatives. « *Le règlement de copropriété, l'état descriptif de division et les actes qui les ont modifiés, même s'ils n'ont pas été publiés au fichier immobilier, s'imposent à l'acquéreur ou au titulaire du droit s'il est expressément constaté aux actes visés au présent article qu'il en a eu préalablement connaissance et qu'il a adhéré aux obligations qui en résultent* ».

L'article 3, alinéa 5, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1989 prévoit également l'information du locataire. Il dispose en ce sens : « *Lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété, le copropriétaire bailleur est tenu de communiquer au locataire les extraits du règlement de copropriété concernant la destination de l'immeuble, la jouissance et l'usage des parties privatives et communes, et précisant la quote-part afférente au lot loué dans chacune des catégories de charges* ». Le locataire informé est tenu de respecter le règlement de copropriété.

II. La collectivité

La gestion de la copropriété est assurée par plusieurs entités. Aux copropriétaires pris collectivement (A), s'ajoutent en effet le syndic de copropriété (B) et le conseil syndical (C).

A Les copropriétaires

Les copropriétaires participent à la gestion de la copropriété en qualité de syndicat de copropriétaires (1), les décisions étant prises en assemblée générale des copropriétaires (2).

1 Le syndicat des copropriétaires

Le syndicat des copropriétaires est formé par *« la collectivité des copropriétaires » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14)*. Depuis l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 l'objet du syndicat a été modifié, la modification ayant été réalisée dans le sens d'une extension. Le syndicat doit maintenant assurer « *la conservation et l'amélioration de l'immeuble ainsi que l'administration des parties communes » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14, al. 4)*. Corrélativement, le syndicat est désormais responsable « *des dommages causés aux copropriétaires ou aux tiers ayant leur origine dans les parties communes, sans préjudice de toutes actions récursoires » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14, al. 5. – V. égal. l'obligation d'assurance, art. 9-1 in fine)*. Au-delà, le syndicat établit et, en cas de besoin, modifie le règlement de copropriété *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14, al. 3)*.

Le syndicat des copropriétaires est doté de la personnalité juridique *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14, al. 1er)*. À ce titre, il a qualité pour agir en justice *(v. not. L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 15)*, que ce soit en demande comme en défense. Le syndicat peut ainsi agir pour défendre les intérêts de la copropriété.

Le syndicat est également doté d'un patrimoine qui lui est propre, alimenté par le paiement de provisions par chaque copropriétaire *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14-1, al. 2)* ainsi que les biens qu'il a acquis. L'article 16, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit par exemple la possibilité pour le syndicat d'*« acquérir lui-même, à titre*

onéreux ou gratuit, des parties privatives sans que celles-ci perdent pour autant leur caractère privatif ». Le passif du patrimoine comprend les dettes contractées par le syndicat dans le cadre de l'exercice de sa mission ainsi que des dettes indemnitaires dont il serait débiteur *(v. par ex., L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 14, al. 5)*. En tout état de cause, l'action engagée par un copropriétaire contre le syndicat est soumise aux dispositions de l'article 2224 du Code civil en tant qu'elles fixent le droit commun en matière de délai de prescription applicable aux actions personnelles ainsi que de point de départ de ce délai *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 42, al. 1er)*.

Depuis la loi n° 2014-306 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, le syndicat de copropriété est tenu de s'immatriculer au registre national *(CCH, art. L. 711-1 à L. 711-7)*, lorsqu'il administre « *des immeubles à destination partielle ou totale d'habitation* ». Avec les modifications opérées par l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, cette obligation devrait désormais concerner tous les syndicats de copropriété. Cette immatriculation doit permettre 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* » *(CCH, art. L. 711-1 dans sa rédaction modifiée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017)*. Pour les immeubles mis en copropriété, le notaire ayant réalisé la publication du règlement de copropriété et de l'état descriptif de la division, fait la déclaration d'immatriculation *(CCH, art. L. 711-4, I)*. Dans les autres hypothèses, la déclaration incombe au syndic de copropriété *(CCH, art. L. 711-4, II)*. Le défaut d'immatriculation est sanctionné dans les conditions prévues à l'article L. 711-6 du Code de la construction et de l'habitation. Ainsi, en sus de la demande d'exécution, le syndic s'expose au prononcé d'une astreinte. L'article L. 711-6, III, du Code de la construction et de

l'habitation prévoit également que « *Les syndicats de copropriétaires ne peuvent bénéficier de subventions de l'État, de ses établissements publics, des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics qu'à la condition d'être immatriculés au registre et que leurs données soient actualisées*. »

Au surplus, lorsque la copropriété rencontre des difficultés, la loi du 10 juillet 1965 prévoit des dispositions particulières aux articles 29-1-A à 29-15, les procédures prévues au livre VI du Code de commerce n'étant pas applicables aux syndicats de copropriété *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-15)*.

2 L'assemblée générale des copropriétaires

L'assemblée générale des copropriétaires est un organe obligatoire de la copropriété qui a pour fonction de voter les décisions du syndicat *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17, al. 1er)*.

L'assemblée générale comprend tous les copropriétaires et est réunie une fois par an, sur convocation du syndic en principe *(D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 7, al. 1er)*. L'article 17-I AA créé par l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 prévoit par ailleurs que les copropriétaires peuvent solliciter du syndic la convocation et la tenue, à ses frais, d'une assemblée générale. Il s'agit alors pour le demandeur de faire « *inscrire à l'ordre du jour une ou plusieurs questions ne concernant que ses droits ou obligations* ».

Les règles de convocation et de déroulement de l'assemblée générale sont précisées par le décret n° 67-223 du 17 mars 1967 *(art. 7 à 21-1)*. À ce titre, il est à noter que la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 a introduit la possibilité pour les copropriétaires de participer à l'assemblée générale « *par présence physique, par visioconférence ou*

par tout autre moyen de communication électronique permettant leur identification » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17-1, A). Les copropriétaires peuvent par ailleurs voter par correspondance *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17-1, A, al. 2)*. Ils doivent pour ce faire utiliser un formulaire établi par arrêté *(v. auj. A. 2 juillet 2020 fixant le modèle de formulaire de vote par correspondance aux assemblées générales de copropriétaires)*. Le vote par correspondance a lieu avant la réunion de l'assemblée générale *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17-1, A, al. 2.- v. égal. D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 9 et 9 bis)*. Le nombre de voix de chaque copropriétaire est déterminé en fonction de sa quote-part dans les parties communes *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 22, I, al. 2)*. Il est fait exception à cette règle de répartition lorsqu'un copropriétaire possède une quote-part des parties communes supérieure à la moitié. Dans ce cas, le nombre de voix dont il dispose est réduit à la somme des voix des autres copropriétaires.

En principe, les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité des voix exprimées des copropriétaires *« présents, représentés ou ayant voté par correspondance »*, sauf disposition contraire *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 24, I)*. L'article 24, II, de la loi du 10 juillet 1965 contient une liste de décisions prises en application de cette règle, la liste n'étant pas exhaustive. Elle a par ailleurs été modifiée à plusieurs reprises. Ainsi la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 a supprimé le h) de l'article 24, II mentionnant les « *opérations d'amélioration de l'efficacité énergétique à l'occasion de travaux affectant les parties communes* ». L'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 a quant à elle ajouté à la liste « *la suppression des vide-ordures pour des impératifs d'hygiène » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 24, II, e)* et « *l'autorisation permanente accordée à la police municipale de pénétrer dans les parties communes » (L. n° 65-557, 10*

juill. 1965, art. 24, II, h modif. L. n° 2021-1520, 25 nov. 2021). La loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités a également introduit « *L'autorisation donnée à un ou plusieurs copropriétaires d'effectuer à leurs frais les travaux permettant le stationnement sécurisé des vélos dans les parties communes, sous réserve que ces travaux n'affectent pas la structure de l'immeuble, sa destination ou ses éléments d'équipement essentiels et qu'ils ne mettent pas en cause la sécurité des occupants* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 24, II, j)*. Cette loi a par ailleurs précisé le i) de l'article 24, II de la loi du 10 juillet 1965, lequel dispose désormais : « *La décision d'équiper les emplacements de stationnement d'accès sécurisé à usage privatif avec des bornes de recharge pour véhicules électriques et hybrides rechargeables et de réaliser l'étude mentionnée au III de l'article 24-5* ». La liste de l'article 24 est enfin complétée par d'autres dispositions par exemple celles de l'article 24-1 de la loi du 10 juillet 1965.

L'article 25 de la loi du 10 juillet 1965 énumère de manière non exhaustive des décisions adoptées à la majorité absolue des copropriétaires. Depuis l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, relèvent de ces décisions par exemple « *les modalités d'ouverture des portes d'accès aux immeubles. (En cas de fermeture totale de l'immeuble, celle-ci doit être compatible avec l'exercice d'une activité autorisée par le règlement de copropriété)* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 25, g)*. En revanche, la décision relative à la suppression des vide-ordures a été transférée à l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965.

Lorsqu'une décision soumise à la règle du vote à la majorité absolue n'a pas pu être adoptée *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 25-1)*, une solution de secours est prévue à l'article 25-1, alinéa 1er, de la loi du 10 juillet 1965. Dès lors que les projets ont recueilli au moins le tiers

des voix de tous les copropriétaires composant le syndicat, l'assemblée générale se prononce à la majorité prévue à l'article 24, par un second vote organisé immédiatement.
Certaines décisions, plus graves, sont adoptées soit à la majorité des membres du syndicat représentant au moins les deux tiers des voix, soit à l'unanimité *(v. not., L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 26)*. À ce titre, la décision d'aliénation des parties communes, « *dont la conservation est nécessaire au respect de la destination de l'immeuble* » doit être prise à l'unanimité *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 26, dernier alinéa)*. Il en va de même de la modification « *des stipulations du règlement de copropriété relatives à la destination de l'immeuble* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 26, dernier alinéa)*. La solution est enfin identique s'agissant de la décision de modification de la répartition des charges *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 11)*.

Les copropriétaires opposants ou défaillants peuvent contester les décisions prises en assemblée générale. Les actions en contestation doivent être introduites dans un délai de deux mois à compter de la notification du procès-verbal d'assemblée, étant précisé que ce délai est prescrit à peine de déchéance *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 42, al. 2)*.

B Le syndic de copropriété

Le syndic de copropriété exécute les décisions prises en assemblée générale *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17, al. 1er)*.

Le syndic est un organe obligatoire de la copropriété. Il est en principe nommé et révoqué par l'assemblée générale des copropriétaires, à la majorité des voix de tous les copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 25, c)* ou, à défaut, par le président du tribunal judiciaire *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17, al. 3)*.

Lorsqu'un syndic provisoire a pu être désigné lors de la mise en copropriété et avant la première assemblée générale, son maintien suppose une décision de l'assemblée générale dans les conditions prévues à l'article 17 de la loi du 10 juillet 1965. Le syndic peut être professionnel comme non professionnel. Dans ce dernier cas, il doit être copropriétaire d'un ou plusieurs lots dans la copropriété qu'il est amené à gérer *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17-2, al. 1)*. Si ce dernier perd la qualité de copropriétaire, son mandat devient caduc « *à l'expiration d'un délai de trois mois suivant l'événement* ». Ce délai de trois mois doit permettre au syndic de convoquer une assemblée générale en vue de la désignation d'un nouveau syndic *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17-2, al. 2)*.

La fonction de syndic peut être rémunérée (rémunération forfaitaire) et complétée par des rémunérations supplémentaires perçues à l'occasion de prestations particulières *« qui ne relèvent pas de la gestion courante » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 18-1-A. V. égal. A. 31 juill. 2021 précisant le format et le contenu de la fiche d'information sur le prix et les prestations proposées par le syndic)*. Ces prestations particulières sont énumérées dans une liste aujourd'hui inscrite en annexe 2 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967.

Le syndic est en principe nommé pour 3 ans maximum, renouvelable *(D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 28)*.
Les missions du syndic sont notamment énumérées à l'article 18, I à III, de la loi du 10 juillet 1965. Le syndic doit par exemple « *assurer l'exécution des dispositions du règlement de copropriété et des délibérations de l'assemblée générale* » ou encore « *représenter le syndicat dans tous les actes civils et en justice dans les cas mentionnés aux articles 15 et 16 de la présente loi, ainsi que pour la publication de l'état descriptif de division et du règlement de copropriété ou des*

modifications apportées à ces actes, sans que soit nécessaire l'intervention de chaque copropriétaire à l'acte ou à la réquisition de publication ». *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 18, I)*. La liste de l'article 18, I à III de la loi du 10 juillet 1965 n'est pas limitative. D'autres dispositions de la loi du 10 juillet 1965 l'étoffent *(v. par ex., L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8-2)*.

Le syndic professionnel doit également proposer un accès en ligne sécurisé aux documents dématérialisés relatifs à la gestion de l'immeuble ou des lots gérés, sauf décision contraire prise à la majorité absolue prévue à l'article 25 de la loi. Un décret n° 2019-502 du 23 mai 2019 – modifié dans certaines de ses dispositions par le décret n° 2020-1229, du 7 octobre 2020 – établit les listes minimales différenciées des documents dématérialisés concernant la copropriété, accessibles sur un espace sécurisé en ligne. À ce titre, le syndic doit communiquer à la demande du conseil syndical tout document intéressant la gestion du syndicat, et plus généralement l'administration de la copropriété *(liste des documents concernés, v. D. n° 2019-502, 23 mai 2019, art. 3)*. À défaut de communication des documents demandés dans un délai d'un mois courant à compter de la demande formulée par le conseil syndical, l'article 21, alinéa 7, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit l'application de pénalités par jour de retard. Cette pénalité s'impute sur la rémunération forfaitaire annuelle du syndic. Le montant de ces pénalités est fixé par le décret n° 2020-1229 du 7 octobre 2020, portant diverses mesures relatives aux pénalités de retard applicables au syndic de copropriété à défaut de transmission de documents, à la liste minimale des documents dématérialisés concernant la copropriété accessibles sur un espace sécurisé en ligne, et au budget alloué au conseil syndical ayant reçu une délégation de pouvoirs. Ce montant s'élève aujourd'hui à 15 euros par jour de retard *(D. n° 2020-1229, 7 oct. 2020, art. 2)*.

Le syndic doit également établir une fiche synthétique de la copropriété *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8-2)*, qu'il met ensuite à jour chaque année. Cette fiche contient *« les données financières et techniques essentielles relatives à la copropriété et à son bâti »*. Elle est mise à disposition des copropriétaires. À défaut de mise à disposition dans un délai d'un mois à compter de la demande formulée par un copropriétaire, l'article 8-1, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit l'application de pénalités lesquelles *« sont également imputées sur la rémunération forfaitaire annuelle du syndic »*. Le montant de ces pénalités s'élève aujourd'hui à 15 euros par jour de retard *(D. n° 2020-1229, 7 oct. 2020, art. 1er)*.

C Le conseil syndical

Cet organe n'est en principe pas obligatoire, l'assemblée générale – *« par une délibération spéciale à la majorité prévue par l'article 26 »* – pouvant décider de ne pas en constituer *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 21, al. 13)*. Par exception, le conseil syndical doit être constitué lorsque l'administration de la copropriété est confiée à un syndicat coopératif *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 17-1, al. 1er)* ou lorsqu'il s'agit d'une copropriété avec services *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 41-6)*. Les membres du conseil syndical sont désignés parmi *« les copropriétaires, leurs ascendants ou descendants, les associés dans le cas prévu par le premier alinéa de l'article 23 de la présente loi, les accédants ou les acquéreurs à terme, leurs conjoints, les partenaires liés à eux par un pacte civil de solidarité, leurs représentants légaux, ou leurs usufruitiers »*. Une personne morale peut être membre du conseil syndical. Sa représentation peut alors être assurée *« soit par son représentant légal ou statutaire, soit par un fondé de pouvoir spécialement habilité à cet effet » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 21,*

al. 9). Est également prévu un empêchement à l'égard *« (le) du syndic, ses préposés, leurs conjoints, leurs partenaires liés à eux par un pacte civil de solidarité, leurs concubins, leurs ascendants ou descendants, leurs parents en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré, même s'ils sont copropriétaires, associés ou acquéreurs à terme »*. Cet empêchement ne s'applique pas aux *« syndicats gérés par des syndics non professionnels » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 21, al. 10)*. Le mandat des membres du conseil syndical est de trois ans, renouvelable *(D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 22, al. 3)*. La désignation comme la révocation de ses membres relève d'une décision de l'assemblée générale des copropriétaires, adoptée à la majorité des voix de tous les copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 25, al. 1 c)*. Les fonctions de membre du conseil syndical ne sont pas rémunérées.

Les missions principales du conseil syndical sont énumérées à l'article 21 de la loi du 10 juillet 1965. Le conseil syndical assiste le syndic et contrôle sa gestion. Il a également un rôle consultatif.

Il est à noter que l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 a introduit une action *ut singuli* exercée par le président du conseil syndical contre le syndic dont la carence ou l'inaction est établie. À défaut de conseil syndical, « *cette action peut être exercée par un ou plusieurs copropriétaires représentant au moins un quart des voix de tous les copropriétaires » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 15, al. 3 in fine)*.

Cette action doit permettre d'obtenir réparation du préjudice subi par le syndicat des copropriétaires. Son exercice est encadré. Il suppose en effet l'obtention par le président du conseil syndical d'une

délégation expresse de l'assemblée générale des copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 15, al. 3)*.
Les dommages et intérêts obtenus dans le cadre de cette action sont alloués au syndicat des copropriétaires.

III. La situation des copropriétaires

A Les droits des copropriétaires

Chaque copropriétaire dispose d'un ou plusieurs lots de copropriété. Le copropriétaire peut exercer sur son ou ses lot(s) les prérogatives dont dispose un propriétaire. Il peut donc en user, le faire fructifier ou en disposer, sous réserve notamment des dispositions de la loi du 10 juillet 1965 ainsi que des stipulations du règlement intérieur.

Ces lots sont composés d'une partie privative ainsi que d'une quote-part des parties communes.

Les parties privatives correspondent aux « *parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 2, al. 1er)*. Elles sont en principe la propriété exclusive du copropriétaire *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 2, al. 2)*. En ce sens, le copropriétaire peut exercer sur ces parties les prérogatives reconnues à tout propriétaire sous réserve toutefois du respect du cadre défini par le règlement de copropriété et du droit reconnu aux autres copropriétaires *(v. L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 8, I, al. 2, art. 9)*. L'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 a enrichi l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965 afin d'organiser l'articulation du droit de propriété du copropriétaire avec la réalisation de travaux d'intérêt collectif – pour laquelle le syndicat « *exerce les pouvoirs de maître d'ouvrage jusqu'à réception des travaux* » *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 9, II, al. 1)*. Le dispositif mis en

place prévoit tout d'abord qu'en principe *« le copropriétaire ne peut faire obstacle à l'exécution, même sur ses parties privatives, de travaux d'intérêt collectif » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 9, II, al. 1)*. La prévalence de la réalisation des travaux semble toutefois subordonnée à la réunion de deux conditions : tout d'abord les travaux d'intérêt collectif doivent avoir été régulièrement décidés par l'assemblée générale des copropriétaires ; ensuite, *« l'affectation, la consistance ou la jouissance des parties privatives »* ne doivent pas être altérées de manière durable. En contrepartie, l'article 9, II, alinéa 1, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que *« la réalisation de tels travaux sur une partie privative, lorsqu'il existe une autre solution n'affectant pas cette partie, ne peut être imposée au copropriétaire concerné que si les circonstances le justifient »*. L'article 9, III, de la loi du 10 juillet 1965 organise quant à lui le droit à indemnisation des copropriétaires subissant un préjudice *« par suite de l'exécution des travaux »*.

Les copropriétaires ont ensuite une propriété indivise sur les parties communes telles qu'elles sont définies à l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965. Cette propriété indivise peut exister entre tous les copropriétaires ou seulement certains d'entre eux *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 4)*. Dans ce dernier cas, il s'agit de parties communes spéciales au sens de l'article 6-2 de la loi du 10 juillet 1965. Ces parties communes se caractérisent par leur affectation à l'usage ou l'utilité de plusieurs copropriétaires. Elles sont *« la propriété indivise de ces derniers » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-2, al. 1)*. Elles sont soumises à un régime juridique particulier. Leur création est en effet indissociable de l'établissement de charges spéciales à chacune d'entre elles *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-2, al. 2)*. Les décisions qui les concernent sont adoptées par un vote des copropriétaires bénéficiaires de ces parties communes. Corrélativement, la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 a

introduit la possibilité de créer des parties communes à jouissance privative. Tout en appartenant à l'ensemble des copropriétaires, elles sont affectées à l'usage ou l'utilité d'un lot de copropriété *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-3, al. 1er in fine)*. Elles sont la propriété indivise de tous les copropriétaires *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-3, al. 1er)*. Les parties communes à jouissance privative sont l'accessoire du lot de copropriété auquel elles sont attachées. Ce faisant, elles n'en constituent pas la partie privative *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-3, al. 2)*. Les charges supportées par le titulaire du droit de jouissance privative sont indiquées dans le règlement de copropriété *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 6-3, al. 3)*.

B Les charges des copropriétaires

Les copropriétaires doivent participer financièrement à la conservation de l'immeuble. À ce titre, ils doivent assumer deux catégories de charges. La première catégorie regroupe les charges *« entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun »*. Elles sont calculées *« en fonction de l'utilité objective que ces services et éléments présentent à l'égard de chaque lot dès lors que ces charges ne sont pas individualisées » (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 10, al. 1. v. Cass. 3e civ., 9 mai 2019, n° 18-17.334, au sujet de la répartition des charges d'ascenseur entre copropriétaires)*. La seconde catégorie regroupe les charges *« relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes, générales ou spéciales »* et la cotisation au fonds de travaux *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 10, al. 2)*. Elles sont calculées *« proportionnellement aux valeurs relatives des parties privatives comprises dans leurs lots, telles que ces valeurs résultent des dispositions de l'article 5 »*.

La quote-part de chacune de ces catégories de charges est fixée par le règlement de copropriété.

Chaque copropriétaire peut agir en justice pour obtenir la révision de la répartition des charges *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 12)*. L'action doit être exercée dans les cinq ans de la publication du règlement de copropriété au fichier immobilier. Par ailleurs, l'action en révision suppose une différence entre la part dans les charges résultant de la répartition réalisée et celle qui résulterait d'une répartition conforme aux dispositions de la loi du 10 juillet 1965. Le texte précise l'importance de la différence exigée. L'action concerne soit l'hypothèse dans laquelle la part correspondant au lot est supérieure de plus d'un quart, soit celle dans laquelle la part correspondant à celle d'un autre copropriétaire est inférieure de plus d'un quart dans l'une ou l'autre des catégories de charges.

Un certain nombre de frais sont ensuite mis à la charge du seul copropriétaire concerné. La liste de ces frais est inscrite à l'article 10-1 de la loi du 10 juillet 1965.

Chaque copropriétaire doit enfin s'assurer contre les risques de responsabilité civile en sa qualité de copropriétaire, qu'il soit ou non occupant *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 9-1)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– G. CHANTEPIE, « La transition énergétique dans les copropriétés », AJDI 2020, p. 84 et s.
– G. CHANTEPIE, « Les droits de jouissance privative sur des parties communes en copropriété immobilière », AJDI 2021, p. 347 et s.

– F. COLONNA D'ISTRIA, « Les indivisions sur les lots de copropriété », AJDI 2022, p. 266 et s.
– P. CORNILLE, J. LAFOND, « La "consistance" du lot transitoire de copropriété après la loi Elan », JCP N 2019, n° 1141
– COUTANT-LAPALUS, « L'organisation de la copropriété après la loi Elan », Loyers et copropriété 2019, dossier 6
– A. LEBATTEUX :

« Réforme de la copropriété : décryptage du décret et de l'arrêté du 2 juillet 2020 », Loyers et copropriété 2020, étude 10

« L'amélioration des "modalités de gestion de la copropriété" par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, dite ELAN », Loyers et copropriété 2019, dossier 7

« Panorama d'ensemble de l'impact de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 dite loi ELAN sur le droit de la copropriété », Loyers et copropriété 2019, dossier 5

– P.-E. LAGRAULET, « Variation sur les parties communes spéciales : beaucoup de bruit pour rien ? », AJDI 2021, p. 481 et s.
– H. PÉRINET-MARQUET, « Propos préliminaires sur la loi ELAN », Construction – Urbanisme 2019, Repère 1
– Y. ROUQUET, « Petites copropriétés : ce que propose le GRECCO », Dalloz Actualité 27 juin 2019
– Y. ROUQUET, « Parution de l'ordonnance « vente de logements HLM et mise en copropriété », AJDI 2019, p. 420 et s.
– Réforme du droit de la copropriété par l'ordonnance du 30 octobre 2019, AJDI 2019, pp. 843 et s.
– « Réforme de la copropriété : ce que prévoit l'ordonnance », AJDI 2019, p. 792 et s.
– « Réforme de la copropriété : mesures règlementaires », AJDI 2020, p. 557 et s.

– Dossier relatif à l'ordonnance du 30 octobre 2019, Loyers et copropriété 2020, n° 7 à 11
– Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, https://www.legifrance.gouv.fr

Covid19 et Copropriété

– P.-E. LAGRAULET,

« Ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 : règles applicables aux contrats de syndic de copropriété (suite) », JCP G, 2020, 547

« Ordonnance coronavirus du 22 avril 2020 : volet immobilier », Dalloz Actualité 27 avril 2020

« Covid-19 : Dossier de soin du patient copropriété », Dalloz actualité 26 novembre 2020

« Covid-19 et copropriété : dernière édition ? » AJDI 2021, p. 166 et s.

« Covid-19 et copropriété » : *bis repetita*, mais pas vraiment… », AJDI 2022, p. 107 et s.

– A. LEBATTEUX

« Guide pratique pour les copropriétés à l'épreuve du Covid-19 : Zoom sur les ordonnances du 25 mars 2020 », Loyers et copropriété 2020, étude 2

« Guide pratique pour les copropriétés à l'épreuve du Covid-19 (2e partie) : Zoom sur l'ordonnance du 20 mai 2020 », Loyers et copropriété 2020, étude 8

SOUS-TITRE 2

LES DÉMEMBREMENTS DE LA PROPRIÉTÉ

Fiche n° 9 L'usufruit et la nue-propriété

Fiche n° 10 Les droits d'usage et d'habitation

Fiche n° 11 Les servitudes

Fiche n° 9 L'usufruit et la nue-propriété

⏭ L'ESSENTIEL

Le droit de propriété peut être démembré. Le terme de démembrement vise ici en même temps l'action et son résultat. Il désigne en effet l'*« action de détacher certains droits de la propriété pour les transférer à d'autres qu'au propriétaire »* ainsi que *« le droit réel ainsi détaché, comportant au profit d'un autre que le propriétaire certain des attributs du droit de propriété » (in, G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 3e éd., 2002, v° Démembrement I)*.

L'usufruit et la nue-propriété correspondent à un démembrement du droit de propriété nommé, lequel est régi par les dispositions du Chapitre I *De l'usufruit*, du titre III *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation (C. civ., art. 578 à 624)*.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La constitution du droit d'usufruit

La constitution d'un droit d'usufruit conduit à envisager les modalités de constitution de l'usufruit (I), les biens sur lesquels l'usufruit peut porter (II) et les caractères du droit d'usufruit (III).

I. Les modalités de constitution

Les modalités de constitution de l'usufruit sont indiquées à l'article 579 du Code civil. La constitution d'un droit d'usufruit peut être prévue et organisée par la loi *(v. par exemple, C. civ., art. 757 et art. 274)* ou résulter de la volonté du propriétaire. Ce dernier peut en effet, par un acte à titre gratuit ou onéreux, démembrer son droit de propriété en transférant l'usufruit et/ou la nue-propriété d'un bien à un ou plusieurs tiers. Il convient également de noter que le droit d'usufruit peut être acquis par prescription acquisitive. Les conditions dans lesquelles ce droit est acquis dépendent alors de la nature mobilière ou immobilière du bien (V. Fiche n° 7).

II. L'objet de l'usufruit

L'article 581 du Code civil prévoit que le droit d'usufruit peut être établi sur les biens meubles comme immeubles. Ces biens peuvent d'ailleurs être des biens corporels comme incorporels (par exemple, des droits sociaux).

Jurisprudence

V. sur le point particulier de l'usufruit de droits sociaux, *Cass. com., avis, 1er déc. 2021, n° 20-15.164.*

Dans cet avis, la Chambre commerciale de la Cour de cassation retient de la combinaison des articles 578 du Code civil et 39, alinéas 1 et 3 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 que l'usufruitier de parts sociales ne peut se voir reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire, mais qu'il doit pouvoir provoquer une délibération des associés sur une question susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance. (point 3)

L'usufruit peut également être établi sur une universalité (par exemple, un fonds de commerce). Dans ce dernier cas, la jurisprudence a précisé que l'usufruitier pouvait disposer des biens qui la composent, sous réserve pour ce dernier de satisfaire à son obligation de conserver la substance de l'universalité afin de la restituer au terme de l'usufruit *(v. en matière d'usufruit portant sur un portefeuille de valeurs mobilières, Cass. 1re civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, in, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 1 – Introduction – Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions, Dalloz, 13e éd., 2015, n° 79)*.

Le droit d'usufruit peut également porter sur des biens non consomptibles comme des biens consomptibles. Dans cette dernière hypothèse, l'obligation de restitution en nature qui pèse en principe sur l'usufruitier est adaptée à la nature consomptible des biens (V. Fiche n° 3).

III. Les caractères de l'usufruit

Ce démembrement du droit de propriété se singularise à plusieurs égards.

Usufruit et nue-propriété constituent de véritables droits réels, distincts l'un de l'autre (V. Fiche n° 4). À ce titre, ils se distinguent des droits (personnels) que le contrat de bail fait naître au profit du bailleur et du locataire.

L'usufruit et la nue-propriété ont ensuite pour particularité d'être indépendants l'un de l'autre. Aussi il n'existe en principe pas de rapport entre eux formant la base d'une gestion concertée du bien grevé d'usufruit.

L'usufruit est enfin un démembrement nécessairement temporaire du droit de propriété. Ce caractère temporaire se manifeste différemment selon que l'usufruitier est une personne physique ou une personne morale.

Lorsque l'usufruitier est une personne physique, le terme de l'usufruit est en principe fixé à la date de son décès. Il est également possible de prévoir un terme extinctif alternatif (une date déterminée, par exemple).

La durée de l'usufruit constitué au bénéfice d'une personne morale ne peut excéder trente ans *(C. civ., art. 619)*. Ce terme est d'ordre public.

Au-delà, il convient de préciser que le caractère temporaire est un caractère essentiel du droit d'usufruit. En jurisprudence, la qualification juridique d'usufruit est en effet écartée lorsque le droit litigieux est un droit réel perpétuel *(v. not. Cass. 3e civ., 18 janv. 1984, Bull. civ. III, no 16)*.

§2 Le régime juridique de l'usufruit et de la nue-propriété

Le régime juridique de l'usufruit peut être appréhendé sous l'angle des droits (I) et obligations (II) nés du démembrement.

I. Les droits nés du démembrement

La répartition des droits entre usufruitier et nu-propriétaire peut être envisagée sous deux angles : d'une part sous l'angle des prérogatives exercées sur le bien grevé d'usufruit (A), et d'autre part sous celui des

prérogatives exercées sur les droits réels d'usufruit ou de nue-propriété (B).

A Les prérogatives exercées sur le bien

Le démembrement du droit de propriété opère en principe une séparation entre les prérogatives attribuées à l'usufruitier et celle conservée par le nu-propriétaire.

1 L'usus et le fructus

Le droit d'user du bien ainsi que de ses accessoires est en principe attribué à l'usufruitier. L'usufruitier a le droit d'utiliser le bien comme le ferait le propriétaire, en respectant toutefois sa destination initiale. Le droit d'usage s'adapte à la nature du bien *(V. pour les biens consomptibles : C. civ., art. 587 ; pour les biens de consommation : C. civ., art. 589)*. L'étendue du droit d'usufruit s'adapte également aux augmentations du bien grevé d'usufruit *(V. en matière d'alluvions : C. civ., art. 596)*.

Le droit de percevoir les fruits du bien est également attribué à l'usufruitier, quelle que soit la nature des fruits *(fruits naturels, civils ou industriels, C. civ., art. 582 à 584)*. Les articles 585 et 586 du Code civil en organisent l'attribution en distinguant selon la nature des fruits en cause. Les fruits naturels et industriels appartiennent en principe à l'usufruitier au moment de l'ouverture de l'usufruit *(C. civ., art. 585)*. Les fruits civils sont *« réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit » (C. civ., art. 586)*.

L'usufruitier peut également conclure ou renouveler un contrat de bail relatif au bien grevé d'usufruit *(C. civ., art. 595, al. 1er – V. concernant*

du paiement de l'indemnité d'éviction, Cass. 3e civ., 19 déc. 2019, n° 18-26162, lequel retient que seul l'usufruitier en est débiteur à l'exclusion du nu-propriétaire). Récemment, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a également eu l'occasion de préciser les conséquences procédurales attachées à l'intervention de l'usufruitier à une instance relative à un congé pour reprise délivré par le nu-propriétaire.
À cette occasion, elle a notamment retenu au visa de l'article 595 du Code civil et des articles 122, 329 et 330 du Code de procédure civile qu'il *« résulte des deux premiers textes, que seul l'usufruitier, en vertu de son droit de jouissance sur le bien dont la propriété est démembrée, peut, en sa qualité de bailleur, agir en validité du congé pour reprise, et que le défaut de qualité à agir constitue une fin de non-recevoir. » (point 5.- Cass. 3e civ., 26 janv. 2022, n° 20-20.223)*.

La possibilité reconnue à l'usufruitier de conclure ou de renouveler un contrat de bail est strictement encadrée en raison tant des droits reconnus au locataire que de ceux reconnus au nu-propriétaire au terme de l'usufruit. En principe, l'usufruitier peut conclure ou renouveler seul des contrats de bail dont la durée est de neuf ans. Au terme de l'usufruit, ces contrats ne sont opposables au nu-propriétaire que pour la période de neuf ans qui est en cours *(C. civ., art. 595, al. 1er)*. L'article 595, alinéa 4, du Code civil prévoit des dispositions particulières en matière de baux ruraux et de baux d'immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. La conclusion de tels contrats nécessite l'accord – tacite ou exprès – du nu-propriétaire ou à défaut, l'obtention d'une autorisation judiciaire. Le contrat de bail conclu en violation de ces dispositions est en principe nul *(Cass. 3e civ., 11 févr. 1975, Bull. civ. III, n° 53)*.

2 L'abusus

L'usufruitier ne peut en principe pas réaliser d'actes de disposition sur la chose grevée d'usufruit, réserve faite des droits qui lui sont reconnus en raison de la nature du bien grevé d'usufruit (par exemple, lorsque l'usufruit porte sur une universalité telle qu'un portefeuille de valeurs mobilières. V. *supra*).

Le nu-propriétaire conserve le droit aux produits du bien grevé d'usufruit encore que, selon l'exploitation qui est faite du bien, un produit puisse devenir un fruit ou inversement.

(C. civ., art. 598)
À titre d'exemple, l'article 598 du Code civil dispose que « *Il (l'usufruitier) jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néan moins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Président de la République. Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée (…).* »

Les droits sur les trésors qui seraient découverts sur le fonds grevé d'usufruit sont également attribués au nu-propriétaire.

Le nu-propriétaire peut enfin réaliser les actes juridiques et/ou matériels et exercer les actions nécessaires à la protection de son droit.

B Les prérogatives exercées sur les droits d'usufruit et de nue-propriété

L'usufruitier et le nu-propriétaire peuvent disposer de leur droit réel encore que ce droit soit enserré dans une double limite : ils ne

peuvent transmettre plus de droits qu'ils n'en ont tout d'abord ; ils ne peuvent nuire à l'exercice de leur droit respectif.

L'usufruitier peut disposer de son droit d'usufruit en le vendant ou le cédant à titre gratuit *(C. civ., art. 595, al. 1er)*. La vente et la cession ne peuvent toutefois pas le modifier et plus spécifiquement, en modifier l'échéance. Si le droit d'usufruit cédé est viager, il s'éteint par le décès du premier usufruitier. L'usufruitier peut également constituer une sûreté sur son droit en l'hypothéquant *(C. civ., art. 2397, 2°)*.

Le nu-propriétaire peut disposer de la nue-propriété en aliénant le bien grevé d'usufruit. Cette aliénation ne peut affecter le droit de l'usufruitier dès lors que celui-ci n'y a pas consenti ou n'a pas renoncé à son droit *(C. civ., art. 621, al. 2)*. À défaut de consentement ou de renonciation de l'usufruitier, la jurisprudence retient que la vente en pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit est en principe inopposable à l'usufruitier et non nulle *(Cass. 3e civ., 28 mars 1990, Bull. civ. III, no 92)*.

La vente du bien en pleine propriété avec le consentement de l'usufruitier (vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété) ou à la suite de la renonciation à son droit (vente en pleine propriété) est en principe valable, toutes conditions étant par ailleurs réunies. L'article 621, alinéa 1, du Code civil, fixe les règles de répartition du prix de vente entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Cette répartition est réalisée *« selon la valeur respective de chacun de ces droits, sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix »*.

B Les obligations nées du démembrement

Ce démembrement fait naître deux catégories d'obligations : des obligations non financières (1) et des obligations financières (2).

1 Les obligations non financières

Au moment de l'entrée en jouissance, l'usufruitier doit *« prendre les choses dans l'état où elles sont » (C. civ., art. 600)*. Ce dernier doit, préalablement à son entrée en jouissance, réaliser une formalité consistant à faire dresser « *(…), en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit » (C. civ., art. 600)*. Cette formalité doit permettre de fixer l'objet du droit d'usufruit (dans son contenu et son état) et conséquemment, de déterminer par avance l'objet de la restitution à l'extinction de l'usufruit.

Une fois l'usufruit constitué, l'usufruitier doit jouir du bien raisonnablement (*C. civ., art. 601)* et en conserver la substance *(C. civ., art. 578)*. L'usufruitier ne peut donc pas dégrader voire détruire le bien. En revanche, pas plus que le nu-propriétaire, l'usufruitier n'est tenu de rebâtir *« ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit » (C. civ., art. 607)*. Il doit par ailleurs réaliser les actes et exercer les actions permettant de préserver l'intégrité du bien grevé d'usufruit *(C. civ., art. 614)*. L'usufruitier doit enfin exercer ses prérogatives en respectant l'usage qui en est fait par le nu-propriétaire.

(C. civ., art. 591)
À titre d'exemple, l'article 591 du Code civil dispose en ce sens que « *L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine.* »

Au terme de l'usufruit, l'usufruitier a l'obligation de restituer le bien grevé d'usufruit. Des aménagements sont néanmoins prévus en fonction de la nature du bien. En présence d'un usufruit portant sur des biens de consommation, l'usufruitier doit les restituer dans l'état dans lequel ils se trouvent, non détériorés par son dol ou sa faute *(C. civ., art. 589)*. Lorsque le bien grevé d'usufruit est un bien consomptible, l'usufruitier doit restituer *« soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution » (C. civ., art. 587)*.
Pendant le temps de l'usufruit, le nu-propriétaire est principalement tenu d'une obligation négative. Il ne peut *« par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier » (C. civ., art. 599, al. 1er)*. En d'autres termes, le nu-propriétaire doit respecter le droit d'usufruit en tant que droit réel.

2 Les obligations financières

L'article 601 du Code civil met tout d'abord à la charge de l'usufruitier l'obligation de fournir une caution ou, selon la jurisprudence, une garantie équivalente (V. Fiche n° 48). Le cautionnement doit garantir l'exécution des dettes dont l'usufruitier peut être tenu à l'égard du nu-propriétaire. Les articles 602 à 604 du Code civil déterminent les conséquences du retard ou de l'impossibilité de fournir une caution.

L'article 601 du Code civil prévoit également des dispenses de garantie au bénéfice de personnes déterminées. Sont successivement visés :
– les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants ;
– le vendeur sous réserve d'usufruit ;
– le donateur sous réserve d'usufruit.

L'article 601 du Code civil prévoit également la possibilité d'une dispense conventionnelle (prévue dans l'acte constitutif).

L'usufruitier est ensuite tenu *« de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui dans l'usage sont censées charge des fruits » (C. civ., art. 608)*. Cette obligation n'étant pas d'ordre public, elle peut être aménagée par convention. Les charges imposées à la propriété sont, quant à elles, assumées par le nu-propriétaire, l'usufruitier devant *« lui tenir compte des intérêts » (C. civ., art. 609)*. Ainsi, lorsque l'usufruitier les assume, il peut obtenir le remboursement du capital à la fin de l'usufruit *(C. civ., art. 609)*.

L'usufruitier est enfin tenu de réaliser les réparations d'entretien du bien grevé d'usufruit *(C. civ., art. 605, al. 1er)*, à l'exclusion des grosses réparations lesquelles sont à la charge du nu-propriétaire *(C. civ., art. 605, al. 2)*. La notion de réparation d'entretien n'est pas définie en tant que telle. Elle se déduit de la définition des grosses réparations retenue à l'article 606 du Code civil.

(C. civ., art. 606)
« Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier » (al. 1er et 2). Les autres réparations « *sont d'entretien* » *(al. 3)*.

La répartition des frais relatifs au bien résultant de l'article 605 du Code civil, n'est pas d'ordre public. Il est donc possible de l'aménager conventionnellement en prévoyant par exemple que l'intégralité des réparations est assumée par l'usufruitier ou le nu-propriétaire. Par ailleurs, il est fait exception à cette répartition lorsque les grosses réparations ont *« été occasionnées par le défaut d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit » (C. civ., art. 605, al. 2)*. Dans cette hypothèse, les grosses réparations incombent à l'usufruitier.

La réalisation des réparations d'entretien constitue pour l'usufruitier une obligation. En conséquence, le nu-propriétaire peut le contraindre à les réaliser. Dans l'hypothèse où il décide de réaliser les réparations d'entretien lui-même, le nu-propriétaire peut également obtenir le remboursement des frais engagés immédiatement. Quant à lui, l'usufruitier ne peut pas contraindre le nu-propriétaire à réaliser les grosses réparations, sauf stipulations contraires dans la convention d'usufruit. Partant, si l'usufruitier décide de réaliser des grosses réparations, il ne peut obtenir remboursement des frais engagés. Tout au plus peut-il, au moment du règlement des comptes, demander le remboursement d'une somme correspondant à la plus-value résultant des réparations réalisées *(Cass. civ., 17 juill. 1911, DP 1911, 1, 457)*.

III. Extinction

Les causes d'extinction de l'usufruit sont énumérées aux articles 617 et 618 du Code civil.

L'usufruit s'éteint tout d'abord par l'arrivée à son terme, ce terme pouvant être le décès de l'usufruitier, le terme convenu lors de la constitution de l'usufruit ou le terme légal prévu pour les personnes morales (V. *supra*).

Le droit d'usufruit s'éteint également pour d'autres causes, lesquelles ne relèvent pas de son caractère temporaire.
Ce droit s'éteint par consolidation ou, autrement formulé, par la réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire. Si le texte attache à cette situation un effet extinctif, certains auteurs considèrent que le démembrement est simplement « désactivé » *(v. not., Ph. Malaurie, L. Aynes, Droit civil, Droit des biens, LGDJ, Lextenso, 7e éd., 2017, n° 834)*.

L'usufruit est soumis à la prescription extinctive. Son extinction résulte dans ce cas de son non-usage prolongé et ininterrompu pendant trente ans, les temps de suspension étant déduits du temps de non-usage.

La perte de l'objet de l'usufruit est également une cause d'extinction dès lors qu'elle est totale *(v. pour une application, C. civ., art. 624, al. 1er)*. En cas de perte partielle, le droit d'usufruit se reporte en principe sur la partie du bien subsistant *(C. civ., art. 623 et 624, al. 2)*.

L'usufruitier peut également renoncer à son droit d'usufruit. La renonciation, pourvu qu'elle soit certaine et non équivoque, provoque l'extinction du droit d'usufruit.

L'usufruit s'éteint en cas d'abus de jouissance imputable à l'usufruitier *(C. civ., art. 618)*. L'article vise expressément deux comportements relevant de l'abus de jouissance : le fait de commettre des « *dégradations sur le fonds* » et celui de le laisser « *dépérir faute d'entretien* ». Lorsque l'abus de jouissance est caractérisé, les juges disposent d'une option *(C. civ., art. 618, al. 3)* : « *suivant la gravité des circonstances* », ils peuvent :

– prononcer « *l'extinction absolue de l'usufruit* » ;
– ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance du bien. Dans ce cas, le propriétaire doit en contrepartie payer « *annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser* ».
– ordonner le paiement de dommages et intérêts en réparation des dommages causés à la chose *(Cass. 1re civ., 10 juill. 1963, Bull. civ. I, n° 383)*.
– ne prononcer aucune sanction.

Sur le plan juridique, l'extinction de l'usufruit a pour effet d'entrainer la reconstitution de la pleine propriété sur la tête du nu-propriétaire. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la portée de la reconstitution de la pleine propriété en retenant que cette recomposition provoquée par le décès de l'usufruitier met un terme à l'action en nullité du bail rural conclu sans son consentement et que ce dernier a engagé de son vivant *(Cass. 3e civ., 6 juillet 2017, n° 15-22.482)*.

Sur le plan pratique, l'usufruitier est tenu de restituer le bien grevé d'usufruit. La restitution est en principe réalisée en nature. Par exception, elle peut être réalisée par équivalent, par exemple lorsque l'usufruit porte sur un bien consomptible. L'usufruitier est déchargé de

cette obligation de restitution lorsque la chose a disparu en raison d'un cas de force majeure.

L'usufruitier et le nu-propriétaire doivent, si nécessaire, établir un compte dans lequel sont indiquées leurs dettes et créances réciproques. Le nu-propriétaire peut par exemple indiquer une créance indemnitaire liée à un abus de jouissance. L'usufruitier peut, quant à lui, faire état des frais engagés pour réaliser des grosses réparations. L'usufruitier ne peut en revanche pas obtenir de remboursement ou d'indemnisation *« pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée » (C. civ., art. 599, al. 2)*. La jurisprudence soumet les constructions nouvelles au même régime. Tout au plus, l'usufruitier peut-il reprendre *« les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer »*. Cette possibilité suppose néanmoins que l'usufruitier remette les lieux en l'état *(C. civ., art. 599, al. 3)*.

Fiche n° 10 Les droits d'usage et d'habitation

⏭ L'ESSENTIEL

Le démembrement de la propriété permet de conférer à un tiers une partie seulement du droit d'usage. Les droits d'usage et d'habitation en sont une illustration topique. Véritables droits réels démembrés du droit de propriété, ces droits apparaissent restreints tant par les prérogatives qu'ils confèrent que par les besoins à la satisfaction desquels ils sont affectés.

⏭ LES CONNAISSANCES

Les droits d'usage et d'habitation sont régis de manière spécifique par les dispositions du Chapitre II *De l'usage et de l'habitation* du Titre III *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, ce chapitre regroupant les articles 625 à 636 du Code civil.

Ces droits d'usage et d'habitation se singularisent sous deux angles.

Ils se distinguent tout d'abord par leur affectation aux besoins personnels et familiaux du titulaire.

Ensuite, leur parenté avec le droit d'usufruit explique dans une large mesure leur régime juridique. L'article 625 du Code civil dispose en ce sens que *« Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit »*. Ces droits sont donc établis par la loi (par exemple, l'article 764 du Code civil conférant au conjoint survivant, sous certaines conditions, un droit d'habitation sur le logement principal ainsi qu'un droit d'usage sur le mobilier le garnissant), par titre et par prescription acquisitive. De la même manière, les causes d'extinction sont celles applicables en matière d'usufruit. Les droits d'usage et d'habitation s'éteignent par exemple en cas d'abus de jouissance *(Cass. 3e civ., 12 juill. 1983, Bull. civ. III, n° 166)*. Des formalités similaires à celles exigées avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier sont imposées au titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation. L'article 626 du Code civil dispose en effet que *« on ne peut en jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires »*.

En tout état de cause, il convient de noter que les textes qui régissent les droits d'usage et d'habitation sont supplétifs de volonté *(C. civ., art. 628 et 629)*, exception faite de l'article 634 du Code civil.

§1 Les prérogatives conférées

Les prérogatives varient selon qu'il s'agit d'un droit d'usage (I) ou d'un droit d'habitation (II).

I. Le droit d'usage

Ce droit confère à son titulaire deux prérogatives :
– un droit d'usage (*usus*) limité sur le bien.
– un droit – restreint – de perception des fruits du bien.

L'étendue de ces prérogatives est définie par le titre *(C. civ., art. 628)* ou, à défaut, par les articles 630 et suivants du Code civil *(C. civ., art. 629)*. Dans cette dernière hypothèse, les prérogatives conférées à l'usager apparaissent affectées à l'unique satisfaction des besoins personnels du titulaire ainsi qu'à ceux de sa famille. En ce sens l'article 630, alinéa 1er, du Code civil dispose que *« celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille »*. La famille est conçue comme englobant les enfants du titulaire du droit d'usage, qu'ils soient nés au jour de la constitution du droit ou postérieurement. Au-delà de cette hypothèse, l'étendue des bénéficiaires du droit d'usage est incertaine. Tout au plus est-il à noter que la convention qui institue ce droit peut identifier les personnes qui en sont bénéficiaires.

En tout état de cause, la cession comme la location du droit sont interdites *(C. civ., art. 631)*.

II. Le droit d'habitation

Le droit d'habitation est un droit réel exercé uniquement sur un logement à usage d'habitation *(C. civ., art. 633)*. Ce droit confère à son titulaire le droit d'y *« demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné » (C. civ., art. 632)*.

Le droit d'habitation apparaît doublement limité.

Tout d'abord, ce droit ne peut s'étendre à d'autres utilités du bien que celle d'habitation.

Ensuite, ces utilités doivent être nécessaires à un cercle restreint de personnes : le titulaire du droit ainsi que sa famille. Le droit

d'habitation ne permet donc pas à une personne non membre de la famille d'occuper à titre gratuit le bien sur lequel s'exerce le droit d'habitation *(Cass. 3e civ., 9 nov. 1988, Bull. civ. III, n° 158)*. Au surplus, le champ d'application personnel limité impose à la jurisprudence d'identifier les personnes qui relèvent de « la famille » du titulaire du droit.
Pas plus que le droit d'usage, le droit d'habitation peut être cédé ou loué *(C. civ., art. 634)*.

§2 Les obligations

Les obligations mises à la charge du titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation sont le décalque de celles de l'usufruitier, à ceci près qu'elles s'adaptent à l'étendue du droit réel.
Le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation doit en effet :
– préalablement à l'entrée en jouissance fournir une caution et faire un inventaire et un état des biens *(C. civ., art. 626)* ;
– « *jouir raisonnablement* » *(C. civ., 627)*. En d'autres termes, le titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation a une obligation de conservation du bien.

Certaines obligations varient en étendue en fonction de l'étendue du droit. Ainsi lorsque *« l'usager absorbe tous les fruits du fonds » (C. civ., art. 635)* ou *« occupe la totalité de la maison » (C. civ., art. 635)*, il doit également assumer :
– les frais de la culture ;
– les réparations d'entretien ;
– le paiement des contributions.

Lorsque le droit est limité (quant aux fruits perçus ou à l'assiette de l'occupation), le titulaire n'est pas déchargé de ces obligations. Celles-

ci pèsent sur lui « *au prorata de ce dont il jouit* » *(C. civ., art. 635, al. 2)*.

Fiche n° 11 Les servitudes

⏭ L'ESSENTIEL

Les servitudes sont des droits réels nommés, auxquels le Code civil a consacré de nombreuses dispositions. Ces dispositions sont pour l'essentiel regroupées au sein du Titre IV *Des servitudes ou services fonciers* du Livre II du Code civil *(C. civ., art. 637 à 710)*.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La notion de servitude

La notion de servitude peut être présentée sous l'angle de ses éléments constitutifs (I), puis sous celui de ses caractères (II).

I. Les éléments constitutifs de la servitude

L'article 637 du Code civil définit la servitude comme « *(…) une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». De cette définition légale sont classiquement déduits les éléments d'identification d'une servitude.

La caractérisation d'une servitude nécessite la réunion de plusieurs éléments :

La servitude est une charge qui crée un rapport particulier entre deux fonds. Elle grève un fonds dit servant au profit d'un fonds dit dominant. Le fonds servant est en quelque sorte « amputé » de certaines utilités afin d'améliorer l'utilisation et/ou l'exploitation du fonds dominant.

Jurisprudence

Une servitude conventionnelle ne peut toutefois pas priver le propriétaire du fonds servant de la jouissance de son bien. Dans le cas contraire, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation retient que la clause instituant la servitude est nulle *(Cass. 3e civ., 6 juin 2019, n° 18-14.547 et 18-15.386)*.

Il convient toutefois de réserver le cas particulier des servitudes d'utilité publique. Expressément visées à l'article 649 du Code civil, ces servitudes ont pour particularité de grever les fonds pour l'utilité d'individus plus que pour celle d'un fonds dominant identifié. Elles relèvent d'ailleurs d'un régime particulier *(C. civ., art. 650, al. 2)*. Par application de la définition légale des servitudes, la qualification de servitude ne peut pas être retenue lorsque la charge pèse sur une personne ou ne profite qu'à une personne *(C. civ., art. 686, al. 1er)*. La jurisprudence a ainsi exclu la qualification de servitude s'agissant de droits de chasse octroyés par le propriétaire d'un fonds dès lors qu'il était établi que la servitude profitait au propriétaire voisin, sans que le fonds n'en recueille d'utilités *(Cass. 3e civ., 22 juin 1976, Bull. civ. III, n° 280)*. Ainsi, en présence d'un droit créé par contrat dont la nature de servitude est revendiquée, les juges du fond cherchent à déterminer qui assume la charge de ce droit et qui en profite.

En tout état de cause, les fonds servant et dominant doivent appartenir à des propriétaires différents. À ce titre, l'indivision comme la copropriété sont des situations susceptibles, dans certaines conditions, de faire obstacle à l'établissement de servitudes, à défaut de pouvoir identifier deux propriétaires différents.

II. Les caractères

Les servitudes sont des droits réels nommés, opposables *erga omnes* sous réserve, pour certaines d'entre elles (en particulier les servitudes conventionnelles), de leur publication.

Jurisprudence

Dans un arrêt rendu le 24 septembre 2020 (n° 19-19179), la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a, au sujet d'une servitude de passage, rappelé les modalités d'opposabilité de la servitude à l'acquéreur d'un terrain. Au point 9, la Cour de cassation identifie trois modalités différentes :

1°. La publication de la servitude ;

2°. La mention de la servitude dans l'acte d'acquisition *(Cass. 3e civ., 27 oct. 1993, n° 91-19.874, Bull. 1993, III, n° 132)* ;

3°. La connaissance au moment de la vente du bien immobilier de l'existence de la servitude autrement que par la mention qu'en faisait son titre *(Cass. 3e civ., 16 sept. 2009, n° 08-16.499, Bull. 2009, III, n° 195)*.

Leur assiette est limitée aux seuls biens immobiliers par nature (par exemple, souvent un terrain). L'ancrage particulier des servitudes dans les biens immobiliers confère à ces droits trois caractères propres. Tout d'abord, les servitudes sont susceptibles d'être perpétuelles puisqu'elles peuvent exister tant que les fonds qu'elles

grèvent demeurent. En d'autres termes, aucune disposition légale ne prévoit de terme extinctif. Les servitudes sont ensuite considérées comme des droits accessoires aux fonds. Positivement, elles se transmettent avec les fonds, aux nouveaux propriétaires. Négativement, elles ne peuvent être transmises ou cédées seules, sans le fonds dont elles sont l'accessoire. Enfin, elles sont indivisibles en ce sens qu'elles ne subissent en principe pas la division des fonds servant et/ou dominant *(C. civ., art. 700)*.

§2 L'exercice de la servitude

L'exercice de la servitude peut être envisagé sous l'angle de ses conditions (I) d'une part, et de ses modes (II) d'autre part.

I. Les conditions d'exercice de la servitude

Les conditions d'exercice de la servitude peuvent être présentées sous l'angle de ce qui est interdit (A) et sous celui de ce qui est permis (B).

A Les interdictions résultant de la servitude

En tant que droit réel établissant un rapport particulier entre deux fonds, la servitude impose aux propriétaires des fonds servant et dominant d'en respecter l'étendue initiale.

À ce titre, le propriétaire du fonds servant ne doit pas nuire au droit que le propriétaire du fonds dominant tient de la servitude. L'article 701, alinéa 1er, du Code civil dispose en ce sens que *« Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode »*. *A fortiori* il ne peut faire obstacle à son exercice *(v. Cass. 3e civ., 25 juin 2020, n° 19-10.057)*. Le propriétaire du fonds servant ne peut pas plus

déplacer la servitude ni modifier l'état des lieux d'autorité *(C. civ., art. 701, al. 2)*.

L'obligation de conserver la servitude dans son état originaire connaît une atténuation. L'article 701, alinéa 3, du Code civil prévoit la possibilité de déplacer l'assiette de la servitude. Ce déplacement peut être proposé à condition que le maintien de la servitude soit préjudiciable au propriétaire du fonds servant. Deux situations sont expressément envisagées : l'assignation primitive peut être devenue plus onéreuse ou elle empêche le propriétaire du fonds servant de faire des réparations avantageuses.

Le propriétaire du fonds servant ne peut toutefois pas proposer n'importe quel autre emplacement. L'emplacement de remplacement envisagé doit être *« un endroit aussi commode »* pour l'exercice des droits du propriétaire du fonds dominant. Si tel est le cas, ce dernier ne peut refuser la modification. De son côté, le propriétaire du fonds servant doit assumer la charge financière de la modification.

Le propriétaire du fonds dominant est également soumis au principe de fixité. Il ne peut *« en (de la servitude) user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier » (C. civ., art. 702)*. Si la servitude ne peut être aggravée, elle peut en revanche être adaptée afin de maintenir son utilité pour le fonds dominant. Tout au plus l'adaptation doit-elle être envisageable compte tenu de la délimitation initiale de la servitude (tel qu'elle résulte du titre par exemple).

B L'exercice de la servitude

Le propriétaire d'un fonds dominant peut librement exercer la servitude. Dans ce cadre, il a le *« droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver » (C. civ., art. 697)* et ce, quelle que soit la source de la servitude *(Cass. 3e civ.,12 mars 2014, n° 12-28.152)*. Il assume en principe les frais de ces ouvrages *(C. civ., art. 698)*. La règle n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent décider de répartir la charge de ces frais différemment. Dans cette hypothèse, le propriétaire du fonds servant peut en être déchargé *« en abandonnant le fonds assujetti »* au propriétaire du fonds dominant *(C. civ., art. 699)*.

L'exercice de la servitude peut également justifier que des obligations particulières (obligation *propter rem*) soient mises à la charge du propriétaire du fonds servant. Il s'agit alors d'obligations rendues nécessaires par l'exercice de la servitude. Le propriétaire du fonds servant peut échapper à ces obligations en abandonnant son droit de propriété correspondant à la servitude.

II. Les modes d'exercice des servitudes

Il existe différents modes d'exercice des servitudes, lesquels tiennent à leur nature. Le Code civil distingue ainsi les servitudes apparentes ou non apparentes d'une part, et les servitudes continues ou discontinues, d'autre part.

Fondement et critère	Nature de la servitude	Définition légale
C. civ., art. 689 Critère : l'extériorisation, la matérialisation de la servitude	Servitudes apparentes	Ces servitudes « sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. »
	Servitudes non apparentes	Ces servitudes « (…) n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. »
C. civ., art. 688 Critère : l'exercice de la servitude par le fait de l'homme	Servitudes continues	Ces servitudes « (…) sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. »
	Servitudes discontinues	Ces servitudes « (…) sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables. »

Ces deux distinctions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Aussi une servitude peut-elle être, selon les cas, apparente et continue, apparente et discontinue, non apparente et continue, non apparente et discontinue.

§3 La constitution des servitudes

L'article 639 du Code civil énumère trois sources de servitude : la situation naturelle des lieux (1), la loi (2) et le contrat (3). À ces sources est classiquement ajoutée la prescription acquisitive (4).

1 Les servitudes dites naturelles

Les servitudes naturelles découlent de la situation des lieux. Elles sont régies par les dispositions du Chapitre I *Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux*, du Titre IV *Des servitudes ou services fonciers (C. civ., art. 640 à 648)*, auxquelles s'ajoutent de nombreux textes spéciaux.

Ces dispositions organisent tout d'abord les servitudes d'écoulement des eaux *(C. civ., art. 640 à 645)*. Elles fixent ensuite les règles relatives au bornage et à la clôture des fonds *(C. civ., art. 646 à 648.-* V. Fiche n° 6*)*.

2 Les servitudes instituées par la loi

Les servitudes peuvent être instituées par la loi afin d'organiser la contiguïté des fonds et des droits de propriété qui s'y exercent. Sont à ce titre successivement envisagés les murs et fossés mitoyens ainsi que les distances de plantation *(C. civ., art. 653 à 673.* - V. Fiche n° 8*)*, la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions *(C. civ., art. 674)*, les jours et vues sur la propriété voisine *(C. civ., 675 à 680)*, l'égout des toits *(C. civ., art. 681)* ainsi que la servitude de passage en cas d'enclave *(C. civ., art. 682 à 685-1. V. Cass. 3e civ., 17 déc. 2020, n° 19-11.376, lequel retient qu'« il incombe au propriétaire qui revendique une servitude de passage pour cause d'enclave du fait d'un panneau d'interdiction de circuler, d'établir, en cas de contestation, l'existence d'une décision administrative prescrivant cette interdiction »)*.

Jurisprudence

Ces dernières années, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser certains aspects du régime juridique de la servitude de passage en cas d'enclave.

Tout d'abord, dans un arrêt rendu le 24 octobre 2019, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur la portée de la renonciation à une servitude légale de passage en cas d'enclave, à l'égard de l'acquéreur de la parcelle enclavée. Évitant qu'une renonciation permette de tenir en échec la servitude légale, la Cour de cassation retient que l'acquéreur de la parcelle litigieuse *« ne peut se voir opposer la renonciation d'un précédent propriétaire au bénéfice de la servitude légale de passage conventionnellement aménagée » (Cass. civ. 3e, 24 oct. 2019, n° 18-20.119)*.

Ensuite, plus récemment, cette même chambre a également précisé au sujet d'une servitude de passage pour cause d'enclave, que l'exercice d'une telle servitude n'était pas subordonné au paiement préalable de l'indemnité de désenclavement *(Cass. 3e civ., 25 mars 2021, n° 20-15.155)*.

Enfin, dans un arrêt rendu le 20 mai 2021, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a rappelé le mode fixation judiciaire de la servitude en cas d'enclave. Elle retient à cet effet que « *Lorsque les propriétaires intéressés sont parties à l'instance, le juge qui constate l'état d'enclave d'un fonds est légalement tenu de déterminer, conformément aux dispositions de l'article 683 du Code civil, l'assiette de la servitude de passage en faveur de ce fonds.* » (Point 4)

(C. civ., art. 683)

« Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

Néanmoins, il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. »

3 Les servitudes instituées par la volonté humaine

Les servitudes peuvent être établies par le fait de l'homme *(v. sur la portée procédurale de la distinction entre servitudes du fait de l'homme*

et servitude légale, Cass. 3e civ., 25 mars 2021, n° 19-20.603). Ces servitudes ont pour source soit un titre (a), soit la destination du père de famille (b), soit la prescription acquisitive (c).

a) L'établissement par titre

(C. civ., art. 686, al. 1er)
« Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. »

Sous réserve du respect de l'ordre public et des dispositions particulières, les propriétaires peuvent créer entre leur fonds les servitudes qu'ils souhaitent. Le mode d'exercice de la servitude – continue/discontinue, apparente/non apparente – est sans incidence *(C. civ., art. 690 et 691, al. 1er)*. Tout au plus faut-il que la charge créée puisse être qualifiée de servitude. En d'autres termes, le titre doit instituer une charge grevant un fonds servant au profit d'un fonds dominant (V. *supra*). En outre, l'opposabilité des servitudes créées par titre aux tiers suppose en principe qu'elles soient publiées.

En principe, le titre qui institue la servitude en détermine l'usage et l'étendue *(C. civ., art. 686, al. 2)*. À défaut, il est fait application des dispositions légales.

b) Constitution par destination du père de famille

Les servitudes peuvent être établies par destination du père de famille. Ce mode de constitution suppose la réunion de plusieurs conditions, successives dans le temps *(C. civ., art. 693)*.

D'abord, les deux fonds en cause doivent à l'origine, appartenir à un même propriétaire. Ce dernier doit par ailleurs avoir créé une « situation de servitude », en réalisant un aménagement particulier et apparent entre ces fonds.

Ensuite, la propriété d'un des fonds doit être transférée à un tiers sans que l'existence de la servitude ne soit exclue dans l'acte ni l'aménagement supprimé.

Dans ces conditions, l'aménagement réalisé par le propriétaire initial peut accéder au rang de servitude.

Si la servitude ainsi créée est apparente et continue, la destination du père de famille vaut titre *(C. civ., art 692)*. En revanche, si la servitude est apparente et discontinue, elle doit être établie par le titre, encore qu'il n'en fasse pas mention *(C. civ., art. 694)*.

c) La prescription acquisitive

La prescription acquisitive n'est pas un mode général d'acquisition des servitudes. Il se limite en effet à certaines servitudes.

La limitation est double :

– En premier lieu, de la combinaison des articles 690 et 691 du Code civil il résulte que seules les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir *« par la possession de trente ans »*. Les autres servitudes (continues et non apparentes, discontinues et apparentes ou discontinues et non apparentes) ne peuvent être établies par prescription.

Jurisprudence

L'arrêt rendu le 17 juin 2021 *(Cass. 3e civ., 17 juin 2021, n° 20-19.968)* par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en fournit une illustration. Sans grande surprise, la Cour de cassation qualifie la servitude d'écoulement des eaux usées de servitude discontinue, raison prise de ce que son exercice « *exige le fait de l'homme et ne peut se perpétuer sans son intervention renouvelée* » (point 5). Et d'en conclure que ce caractère discontinu fait obstacle à l'acquisition de cette servitude par prescription.

– En second lieu, ce mode d'acquisition est limité aux servitudes du fait de l'homme par la jurisprudence.

L'acquisition par voie de prescription suppose la réunion des conditions de la prescription acquisitive soit une possession utile trentenaire (V. Fiche n° 7).

§4 L'extinction

Les causes d'extinction des servitudes sont prévues aux articles 703 à 710 du Code civil.

Les servitudes s'éteignent tout d'abord lorsque leur exercice est devenu totalement impossible *(C. civ., art. 703)*, que la cause de l'impossibilité soit d'origine naturelle ou humaine. L'article 704 du Code civil prévoit néanmoins la possibilité d'un rétablissement de la servitude. Ce rétablissement est subordonné à la réunion de deux conditions, l'une positive, l'autre négative. Le rétablissement suppose de manière positive que les choses soient rétablies « *(…) de manière qu'on puisse en user (…)* » *(C. civ., art. 704)*. Il implique de manière négative que la prescription extinctive ne soit pas acquise. La

jurisprudence et la doctrine semblent vouloir assimiler la servitude devenue inutile à l'exercice devenu impossible. L'inutilité de la servitude peut donc entrainer son extinction, pourvu qu'elle soit totale. Dans le cas contraire, la servitude est maintenue.

La servitude s'éteint lorsque la condition de propriétaires différents n'est plus remplie *(C. civ., art. 705. - Cass. 3e civ., 8 sept. 2016, no 15-20.371, à propos d'une servitude non aedificandi)*. Cette cause d'extinction nécessite qu'un droit de propriété soit acquis par une même personne sur le fonds servant et le fonds dominant. L'acquisition d'un droit démembré de la propriété sur l'un des fonds est en revanche insuffisante.

La servitude s'éteint également par non-usage trentenaire continu *(C. civ., art. 706)*. Le point de départ du délai de non-usage dépend de la nature continue ou discontinue de la servitude. Il est en effet fixé au *« jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues »* et au *« jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues » (C. civ., art. 707)*. Cette cause d'extinction ne s'applique par ailleurs pas à toutes les servitudes. Sont notamment exclues les servitudes d'utilité publique ainsi que les servitudes légales.

Les servitudes s'éteignent enfin lorsque le propriétaire du fonds dominant y renonce ou que la chose se perd.

P@RTIE 2

DROIT DE LA FAMILLE

LE COUPLE

LA FILIATION

TITRE 1

LE COUPLE

Fiche n° 12 Le couple non marié

Fiche n° 13 Le mariage

Fiche n° 14 Le divorce

Fiche n° 12 Le couple non marié

⏭ L'ESSENTIEL

Le concubinage est une union libre pour laquelle la loi ne prévoit qu'une définition sans régime juridique propre. Les concubins peuvent néanmoins organiser par contrat leurs relations patrimoniales (indivision, assurance-vie). Certains mécanismes permettent aussi de compenser le déséquilibre économique consécutif à la rupture du concubinage (société créée de fait, enrichissement injustifié).

Le pacte civil de solidarité (Pacs) est un contrat soumis à des conditions de fond et forme certes moins strictes mais néanmoins proches du mariage. Les effets du Pacs rappellent également ceux du mariage (aide matérielle réciproque, solidarité ménagère, indivision des biens acquis pendant le Pacs, cotitularité du bail, etc.), tout en étant très limités par rapport à ces derniers.

Enfin, les fiançailles sont, à l'instar du concubinage, une situation de fait qui peut produire certains effets juridiques (responsabilité civile, révocabilité des donations faites en faveur du mariage).

⏭ LES CONNAISSANCES

§.1 Le concubinage

(C. civ., art. 515-8)
« Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

I. La preuve du concubinage

C'est à celui qui invoque la qualité de concubin de démontrer le caractère stable et continu de la vie commune *(Cass. civ. 1re, 3 oct. 2018, n° 17-13.113 – absence de preuve du concubinage, condition du versement d'un capital décès, au jour du décès de l'assuré)*. Le concubinage étant une **situation de fait**, sa **preuve est libre** et appréciée souverainement par les juges du fond.

Le certificat de vie commune ou de concubinage, délivré par les mairies, permet de prouver le concubinage auprès d'organismes sociaux ou d'entreprises aux fins de profiter de certains avantages, mais une déclaration sur l'honneur peut suffire. La preuve du concubinage peut également être rapportée par un acte de notoriété établi par un notaire.

II. Les effets du concubinage

A L'exclusion des règles du mariage

1 La contribution aux charges

Aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en

l'absence de volonté exprimée à cet égard, **supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées**.

Jurisprudence

Doit être cassé, l'arrêt ayant retenu, en l'absence d'accord sur la répartition des charges de la vie commune, une créance de la concubine représentant la moitié des frais de logement et d'électricité exposés au cours de la vie commune *(Cass. civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 18-123.11)*.

Encourt également la cassation l'arrêt ayant jugé que les comptes entre concubins doivent être établis sur le fondement de l'enrichissement sans cause *(Cass. civ. 1re, 28 nov. 2006, n° 04-154.80)*.

Un concubin n'est pas tenu de contribuer aux dépenses de la vie commune, à défaut de preuve de son engagement à assurer une quote-part de ces dépenses et à s'acquitter des charges d'un bail dont il n'était pas signataire *(Cass. civ. 1re, 28 juin 2005, n° 02-12.767)*.

2 La solidarité ménagère

La solidarité ne se présume pas. La solidarité légale des époux en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants n'est pas applicable en cas de concubinage *(Cass. civ. 1re, 27 avr. 2004, n° 02-16.291 – prêt contracté pour les besoins du ménage ; Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, n° 98-22.836 – factures d'électricité)*.

B Les droits conférés par le concubinage

1 Le bail

La cotitularité du bail est inapplicable aux concubins *(C. civ., art. 1751, al. 3)*. En cas de congé, l'occupant non titulaire n'a pas le droit de se maintenir dans les lieux. En outre, le bailleur ne peut poursuivre en paiement des loyers le concubin du locataire.
Toutefois, en cas d'**abandon du domicile** par le locataire, le contrat de location continue au profit du concubin notoire qui vivait avec lui depuis au moins un an *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 14)*. Lors du **décès du locataire**, le bail est transféré au concubin aux mêmes conditions.

Par ailleurs, le congé donné au locataire pour reprise indique le bénéficiaire qui ne peut être que le bailleur, son conjoint, le partenaire auquel il est lié par un Pacs enregistré à la date du congé, son **concubin notoire depuis au moins un an** à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire *(L. n° 89-462, 6 juil. 1989, art. 15)*.

Enfin, le délai de préavis de résiliation du bail est d'un mois (et non trois) pour le locataire bénéficiaire d'une ordonnance de protection ou dont le conjoint, partenaire lié par un pacs ou concubin fait l'objet de poursuites, d'une procédure alternative aux poursuites ou d'une condamnation, même non définitive, en raison de violences exercées au sein du couple ou sur un enfant qui réside habituellement avec lui *(art. 15, préc.)*.

2 Les droits sociaux

Le Code de la sécurité sociale confère, par exemple, au concubin le droit de percevoir une indemnité en cas de décès consécutif à un accident du travail *(CSS, art. L. 434-8)* et éventuellement un capital décès si le concubin survivant était à la charge totale et permanente

du défunt *(CSS, art. L. 361-4)*. En revanche, le concubin n'a pas de droit à une pension de réversion.

C L'organisation des rapports pécuniaires entre concubins

1 L'indivision

Les biens acquis en commun par les concubins sont placés sous le régime de l'indivision. Le titre de propriété précise la proportion dans laquelle chacun est propriétaire indivis. À défaut de précision dans l'acte, **les acquéreurs sont réputés être propriétaires par moitié chacun** *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-14.989 ; contra, Cass. civ. 1re, 6 févr. 2001, n° 99-11.252)*. Les concubins ont aussi intérêt à conclure une convention d'indivision qui précise la quote-part de chacun en fonction de leurs apports et du remboursement d'un prêt destiné à l'achat du bien. En effet, si chaque concubin est propriétaire indivis par moitié alors que l'un d'eux a réalisé un apport plus important, ce montage risque d'être qualifié de donation indirecte taxée à 60 %.

2 Le pacte tontinier

Le concubin survivant n'a aucun droit dans la succession du concubin décédé. Certes, il peut être légataire notamment de la part indivise du concubin décédé mais les droits de succession s'élèvent à 60 % de la valeur du bien transmis et, surtout, un tel legs ne doit pas porter atteinte à la réserve héréditaire. La clause de tontine (ou d'accroissement), stipulée dans l'acte d'achat, fait de celui-ci un contrat aléatoire aux termes duquel l'acquéreur survivant est considéré comme seul propriétaire depuis l'acquisition du bien. **Les héritiers de l'acquéreur décédé n'ont aucun droit sur le bien acquis en tontine**. Cependant, l'acquéreur survivant doit payer les droits de donation/succession à hauteur de 60 % *(CGI, art. 754 A)*.

3 L'assurance-vie

L'assurance-vie **n'entre pas dans la succession**. Le concubin bénéficiaire peut percevoir des sommes au-delà de la quotité disponible, sous réserve que les primes ne soient pas manifestement exagérées eu égard aux moyens du souscripteur *(C. assur., art. L. 132-13)*. Sur le plan fiscal, les sommes versées au bénéficiaire sont exonérées jusqu'à 152 500 euros et, au-delà, sont taxées à 20 % *(CGI, 990 I)*. Les droits de mutation par décès suivant le degré de parent sont applicables à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de 70 ans *(CGI, art. 757 B)*.

4 Les prêts entre concubins

Conformément au droit commun de la preuve, il incombe au concubin qui prétend avoir prêté une somme à l'autre, par exemple pour l'achat d'un bien, de démontrer non seulement le **versement des fonds** mais également l'**obligation de restitution** de l'*accipiens (Cass. civ. 1re, 17 mai 1978, n° 76-13.176)*. Au-delà de 1 500 €, cette obligation se prouve par un contrat de prêt ou une reconnaissance de dette. La preuve par tous moyens est admise en cas d'impossibilité morale de se procurer un écrit *(Cass. civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-27.964*). À défaut, il y a **présomption de don manuel** et **présomption de propriété** au profit du possesseur du bien acquis au moyen des fonds *(C. civ., art. 2276)*.

5 La convention de concubinage

Les concubins sont libres de déterminer par un contrat leurs rapports pécuniaires et de fixer leur contribution respective aux charges du ménage. À défaut, chacun d'eux doit supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées. Cependant, un tel contrat ne doit pas avoir

pour objet ou pour effet de porter atteinte à la **liberté de rompre le concubinage**. Les concubins ne peuvent donc pas prévoir contractuellement une obligation de fidélité ou de cohabitation, une prestation compensatoire en cas de rupture ou encore une contribution aux charges qui n'est pas proportionnée à leurs ressources et aux besoins de la vie commune.

Jurisprudence

Ayant relevé que la convention signée par les concubins n'avait pas fixé le montant de la contribution à proportion des ressources de chacun des parents et des besoins des enfants mais à un montant forfaitaire (au profit du concubin qui n'a pas d'emploi ou qui renonce à son emploi pour élever les enfants), **égal à la moitié des revenus du concubin**, susceptible, d'une part, de placer l'intéressé dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard d'autres créanciers alimentaires, et, d'autre part, constituant par son caractère particulièrement contraignant un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de liberté individuelle, la cour d'appel en a justement déduit que cette stipulation, contraire aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire, était nulle *(Cass. civ. 1re, 20 juin 2006, n° 05-17.475)*.

III. La rupture du concubinage

A Le principe de liberté de la rupture du concubinage

La rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif *(Cass. civ. 1re, 30 juin 1992, n° 90-20.367)*. À l'instar des fiançailles, la rupture n'est pas en soi fautive. La faute extracontractuelle résulte des **circonstances de la rupture** : brutalité de la rupture après quarante ans de vie commune *(Cass. civ. 1re, 3 janv. 2006, n° 04-11.016)* ; rupture intervenue lors d'une

grossesse ou en laissant l'autre concubin en situation de dénuement après l'avoir incité à déménager et à quitter son emploi.

Jurisprudence

Cassation de l'arrêt ayant exclu la rupture fautive alors que le concubin a laissé sa concubine dans un désarroi matériel et moral pour aller vivre avec sa propre fille qu'il devait épouser par la suite *(Cass. civ. 1re, 25 juin 2008, n° 07-14.628)*.

B Les effets de la rupture

1 La preuve de la propriété des biens

Le concubin propriétaire est celui désigné par le **titre de propriété** (ce qui recouvre l'acquisition de la propriété par voie d'accession). Il est sans emport que le bien ait été financé par l'autre concubin.

Jurisprudence

Doit être cassé l'arrêt ayant jugé que si, à défaut de précision dans l'acte d'acquisition, les acquéreurs sont réputés être propriétaires pour moitié chacun, cette présomption supportant la preuve contraire, il est établi que le bien immobilier a été exclusivement financé par la concubine qui doit en conséquence être considérée comme la seule titulaire des droits sur cette indivision, alors que les personnes qui ont acheté un bien en indivision en ont acquis la propriété, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la façon dont cette acquisition a été financée *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-14.989 ; Cass. civ. 1re, 10 janv. 2018, n° 16-25.190)*.
Le concubin qui a remboursé le prêt destiné à l'acquisition du bien indivis (dépense de conservation) peut toutefois se prétendre créancier de l'indivision (excluant une telle créance en déduisant des circonstances de la cause l'intention libérale du concubin : *Cass. civ. 1re, 2 avr. 2014, n° 13-11.025*). La prescription de la créance d'un indivisaire contre l'indivision court en principe à compter de la dépense faite. De surcroît, l'assignation en liquidation et en partage de l'indivision n'interrompt la prescription de la créance qu'à la condition de contenir une réclamation relative à celle-ci *(Cass. civ. 1re, 18 mai 2022, n° 20-22.234)*.
En revanche, l'apport en capital pour financer un bien indivis est une dépense d'acquisition qui génère une créance, non contre l'indivision, mais contre l'indivisaire qui en a profité *(Cass. civ. 1re, 26 mai 2021, n° 19-21.302)*.

En l'absence de titre de propriété, les juges du fond apprécient souverainement les éléments de fait permettant de déterminer le ou les propriétaires du bien, ce qui peut les conduire à retenir une indivision.

Jurisprudence

Si l'un des concubins est en possession du bien revendiqué, la présomption posée par l'article 2276 du Code civil implique pour le demandeur en revendication de prouver le titre précaire en vertu duquel le prétendu possesseur détient un meuble ou le vice affectant sa possession, que ne suffit pas à caractériser le paiement du prix par le revendiquant, à défaut de quoi ce défendeur a titre pour le conserver *(Cass. civ. 1re, 24 oct. 2012, n° 11-16.431, qui rappelle que le certificat d'immatriculation n'est pas un titre)*.

2 La société créée de fait entre concubins

L'existence d'une société créée de fait entre concubins exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société :

- **existence d'apports ;**
- **intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun** *(affectio societatis)* **;**
- **volonté commune de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter**.

Ces éléments doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres. La participation à quelques dépenses de l'entreprise *(Cass. com., 12 mai 2015, n° 14-13.229)* et, *a fortiori*, aux dépenses de la vie commune n'implique pas d'*affectio societatis*.

Jurisprudence

L'*affectio societatis* ne peut se déduire de la participation financière à un projet immobilier, de sorte que le remboursement par la concubine de la moitié du prêt destiné à la construction de la villa familiale appartenant à son concubin ne lui donne pas droit à la moitié des produits de la vente de la maison *(Cass. civ. 1re, 20 janv. 2010, n° 08-13.200 ; Cass. com. 23 juin 2004, n° 01-14.275 ; contra, Cass. civ. 1re, 26 juin 2001, n° 98-16.490)*.

En revanche, les travaux réalisés par un concubin sur l'immeuble de sa concubine peuvent constituer un apport en industrie qui, s'il ne peut être repris ou remboursé, donne *« vocation à une partie de la plus-value sur l'immeuble » (Cass. civ. 1re, 19 avr. 2005, n° 01-17.226)*.

Le concubin peut prétendre à la propriété de la moitié de l'immeuble appartenant à sa concubine en raison de la liquidation et du partage de la société de fait ayant existé entre eux, dès lors qu'il a notamment entrepris les démarches administratives pour l'acquisition du terrain et financé son acquisition, s'est porté caution de l'emprunt réalisé par sa concubine et a participé à l'exploitation des activités commerciales *(Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-21.637)*.

3 L'enrichissement injustifié

L'action fondée sur l'enrichissement injustifié suppose que l'un des concubins se soit enrichi au détriment de l'autre qui s'est appauvri. L'action est subsidiaire *(C. civ., art. 1303-3)*, de sorte que ces enrichissement et appauvrissement corrélatifs ne doivent pas être juridiquement fondés : obligation contractuelle, intention libérale, existence d'une contrepartie (intérêt personnel de l'appauvri), participation normale aux dépenses de la vie commune et entraide *(par ex. : Cass. civ. 1re, 20 janv. 2010, n° 08-16.105)*.

Jurisprudence

Une cour d'appel a pu retenir un enrichissement injustifié du fait que les **travaux réalisés dans l'immeuble** de sa compagne par un concubin, qui n'avait pas agi dans une intention libérale, excédaient par leur ampleur sa participation normale aux dépen ses de la vie commune et **ne pouvaient pas être considérés comme une contrepartie des avantages dont il avait profité pendant la période de concubinage** *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2008, n° 06-11.294 ; contra, lorsque le concubin a agi dans son intérêt personnel avec l'intention de s'installer dans l'immeuble de sa compagne : Cass. civ. 1re, 24 sept. 2008, n° 07-11.928)*.
Le concubin qui a financé la réalisation de travaux sur la piscine appartenant à sa concubine a droit à une indemnité pour enrichissement injustifié égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement (plus-value immobilière) et de l'appauvrissement (dépense faite) *(Cass. civ. 1re, 3 mars 2021, n° 19-19.000)*.
La **collaboration non rémunérée** de la concubine à l'exploitation du fonds de commerce peut constituer un enrichissement injustifié *(Cass. civ 1re, 15 oct. 1996, n° 94-20.472)* .

Jurisprudence

L'hébergement d'une personne par son concubin, dans le cadre de leur vie commune, ne donne pas lieu au versement d'une indemnité d'occupation, dès lors que celle-ci ne rapporte pas la preuve d'une convention particulière et ne justifie d'aucun appauvrissement *(Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, n° 06-19.221)*.

4 La construction de l'immeuble du concubin

L'article 555 du Code civil a vocation à régir les rapports entre concubins, en l'absence de convention particulière réglant le sort de la construction d'un immeuble sur le terrain appartenant à l'un d'eux. Celui des concubins qui a concouru à la construction d'ouvrage

(financement ou travaux) sur le terrain d'autrui, sans intention libérale, a le droit à une indemnité qui n'est pas subordonnée au caractère exclusif de sa participation *(Cass. civ. 3e, 16 mars 2017, n° 15-12.384 ; Cass. civ. 3e, 5 oct. 2017, n° 16-20946 ; Cass. civ. 3e, 5 mars 2003, n° 01-16.033)*. Cependant, l'article 555 n'est pas applicable si la participation du concubin n'excède pas sa contribution aux charges de la vie commune.

Jurisprudence

Ayant constaté que l'immeuble litigieux a constitué le logement de la famille, que les concubins ont participé au financement des travaux et au remboursement des emprunts y afférents, que le demandeur n'a pas eu à dépenser d'autres sommes pour se loger ou loger sa famille, la cour d'appel a pu en déduire que le demandeur avait participé au financement des travaux et de l'immeuble de sa compagne au titre de sa contribution aux dépenses de la vie courante et non en qualité de tiers possesseur des travaux au sens de l'article 555, de sorte que les dépenses qu'il avait ainsi exposées devaient rester à sa charge *(Cass. civ. 1re, 2 sept. 2020, n° 19-10.477 ; comparer avec l'exclusion de l'apport en capital de la contribution aux charges du m ariage : Cass. civ. 1re, 3 oct. 2019, n° 18-20.828)*. La solution est la même pour le Pacs (aide matérielle) et le mariage (contribution aux charges : v. Fiche n° 52).

5 Les donations et dons manuels entre concubins

Les donations entre concubins sont soumises au droit commun *(C. civ., art 931 et s.)*.

La remise d'une somme ou d'un bien, à la supposer prouvée, ne suffit pas à établir l'obligation de restitution qui ne peut résulter que d'un écrit (reconnaissance de dette, contrat de prêt), sauf en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit *(C. civ.,*

art. 1360) et sauf s'il y a gestion d'affaires. Il y a donc **présomption de don manuel** *(Cass. civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-27.964)*. Encore faut-il un don manuel, lequel suppose une tradition réalisant une dépossession définitive et irrévocable du donateur *(Cass. civ. 1re, 14 déc. 2004, n° 03-18.413)*.

§2 Le pacte civil de solidarité

I. La conclusion du Pacs

A Les conditions relatives aux partenaires

Le Pacs est un contrat conclu par **deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune** *(C. civ., art. 515-1)*. La vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une cohabitation, mais suppose, outre une résidence commune, une vie de couple *(Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419)*.

Jurisprudence

Cassation de l'arrêt ayant retenu, pour refuser d'autoriser la conclusion d'un Pacs, que le lien qui unissait les futurs partenaires était celui d'un père à son fils du fait de leur écart d'âge important, alors qu'était constaté l'existence d'une vie commune de vingt-quatre ans entre les intéressés, ainsi que l'absence de tout empêchement légal à la conclusion du Pacs *(Cass. civ. 1re, 8 mars 2017, n° 16-18.685)*.

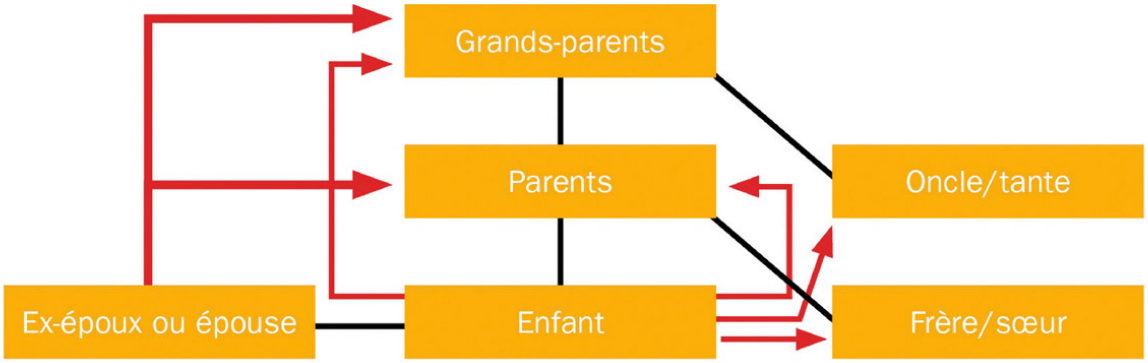
Est nul, le Pacs conclu :

– Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;

– Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ;
– Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un Pacs.

L'inceste et la polygamie sont sanctionnés par une nullité absolue *(Cons. const. 9 nov. 1999, préc.)*. L'interdiction de l'inceste est ici plus stricte que dans le mariage puisque la loi ne prévoit aucune dispense. En revanche, les empêchements résultant des liens d'adoption ne concernent que le mariage.

Prohibition de l'inceste (Pacs)



B Les conditions relatives au consentement

1 Les majeurs protégés

La personne en curatelle ou en tutelle ne peut, sans l'assistance du curateur ou du tuteur, signer la convention par laquelle elle conclut un Pacs *(C. civ., art. 461 et 462)*. Mais, aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire. Les mêmes règles s'appliquent en cas de modification de la convention.

2 L'existence et l'intégrité du consentement

Le Pacs est un contrat. Par conséquent, il peut être annulé pour erreur sur une qualité essentielle ou violence (V. Fiche n° 13). Par analogie avec le droit du mariage, le dol ne serait pas une cause de nullité, mais ce raisonnement n'a rien d'évident car le Pacs paraît plus proche du simple contrat de vie commune que du mariage.

L'existence du consentement au mariage implique une intention matrimoniale qui fait défaut lorsque le mariage est contracté dans le seul but d'obtenir un effet étranger ou secondaire du mariage (nationalité, avantage patrimonial). Ces solutions devraient s'étendre au Pacs sur le fondement des articles 515-1 (le but du Pacs est d'organiser la vie commune) et 1162 du Code civil (« *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* »).

Enfin, le Pacs est nul si l'un des partenaires était atteint d'un trouble mental au moment de sa conclusion *(C. civ., art. 414-1 et s.)*.

C Les conditions de forme

1 La convention de Pacs

À peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un Pacs produisent **la convention passée entre elles à l'officier de l'état civil**, qui la vise avant de la leur restituer *(C. civ., art. 515-3)*. La convention de Pacs peut aussi être conclue par acte notarié. Doivent également être fournies une déclaration conjointe de Pacs et des attestations sur l'honneur de non-parenté, non-alliance et résidence commune, ainsi que les copies des actes de naissance et des pièces d'identité.

La convention de Pacs peut définir précisément le régime applicable aux partenaires : choix du régime d'indivision ; convention d'indivision ; tontine ; identification et/ou modalités de preuve des biens personnels ; détermination de la contribution aux dépenses courantes, protection du logement familial ; définition, modalités d'évaluation et de règlement des créances entre partenaires, etc. La convention ne peut déroger aux dispositions d'ordre public relatives au Pacs (aide matérielle et assistance réciproques, solidarité ménagère). À tout moment, les partenaires peuvent, d'un commun accord, modifier la convention sous réserve de procéder à une déclaration conjointe et à un nouvel enregistrement.

2 La déclaration conjointe et l'enregistrement

Les deux partenaires doivent être **présents lors de leur déclaration** faite devant notaire ou devant l'officier de l'état civil.

Est compétent, l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les partenaires fixent leur résidence commune (principale) ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, l'officier de l'état civil de la commune où se trouve la résidence de l'une des parties *(C. civ., art. 515-3)*. **L'officier de l'état civil enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité**.

Lorsque la convention est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité.

La **convention modificative** est remise ou adressée à l'officier de l'état civil ou au notaire qui a reçu l'acte initial afin d'y être enregistrée.

3 La publicité du Pacs

Il est fait mention, en marge de l'**acte de naissance de chaque partenaire**, de la déclaration de Pacs, avec indication de l'identité de l'autre partenaire. Pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au service central d'état civil du ministère des affaires étrangères *(C. civ., art. 515-3-1)*. Les conventions modificatives sont soumises à la même publicité. L'officier de l'état civil ou le notaire instrumentaire doivent transmettre un avis aux fins d'inscription à l'état civil aux officiers de l'état civil dépositaires des actes de naissance des partenaires.

Le Règlement UE du 24 juin 2016, entré en vigueur le 29 janvier 2019, sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés prévoit que les partenaires peuvent choisir, pour régir les effets patrimoniaux de leur partenariat, la loi de l'État dans lequel au moins l'un des deux partenaires a sa résidence habituelle au moment où la convention est conclue, la loi d'un État dont l'un des partenaires a la nationalité au moment où la convention est conclue ou la loi de l'État selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé. À défaut de choix, la loi applicable est celle de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé *(art. 22 et 26)*.

II. Les effets du Pacs

Le Pacs prend effet **entre les parties à compter de son enregistrement** qui lui confère date certaine. Il est opposable aux **tiers à compter du jour où les formalités de publicité** sont accomplies *(C. civ., art. 515-3-1)*.

A Les effets personnels du Pacs

1 L'obligation de vie commune et d'assistance

La vie commune est une condition et une obligation du Pacs *(C. civ., art. 515-1 et 515-4)*. Elle suppose, outre une résidence commune

(cohabitation), une **vie de couple** *(Cons. const. 9 nov. 1999)*. Il n'est toutefois pas certain que la vie de couple implique un devoir de fidélité, celui-ci n'ayant à ce jour été admis que par un jugement du TGI de Lille. Selon le Conseil constitutionnel, le partenaire auquel la rupture est imposée peut demander **réparation du préjudice** éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture *(C. civ., art. 1240)*. Au vrai, la responsabilité du partenaire fautif doit pouvoir être engagée qu'il ait ou non imposé la rupture. L'article 515-7 dispose en effet qu'*« à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi »*. Engage également sa responsabilité civile, le partenaire qui méconnait son devoir d'assistance lequel implique d'apporter une aide morale au partenaire en situation de détresse.

2 La limite des effets personnels

À la différence du mariage, le Pacs ne donne pas le droit au partenaire de porter, à titre d'usage, le nom de l'autre membre du couple, ou d'acquérir la nationalité française (cependant, l'étranger pacsé a droit à une carte de séjour *Vie privée et familiale*). Le Pacs ne crée pas d'obligation alimentaire envers la famille du partenaire, ni d'empêchement au mariage entre le partenaire et les parents de son partenaire.

B Les effets patrimoniaux du Pacs

1 L'aide matérielle réciproque

L'article 515-4 précise que si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs **facultés respectives**. À l'instar des obligations de vie commune et d'assistance, le devoir d'aide matérielle est d'**ordre public**, de sorte que, si la libre volonté

des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, est nulle toute clause méconnaissant son caractère obligatoire. Dans le silence du pacte, il appartient au juge, en cas de litige, de définir les modalités de cette aide en fonction de la situation respective des partenaires *(Cons. const., 9 nov. 1999)*.

Le devoir d'aide matérielle est calqué sur la contribution aux charges du mariage. Sont donc comprises dans l'aide matérielle, les **dépenses nécessaires au fonctionnement du ménage** (nourriture, vêtements, loyer, eau-électricité-gaz, scolarisation et activités des enfants, etc.).

Jurisprudence

La cour d'appel, qui a souverainement estimé que le remboursement intégral par un partenaire des mensualités des prêts ayant financé l'immeuble indivis l'avait été en proportion de ses facultés contributives, a pu décider que ces règlements participaient à l'exécution de l'aide matérielle entre partenaires et en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que ce partenaire ne pouvait prétendre bénéficier d'une créance à ce titre *(Cass. civ. 1re, 27 janv. 2021, n° 19-26.140)*. La solution est la même pour la contribution aux charges du mariage (v. Fiche n° 52). En revanche, l'apport en capital (dépense exceptionnelle) réalisé par un partenaire pour l'acquisition de l'immeuble indivis ne devrait pas relever de l'aide matérielle entre partenaires.

Le droit du Pacs ne prévoit aucune disposition similaire à celle de l'article 214 du Code civil aux termes duquel l'époux qui ne contribue pas aux dettes ménagères peut y être contraint par le juge. Pourtant, le partenaire défaillant peut être contraint judiciairement à s'exécuter, le juge aux affaires familiales connaissant justement des actions liées à la **fixation de la contribution aux charges du Pacs** *(COJ, art. L. 213-3, 3°)*.

2 La solidarité ménagère

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les **besoins de la vie courante** *(C. civ., art. 515-4, al. 2)*. La solidarité passive permet au tiers contractant (créancier) d'**agir en paiement contre le partenaire qui n'a pas contracté la dette ménagère**.
Sont des dépenses ménagères, les dépenses courantes du logement (loyer, eau-électricité, etc.), les frais d'entretien et d'éducation des enfants, et plus généralement les dépenses normales pour une vie de couple et conformes au train de vie de celui-ci (voyages, voiture, etc.).

Cette solidarité légale est une transposition de la solidarité entre époux prévue à l'article 220 du Code civil. Les exceptions à la solidarité sont identiques :

- **les dépenses manifestement excessives,**
- **les achats à crédit et les emprunts**, sauf si ces emprunts portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que leur montant cumulé ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage.

Par analogie avec l'article 220, le caractère excessif s'apprécie eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Quel que soit le fondement de la solidarité (légale ou contractuelle), lorsque le conjoint, le partenaire ou le concubin notoire quitte le logement en raison des **violences exercées au sein du couple ou sur un enfant qui réside habituellement avec lui**, il en informe le bailleur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, accompagnée de la copie de l'**ordonnance de protection délivrée par le JAF** ou de la copie de la condamnation pénale pour des faits de violences. La solidarité du locataire victime des violences et celle de la personne qui s'est portée caution pour lui prennent fin le lendemain du jour de la première présentation de ce courrier au domicile du bailleur, pour les dettes nées à compter de cette date *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8-2)*.

3 La répartition des biens entre partenaires

a) Le principe de l'indépendance patrimoniale des partenaires

(C. civ., art. 515-5, al. 1er)
« (…) chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte (…) »

À l'exception des dettes ménagères, le Pacs n'a aucun effet sur l'actif et le passif du couple.

Comme en matière de concubinage, les partenaires qui ont **acheté un bien en indivision** en ont acquis la propriété, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la façon dont cette acquisition a été financée, de sorte qu'il ne faut pas tenir compte de la participation de chacun au financement de son acquisition *(Cass. civ. 1re, 4 mars 2015, n° 14-11.278)*. À défaut de précision des parts respectives des indivisaires, ceux-ci sont réputés être propriétaires par parts égales.

En l'**absence de titre de propriété**, chacun des partenaires peut prouver par **tous moyens**, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien.

Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié *(C. civ., art. 515-5, al. 2)*. La loi instaure ainsi une **présomption légale d'indivision** si aucun des partenaires ne prouve sa propriété exclusive.

Enfin, le partenaire qui détient individuellement un bien est présumé, **à l'égard des tiers de bonne foi**, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition. Cette disposition permet de protéger les tiers qui n'ont pas à vérifier, lorsqu'il contracte avec un partenaire, que celui-ci est propriétaire du bien, objet du contrat.

b) L'exception : la présomption d'indivision des acquêts

– Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. « *Ces biens sont alors **réputés indivis par moitié**, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale* » *(C. civ., art. 515-5-1)*. La **présomption est irréfragable**. C'est le régime d'indivision réduite aux acquêts.

  Le droit du Pacs ne prévoit aucune disposition analogue à celle prévue par l'article 1402 du Code civil selon laquelle « *tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêts de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une*

disposition de la loi ». Il est toutefois logique qu'en l'absence de preuve de la date d'acquisition d'un bien, celui-ci soit **réputé acquêt et donc indivis**.

– Par dérogation au régime d'indivision, l'article 515-5-2 prévoit que **demeurent la propriété exclusive de chaque partenaire** :

1° Les **deniers perçus** par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et **non employés à l'acquisition d'un bien** (par ex., les revenus) ;

2° Les **biens créés** et leurs accessoires ;

3° Les **biens à caractère personnel** ;

4° Les **biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire** antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative ;

5° Les biens ou portions de **biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession** ;

6° Les **portions de biens acquises à titre de licitation** de tout ou partie d'un bien dont un partenaire était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.

Les 4° et 5° renvoient à l'hypothèse de l'emploi et du remploi des deniers qui sont la propriété exclusive d'un partenaire aux fins d'acquisition d'un bien. Comme en droit des régimes matrimoniaux *(C. civ., art. 1434)*, une **mention de l'emploi ou du remploi dans l'acte d'acquisition fait échec à l'indivision** *(C. civ., art. 515-5-2, in fine)*. **À défaut, le bien est réputé indivis par moitié, ce qui donne lieu à une créance entre partenaires**.

L'article 515-5-2 ne prévoit pas qu'à défaut de déclaration dans l'acte, l'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux comme l'autorise l'article 1434. Faut-il en déduire que l'accord des partenaires reconnaissant l'emploi ou le remploi est insuffisant à faire échec à l'indivision ? C'est peu probable. Plus généralement, les partenaires peuvent-ils, d'un commun accord, renoncer à l'indivision dans l'acte d'achat, prévoir des parts indivises inégales ou prévoir le recours d'un partenaire en cas de contribution inégale ? En d'autres termes, la présomption de l'article 515-5-1 est-elle d'ordre public ? La jurisprudence ne s'est pas prononcée mais le principe de liberté patrimoniale des partenaires devrait prévaloir.

c) La gestion des biens indivis

Chaque partenaire est **gérant de l'indivision** et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8 du Code civil *(C. civ., art. 515-5-3)*. Selon un régime comparable à la gestion concurrente des biens communs en régime de communauté, chaque partenaire peut ainsi accomplir les **actes d'administration** sur les biens indivis. En revanche, un partenaire ne peut accomplir seul un **acte de disposition**, sauf sur les meubles corporels pour les besoins d'une exploitation normale des biens indivis.

Les partenaires peuvent conclure une convention d'indivision pour l'administration des biens indivis (désignation et pouvoirs du gérant). À peine d'inopposabilité, cette convention est, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, publiée au fichier immobilier. La convention d'indivision est réputée conclue pour la durée du Pacs. Toutefois, lors de la dissolution du Pacs, les partenaires peuvent décider qu'elle continue de produire ses effets dans les conditions prévues aux articles 1873-1 et suivants du Code civil.

4 Les conséquences fiscales et sociales

Les personnes mariées et les partenaires liés par un Pacs sont soumis à une **imposition commune** également pour les revenus dont ils ont disposé pendant l'année de célébration du mariage ou de la conclusion du Pacs *(CGI, art. 6)*.

Les époux et les partenaires liés par un Pacs sont tenus solidairement au paiement :
1° De l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune ;
2° De la taxe d'habitation lorsqu'ils vivent sous le même toit *(CGI, art. 1691 bis)*. Ils sont également solidaires du paiement de l'impôt sur la fortune immobilière *(CGI, art. 1723 ter-00 B)*.

Si le partenaire survivant n'a pas la qualité d'héritier du partenaire prédécédé, **la fiscalité des donations et legs est la même que pour le conjoint survivant**. Après un abattement de 80 724 euros, les donations sont soumises à un barème progressif *(CGI, art. 777 et 790 F)*.

Le Pacs a des conséquences en droit social : prise en compte des revenus du couple pour la détermination du montant des prestations sociales ; versement prioritaire du capital-décès *(CSS, art. L. 361-4)*. En revanche, le Pacs ne donne **pas droit à une pension de réversion**, cette différence de traitement (qui concerne le régime de base, la retraite complémentaire et le régime des fonctionnaires) entre les personnes mariées et les autres n'étant pas discriminatoire *(Cass. civ. 2e, 23 janv. 2014, n° 13-11.362)*. La conclusion d'un Pacs fait perdre certains droits sociaux (pension de réversion, allocation de soutien familial, allocation de veuvage).

5 Le logement

Le partenaire est réputé **cotitulaire du bail** sur le logement si les partenaires en font la **demande conjointement** *(C. civ., art. 1751)*. En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue au profit du partenaire, et, lors du décès du locataire, le contrat de bail est transféré au partenaire *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 14)*. Par ailleurs, le congé pour reprise peut désigner comme bénéficiaire le partenaire du bailleur ou le partenaire des descendants de celui-ci *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15)*.

Lorsque le Pacs prend fin par le décès d'un des partenaires, le survivant a un **droit temporaire au logement** qui n'est toutefois pas d'ordre public *(C. civ., art. 515-6, al. 3 et art. 763)*. Le partenaire survivant a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite du logement et du mobilier qui le garnit, qui sont, en tout ou partie, compris dans la succession. Si le logement est loué, les loyers doivent être remboursés par la succession au partenaire survivant au fur et à mesure de leur acquittement pendant un an.
Enfin, le partenaire survivant peut demander l'attribution préférentielle de la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert d'habitation. L'attribution préférentielle n'est de droit que si le défunt l'a expressément prévu par testament *(C. civ., art. 515-6, 831-2 et 831-3)*.

III. La dissolution du Pacs

A Les cas de dissolution *(C. civ., art. 515-7)*

1 La dissolution par le décès ou le mariage de l'un des partenaires

L'officier de l'état civil du lieu d'enregistrement du Pacs ou le notaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte, informé du mariage ou du

décès par l'officier de l'état civil compétent, enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

2 La dissolution par déclaration conjointe des partenaires

Les partenaires qui décident de mettre fin d'un commun accord au Pacs remettent ou adressent à l'officier de l'état civil du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte une déclaration conjointe à cette fin. En cas de curatelle ou tutelle d'un des partenaires, l'assistance du tuteur ou du curateur n'est pas exigée pour procéder à la déclaration conjointe.

3 La dissolution par décision unilatérale d'un partenaire

Le partenaire qui décide de mettre fin au Pacs le fait signifier à l'autre. L'huissier de justice qui a effectué la **signification** en remet ou en adresse une copie à l'officier de l'état civil ou au notaire instrumentaire qui procède à l'enregistrement de la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

L'assistance du curateur est requise pour la signification de la décision unilatérale de rupture du Pacs *(C. civ., art. 461)*. Sous le régime de tutelle, la signification de la rupture unilatérale est diligentée par le tuteur. Lorsque l'initiative de la rupture émane de l'autre partenaire, cette signification est faite à la personne du tuteur. La rupture unilatérale du Pacs peut également **intervenir sur l'initiative du tuteur avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille**.

B Les effets de la dissolution

1 La date d'effet

La dissolution du Pacs prend effet, dans les rapports entre les partenaires, à la date de son **enregistrement**. Elle est opposable aux tiers à partir du jour où les **formalités de publicité** ont été accomplies *(C. civ., art. 515-7)*.

2 La liquidation des droits et obligations résultant du Pacs

Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant du Pacs (partage des biens indivis, reprise des biens personnels, créances entre partenaires).
Cependant, le partenaire sous curatelle ou tutelle doit, selon la mesure, être assisté de son curateur ou représenté par son tuteur dans les opérations de liquidation *(C. civ., art. 461 et 462)*.

À défaut d'accord, le Juge aux affaires familiales (JAF) statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture.

Sauf convention contraire, les **créances entre partenaires sont évaluées selon les règles prévues à l'article 1469 du Code civil** (Fiche n° 20). Ces créances peuvent être **compensées avec les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune**, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante *(C. civ., art. 515-7, in fine)*.

(C. civ., art. 2236)
« [La prescription] *ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité.* »

La règle est importante.

Jurisprudence

Par exemple, elle fait obstacle à la règle selon laquelle la dépense nécessaire de conservation du bien indivis engagée par un indivisaire est immédiatement exigible dès lors que l'indivisaire peut être payé par prélèvement sur l'actif indivis avant le partage *(Cass. civ. 1re, 14 avr. 2021, n° 19-21.313, retenant l'exigibilité immédiate de la créance du concubin en excluant son report jusqu'au partage de l'indivision).*

Dispose d'une créance le partenaire qui, par exemple, a financé le bien indivis au-delà de sa part dans l'indivision, a financé le bien acquis par son partenaire, lui a simplement prêté des sommes ou a contribué bénévolement à l'entreprise du partenaire.
Il incombe au partenaire qui réclame l'exécution de la créance de prouver l'existence de celle-ci. En outre, il résulte du dernier alinéa de l'article 515-7 que l'*accipiens* peut soutenir que la participation de son partenaire n'a pas excédé sa contribution aux charges du ménage.

3 La rupture fautive

Le Pacs étant un contrat auquel il peut être mis fin à tout moment, la rupture n'est pas en soi une faute. Seules les circonstances de la rupture peuvent ouvrir droit à réparation : rupture brutale, violation des obligations d'ordre public qui s'imposent aux partenaires (vie commune, aide et assistance réciproques).

§3 Les fiançailles

I. La valeur juridique des fiançailles

Les fiançailles sont la promesse réciproque par laquelle de futurs époux s'engagent à contracter mariage. La **promesse de mariage**

n'est pas un contrat et se prouve donc par tous moyens. Toutefois, elle ne peut résulter d'un concubinage ou d'une annonce matrimoniale.

II. La rupture abusive des fiançailles

Liberté du mariage oblige, la rupture d'une promesse de mariage **n'est pas, à elle seule, génératrice de dommages-intérêts**, lesquels ne peuvent être accueillis que s'il vient s'y ajouter une faute en raison des circonstances *(Cass. civ. 1re, 4 janv. 1995, n° 92-21.767)*. Il appartient aux juges du fond de relever les circonstances caractérisant la brutalité de la rupture des fiançailles ou, par exemple, une rupture sans motif légitime alors que la fiancée est enceinte.

III. Les donations et présents entre fiancés

En vertu de l'article 1088 du Code civil, « *toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas* ». Ce principe de la **révocabilité des donations faites en vue du mariage** n'est toutefois pas applicable aux **présents d'usage**. Constitue un présent d'usage, un cadeau qu'il est d'usage d'offrir en vue du mariage et dont la valeur n'est pas excessive eu égard à la situation financière, au train de vie et aux habitudes du disposant *(Cass. civ., 30 déc. 1952, Sacha Guitry)*. Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant *(C. civ., art. 852 qui précise que les présents d'usage ne doivent pas être rapportés sauf volonté contraire du disposant)*. Par exception, les **souvenirs de famille**, telle qu'une bague de fiançailles, échappent à la qualification de présents d'usage et ne peuvent donner lieu qu'à un prêt à usage (*Cass. civ. 1re, 23 mars 1983, n° 82-12.526 ;*

Cass. civ. 1re, 30 oct. 2007, n° 05-14.258). Ils doivent donc être restitués.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M. GRIMALDI et A. BÉNABENT, L'embarras du choix ? (comparaison union libre, Pacs, mariage), *Gaz. Pal.* n° 173, 1er avr. 2014, p. 34
– A. COUSIN et E. BUAT-MÉNARD, Les créances entre concubins, *AJ Famille* 2013, p. 47
– C. BRIDGE, L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations, *RLDC*, n° 41, 2007
– Dossier « Mariage, Pacs, concubinage : le guide », *AJ Famille* 2015, p. 14 à 43

Fiche n° 13 Le mariage

⏭ L'ESSENTIEL

Le mariage est une union contractée par deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui s'obligent à une communauté de vie *(C. civ., art. 215, al. 1er)* et se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance *(C. civ., art. 212)*. Le mariage est soumis à des conditions de fond et de forme dont la méconnaissance est sanctionnée par une opposition à mariage et/ou l'annulation du mariage. C'est surtout concernant ses effets que le mariage se distingue du Pacs. Les effets personnels sont plus contraignants (fidélité, cohabitation, vie commune, secours) et étendus (nationalité, nom d'usage). Les effets pécuniaires du mariage sont essentiels (régime matrimonial, droits *ab intestat* du conjoint survivant, devoir alimentaire).

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les conditions du mariage

Jurisprudence

La **liberté du mariage**, garantie par le droit international *(not. art. 12 de la Conv. EDH)* et la Constitution *(DDHC, art. 2 et 4)*, fonde la nullité des clauses de célibat ou de viduité. Toutefois, il peut être porté atteinte à la liberté du mariage par un employeur dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement *(Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, Dame Roy c/ Cours Sainte Marthe : validité du licenciement fondé sur le remariage après divorce d'une enseignante d'un établissement catholique privé sous contrat)*. En revanche, le licenciement d'un médecin par un hôpital catholique en raison de son remariage après un divorce peut constituer une discrimination interdite fondée sur la religion *(CJUE, 11 sept. 2018, C-68/17)*.

I. Les conditions de fond

A Les conditions d'ordre physiologique

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a légalisé le mariage homosexuel *(C. civ., art. 143)*. Reste uniquement la condition relative à l'**âge matrimonial**. Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit révolus *(C. civ., art. 144)*. Néanmoins, le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut accorder des dispenses pour motifs graves. Les mineurs peuvent alors contracter mariage avec le consentement, par acte authentique (notaire ou officier de l'état civil), de leurs père et mère. Le consentement d'un seul des parents suffit lorsque l'autre parent s'oppose au mariage, est décédé, est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou si sa résidence est inconnue *(C. civ., art. 148 et s.)*.

B Les conditions relatives au consentement

1 La capacité à consentir au mariage

La personne chargée de la mesure de protection (tutelle, curatelle) est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'elle assiste ou représente *(C. civ., art. 460)*. L'officier de l'état civil ne peut procéder à la publication des bans si une justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection ne lui a pas été remise *(C. civ., art. 63)*. Au-delà du droit d'opposition dont dispose le tuteur ou le curateur *(C. civ., art. 175)*, la personne chargée de la mesure de protection peut saisir le juge afin qu'il l'autorise à conclure seule un contrat de mariage afin de préserver les intérêts du majeur protégé *(C. civ., art. 1399, al. 3)*.

2 L'existence du consentement

(C. civ., art. 146)
« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

(C. civ., art. 146-1)
« Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence. »

a) L'insanité d'esprit et le mariage posthume

– Celui qui agit en nullité doit démontrer que le **trouble mental dont est affecté l'un des époux** ne lui a pas permis de consentir au mariage. L'existence d'un trouble mental faisant obstacle au consentement est apprécié souverainement par les juges du fond *(Cass. civ. 1re, 31 janv. 2006, n° 02-19.398, circonstances d'un mariage in extremis permettant de déduire le consentement du râle de l'époux mourant ; Cass. civ. 1re, 4 mai 2011, n° 09-68.983)*.

– Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du **mariage en cas de décès de l'un des**

futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement *(C. civ., art., 171)*. Les effets du mariage posthume remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux. Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux. Il permet néanmoins l'octroi d'une allocation de veuvage *(Cass. soc., 15 févr. 2001, n° 99-17.199)* ou d'une pension.

b) L'intention matrimoniale

Le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un **résultat étranger à l'union matrimoniale**. Il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux *(Cass. civ. 1re, 20 nov. 1963, Appietto)*. L'arrêt *Appietto* invite à distinguer les effets primaires du mariage (vie commune, communauté de biens, filiation), dont la recherche est légitime, des effets secondaires, étrangers au but de l'institution, dont la recherche ne saurait, à peine de nullité, constituer la cause déterminante du mariage (acquisition de la nationalité ou d'un titre de séjour, avantages fiscaux ou patrimoniaux).

Jurisprudence

Le mariage est nul lorsqu'une personne s'est mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de son époux, ce dernier ayant exprimé sa volonté de demander l'annulation du mariage quelques jours avant de subir les coups mortels portés par son épouse *(Cass. civ. 1re, 19 déc. 2012, n° 09-15.606)*.

Est nul le mariage entre un homme et la fille de sa véritable compagne, célébré dans le seul but d'assurer l'avenir de celle-ci. En l'absence de toute intention matrimoniale, le juge n'a **pas à contrôler la proportionnalité** de la nullité au regard du droit à la vie privée de l'épouse et du droit au mariage *(Cass. civ. 1re, 1er juin 2017, n° 16-13.441)*. En effet, **ces droits fondamentaux protègent l'union matrimoniale et non les mariages fictifs**.

(CESEDA, art. L. 823-11)
« Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait, pour toute personne, de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française. Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint.
Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins. »

3 L'intégrité du consentement

« *En mariage, trompe qui peut* ». L'adage de Loysel signifie que le dol n'est pas une cause de nullité du mariage, à la différence de l'erreur et de la violence. Si mensonge il y a, il doit avoir provoqué une erreur sur une qualité essentielle du conjoint.

Sont une cause de nullité du mariage, l'erreur dans la personne et l'erreur sur des qualités essentielles *(C. civ., art. 180, al. 2)*. L'**erreur**

dans la personne porte sur l'identité physique de celle-ci *(Cass. ch. réunies, 24 avr. 1862, Dame Berthon, qui exclut l'erreur sur l'identité civile de l'époux, ancien bagnard)*, ce qui est très restrictif (se tromper de personne). La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a consacré l'**erreur sur les qualités essentielles**. La qualité est essentielle lorsque son défaut est de nature à perturber gravement la vie matrimoniale : la santé physique et mentale, les aptitudes sexuelles, la religion, l'honorabilité, voire même la profession de l'époux. Encore faut-il que l'erreur ait été **déterminante**, c'est-à-dire que la qualité essentielle était subjectivement attendue du conjoint.

Jurisprudence

Une cour d'appel peut juger que le fait pour un époux d'avoir caché à son épouse l'existence d'une relation antérieure ne constituait pas une tromperie sur ses qualités essentielles, et souverainement estimer que les convictions religieuses de l'épouse ne permettaient pas d'établir que celle-ci n'aurait pas contracté mariage si elle avait eu connaissance de cette liaison passée de son mari dans la mesure où les aspirations de celui-ci à une union durable n'étaient nullement mises à mal par cette circonstance *(Cass. civ. 1re, 13 déc. 2005, n° 02-21.259)*.

C'est souverainement qu'une cour d'appel a pu retenir que le fait de cacher un premier mariage religieux et un divorce a entraîné pour l'épouse une erreur sur les qualités essentielles et déterminantes dès lors que celle-ci désirait contracter un mariage religieux et entendait, par là même, épouser une personne non divorcée *(Cass. civ. 1re, 2 déc. 1997, n° 96-10.498)*.

Par un célèbre arrêt, la cour d'appel de Douai a jugé que la virginité de l'épouse n'était pas une qualité essentielle, peu importe son caractère déterminant pour le conjoint *(CA Douai, 17 nov. 2008 ; v. aussi la prohibition de l'examen visant à attester la virginité d'une personne : C. pén. art. 225-4-12)*.

La violence est une contrainte exercée sur une personne pour la déterminer à contracter en suscitant chez elle la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable. Elle peut résulter de la seule crainte révérencielle envers un ascendant *(C. civ., art. 180, al. 2)*. Peu importe que la violence soit exercée par le futur conjoint ou un tiers. L'**ordonnance de protection des victimes de violences** peut être délivrée en urgence par le JAF à la personne menacée de mariage forcé, notamment pour interdire au défendeur de recevoir ou rencontrer certaines personnes, autoriser le demandeur en danger à dissimuler son domicile et pour ordonner, à sa demande, l'interdiction temporaire de sortie du territoire de la personne menacée *(C. civ., art. 515-13)*.

C Les conditions d'ordre sociologique

1 La monogamie

(C. civ., art. 147)
« On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. »

L'époux bigame et l'officier public ayant célébré le second mariage en connaissant l'existence du précédent mariage encourent les peines d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende *(C. pén., art. 433-20)*. Encore faut-il que le premier mariage soit valable ! Le juge a l'**obligation de surseoir à statuer sur la validité du second mariage** si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage *(C. civ., art. 189)*, nonobstant les aléas d'une telle action *(Cass. civ. 1re, 11 avr. 2018, n° 17-17.530)*.

Jurisprudence

L'interdiction de la polygamie s'applique même si le second mariage est contracté entre les mêmes personnes que le premier *(Cass. civ. 1re, 3 févr. 2004, n° 00-19.838)*.

Doit être rejetée l'action en nullité du mariage pour bigamie de l'épouse dès lors que le consentement au premier mariage faisait défaut au motif que l'épouse avait présenté la cérémonie à Las Vegas à ses amis comme un rite sans conséquences, que le voyage n'avait pas eu pour but ce mariage puisque les bans n'avaient pas été publiés, que les « époux » n'avaient entrepris aucune démarche en vue de sa transcription à leur retour en France, qu'ils n'avaient pas conféré à l eur enfant le statut d'enfant « légitime » puisqu'ils l'avaient reconnu, sans aucune allusion à leur mariage dans l'acte de naissance, et qu'ils avaient tous deux contracté des unions en France après ce mariage *(Cass. civ. 1re, 19 sept. 2019, n° 18-19.665)*.

Le mariage contracté à l'étranger en état de polygamie n'est pas nul si les lois nationales de chacun des époux l'autorisent *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2002, n° 00-15.789 ; Cass. civ. 28 janv. 1958, Chemouni)*. Les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chaque époux *(C. civ., art. 202-1)*. Il s'ensuit qu'un mariage bigame célébré à l'étranger entre des étrangers peut produire des effets en France. *La seconde épouse peut donc demander le divorce en France (Cass. civ. 1re, 17 nov. 2021, n° 20-19.420)*.

Cependant, « *aucun document de séjour ne peut être délivré à un étranger qui vit en France en état de polygamie* » *(CESEDA, art. L. 412-6)*. Lorsqu'un étranger polygame réside en France avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre *conjoint (CESEDA, art. L. 434-9)*. L'étranger bigame marié avec un Français ne peut obtenir une carte de séjour car celle-ci est subordonnée à la transcription du mariage célébré à l'étranger dans l'état civil français *(CESEDA, art. L. 423-1)*. Certaines dispositions visent néanmoins à protéger le conjoint de l'époux polygame *(CESEDA, art. L. 412-6 et L. 423-5)*. Enfin, la situation de polygamie du conjoint étranger constitue un défaut d'assimilation qui fait obstacle à l'acquisition de la nationalité française à raison du mariage *(C. civ., art. 21-4)*. Si c'est l'époux français qui est en situation de polygamie, le conjoint étranger ne peut pas non plus obtenir la nationalité française, faute de communauté de vie *(Cass. civ. 1re, 12 janv. 2022, n° 20-50.036)*.

La pension de réversion est versée au seul conjoint survivant de l'assuré décédé dont le mariage a été contracté, dans le respect des dispositions de l'article 147, à la date la plus ancienne (CSS, art. L. 161-23-1 A, qui contredit Cass. civ. 2e, 5 nov. 2015, n° 14-25.565).

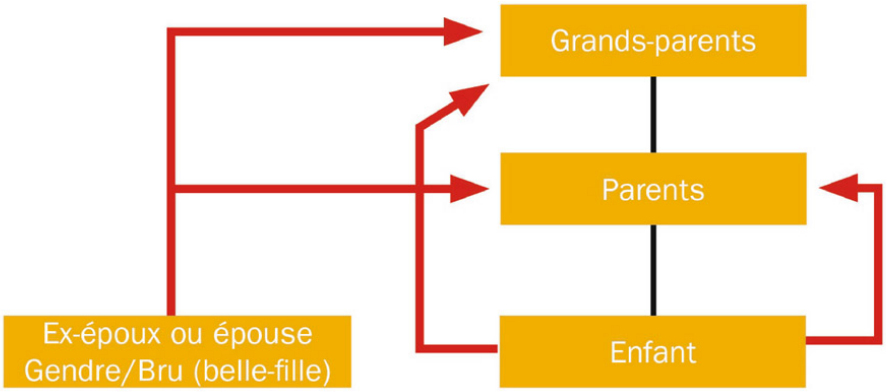
Le ministère public peut s'opposer à la demande de transcription d'un mariage bigame, nonobstant la prescription de l'action en nullité (*Cass. civ. 1re, 19 oct. 2016, n° 15-50.098*).

2 La prohibition de l'inceste

En **ligne directe**, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne *(C. civ., art. 161)*. Cependant, le président de la République peut, par une décision

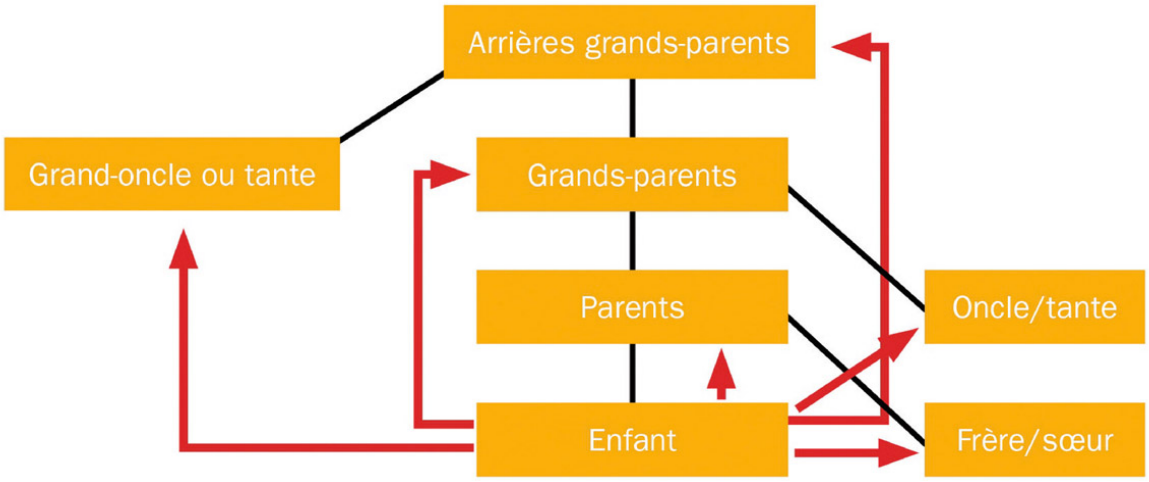
discrétionnaire, lever la prohibition de l'inceste par alliance, lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée (par exemple, le fils pour le mariage entre un beau-père et sa belle-fille).

Prohibition de l'inceste en ligne directe



En **ligne collatérale**, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs *(C. civ., art. 162)*. Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce *(C. civ., art. 163)*. La jurisprudence a étendu la prohibition jusqu'au 4e degré *(Req. 28 nov. 1877)*. Néanmoins, il est loisible au président de la République de lever, pour des causes graves, la prohibition prévue à l'article 163.

Prohibition de l'inceste entre collatéraux



En cas d'adoption plénière, les prohibitions au mariage sont applicables dans la famille d'origine et la famille de l'adoptant *(C. civ., art. 356)*.

En cas d'adoption simple, les prohibitions au mariage sont applicables entre l'adopté et sa famille d'origine (art. 364). En revanche, dans la famille de l'adoptant, le mariage est prohibé :

1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants,

2° Entre l'adopté et le conjoint ou le partenaire lié par un pacs de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint ou le partenaire lié par un Pacs de l'adopté ;

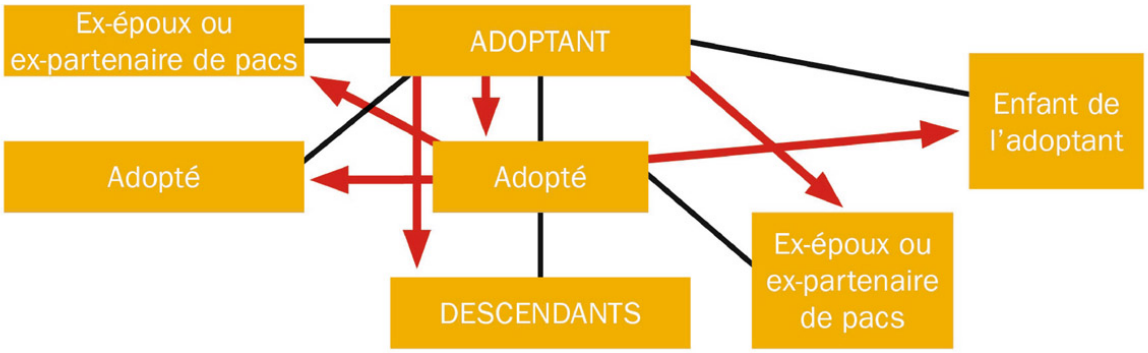
3° Entre les enfants adoptifs d'un même individu ;

4° Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. *(C. civ., art. 366)*.

Ainsi, le mariage entre l'adopté et l'un des parents ou l'un des collatéraux de l'adoptant n'est pas prohibé. De plus, les prohibitions (3.) et (4.) peuvent être levées par dispense du Président de la République, s'il y a des causes graves. La prohibition au mariage portée au 2° peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la

personne qui a créé l'alliance ou qui était liée par un pacte civil de solidarité est décédée.

Prohibition de l'inceste en cas d'adoption



Bien qu'il s'agisse d'un interdit ancestral (Œdipe), le terme inceste n'apparaît pas dans le Code civil. Les viols et les agressions sexuelles incestueux sont en revanche définis par le Code pénal *(C. pén., art. 222-22-3)*, qualification qui a un impact sur les éléments constitutifs de ces infractions *(C. pén., art. 222-23-2 et 222-29-3)*.

Jurisprudence

Dans un **arrêt fondateur**, la Cour de cassation a jugé que l'annulation d'un mariage, constitutif d'un inceste par alliance, revêtait à l'égard de l'épouse le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée *(Conv. EDH, 4 nov. 1950, art. 8)*, dès lors que l'union, célébrée sans opposition, avait duré plus de 20 ans *(Cass. civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066)*.

Bien que l'action en nullité absolue se prescrive par 30 ans, la Cour décide que le mariage incestueux est valable. Les arguments de la cour d'appel qui relevait notamment la naissance d'une fille issue de la première union n'ont pas convaincu la Cour de cassation. Celle-ci procède pour la première fois à un **contrôle de proportionnalité** qui lui permet de **ne pas appliquer la loi** (prohibition de l'inceste par alliance, prescription trentenaire), **sans déclarer celle-ci contraire aux droits fondamentaux**. C'est uniquement l'application de la loi au cas d'espèce qui cause une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. Selon une doctrine, cette jurisprudence conduit à l'arbitraire du juge puisque celui-ci peut refuser d'appliquer une loi en se fondant sur des **circonstances de fait**.

Cette jurisprudence est aussi une réponse à l'arrêt de la Cour européenne ayant jugé la prohibition de l'inceste par alliance contraire au droit au mariage protégé par l'article 12 de la Conv. EDH *(CEDH, 13 sept. 2005, B et L c/ Royaume-Uni)*. Elle permet ainsi à la Cour de cassation de décider que la nullité du mariage entre un beau-père et sa bru ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse, dès lors que celle-ci avait 9 ans lorsque son futur époux a épousé sa mère, qu'elle s'est mariée avec lui à 27 ans, soit 2 ans après le divorce de sa mère, que le mariage n'a duré que 8 ans et qu'aucun enfant n'est issu de cette union *(Cass. civ. 1re, 8 déc. 2016, n° 15-27.201)*.

L'article 310-2 du Code civil **prohibe l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu** (ligne directe et collatéraux au 2e degré). Si la filiation est établie à l'égard de l'un des parents, la filiation à l'égard de l'autre est interdite, quel que soit le mode d'établissement de la filiation (reconnaissance, adoption, action en recherche de filiation). Ainsi, la requête en adoption simple présentée par le frère de la mère biologique contredit l'ordre public *(Cass. civ. 1re, 6 janv. 2004, no 01-01.600)*.

En revanche, si l'enfant n'est pas né d'un inceste, l'adoption des neveux ou nièces par leur tante ou oncle n'est pas, en elle-même, contraire à l'ordre public international *(Cass. civ. 1re, 16 déc. 2020, no 19-22.101 ; sur la prohibition de l'adoption en raison du lien de parenté : C. civ. art. 343-3)*.

II. Les conditions de forme

A Les formalités antérieures à la célébration

Avant la publication des bans, les futurs époux doivent remettre à l'officier de l'état civil un dossier de mariage (copies intégrales des actes de naissance, justification de l'identité des époux, indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance des témoins). L'officier public procède à l'audition des futurs époux, sauf s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des conditions relatives au consentement *(C. civ., art. 63)*.

La **publication des bans** consiste à annoncer le projet de mariage par voie d'affiche apposée pendant dix jours à la mairie du lieu du mariage et celle du lieu où chacun des époux a son domicile *(C. civ., art. 64)*. Le mariage ne peut être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication. Le mariage doit alors être célébré dans l'année sinon il faut republier les bans *(C. civ., art. 65)*.

Une dispense peut être accordée par le procureur de la République pour cause grave, tel un mariage *in extremis (C. civ., art. 169)*.

B La célébration du mariage

Le mariage est célébré **publiquement** par l'**officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un des époux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile** ou sa résidence à la date de la publication *(C. civ., art. 165)*. Le mariage ne doit donc pas être célébré dans la clandestinité et/ou par un officier incompétent.

Sauf en cas d'opposition, l'officier de l'état civil, qui n'a pas à apprécier l'opportunité de la célébration, doit célébrer le mariage à peine de sanctions administrative et pénale.
Le mariage doit être célébré en présence d'au moins **deux témoins** *(C. civ., art. 75)*.

Lors de la célébration, l'officier de l'état civil fait lecture des dispositions légales visées par l'article 75 du Code civil et interpelle les futurs époux d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, le cas échéant, la date du contrat et les nom et lieu de résidence du notaire qui l'a reçu. Enfin, « *il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ* ».

Outre l'absence de valeur juridique du mariage religieux, le ministre du culte a l'interdiction de procéder, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil *(C. pén., art. 433-21)*.

C La preuve du mariage

Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf dans les cas prévus par l'article 46 *(C. civ., art. 194)*. L'**acte de mariage** comprend les mentions obligatoires énoncées par l'article 76 du Code civil. En marge de l'acte de naissance de chaque époux, il est fait mention de la célébration et du nom du conjoint.

Par exception, la preuve du mariage est libre en cas de registres de l'état civil non tenus ou perdus *(C. civ., art. 46)* ou lorsqu'elle est rapportée par un tiers.

III. Les sanctions des conditions de formation du mariage

A L'opposition à mariage

L'opposition est l'acte par lequel le titulaire du droit d'opposition à mariage fait **défense à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage** en raison de l'existence d'un empêchement à mariage. La méconnaissance des conditions de formation sanctionnées par la nullité peut donner lieu à opposition (empêchement dirimant), mais également le non-respect des conditions ne faisant pas encourir la nullité (empêchement prohibitif : publication des bans, témoins, remise d'un acte de naissance).

1 Les titulaires du droit d'opposition

Sont titulaires du droit d'opposition à mariage *(C. civ., art. 172 et s.)* :

- la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes en cas de polygamie ;
- les père et mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, quelle que soit la condition méconnue (bigamie, vice du

consentement, défaut de publication des bans, défaut d'autorisation parentale, etc.).
– à défaut d'ascendants, les collatéraux lorsque le consentement du conseil de famille est requis pour le mariage de mineurs en raison de l'absence d'ascendants, ou lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux à condition que l'opposant provoque l'ouverture d'une mesure de protection juridique ;
– le tuteur et le curateur du futur époux qu'il représente ou assiste ;
– le ministère public pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage.

Lorsqu'il existe des **indices sérieux laissant présumer**, le cas échéant au vu de l'audition des futurs époux par l'officier de l'état civil *(C. civ., art. 63)*, que le mariage est susceptible d'être annulé pour **défaut ou vice du consentement**, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République qui peut alors faire **opposition** *(C. civ., art. 175-2)*. Dans les quinze jours de sa saisine, le procureur doit, par décision motivée adressée à l'officier public et aux intéressés, soit laisser procéder au mariage, soit faire opposition, soit décider qu'il sera sursis à la célébration dans l'attente des résultats de l'enquête. À l'issue du sursis (un mois renouvelable), le procureur prend une décision. Chaque époux peut contester la décision de sursis devant le président du Tribunal judiciaire qui statue dans un délai de dix jours.

2 La forme de l'acte d'opposition

L'opposition est signée par le ou les opposants et **signifiée aux futurs époux et à l'officier de l'état civil** *(C. civ., art. 66)*. Il s'agit d'un acte d'huissier soumis aux mentions obligatoires prévues à l'article 648 du Code de procédure civile. L'officier de l'état civil fait mention de l'opposition et, le cas échéant, des jugements et actes de mainlevée, sur le registre des mariages *(C. civ., art. 67)*. L'opposition contient des mentions obligatoires : qualité de l'opposant, motifs de l'opposition,

texte sur lequel est fondée l'opposition, élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré *(C. civ., art. 176)*. Les conditions de forme de l'opposition sont prescrites à peine de nullité et du refus de l'huissier de signifier l'acte.

3 Les effets de l'opposition

L'officier de l'état civil a l'**interdiction de célébrer le mariage** avant que lui soit remis la mainlevée, sous peine d'une amende de 3 000 euros et de tous dommages-intérêts *(C. civ., art. 68)*.

L'opposition est valable un an mais peut être renouvelée. Toutefois, lorsque l'opposition est faite par le ministère public, elle ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire *(C. civ., art. 176)*.

La mainlevée de l'opposition est décidée soit par l'opposant devant l'officier de l'état civil, soit par le Tribunal judiciaire lorsque l'opposition est mal fondée *(C. civ., art. 177)*. Le Tribunal se prononce dans un délai de dix jours sur la demande de mainlevée formée par les futurs époux.
Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts *(C. civ., art. 179)*.

Jurisprudence

La procédure de mainlevée de l'opposition est sans effet sur l'écoulement du délai de caducité de l'opposition elle-même *(Cass. civ. 1re, 11 juill. 2019, n° 15-17.718)*.

B La nullité du mariage

1 L'action en nullité

a) La nullité relative

L'action en nullité relative du mariage est une action attitrée réservée à la partie protégée par la règle de droit méconnue, à savoir :

- La victime d'un **vice du consentement**. Cependant, le ministère public peut agir en nullité du mariage pour violence *(C. civ., art. 180)*. La demande en nullité n'est plus recevable à l'issue d'un délai de **cinq ans à compter du mariage** *(C. civ., art. 181)*.
- En cas de **minorité**, celui dont le consentement était requis et celui des époux qui avait besoin de ce consentement *(C. civ., art. 182)*. L'action en nullité ne peut plus être intentée toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire ou lorsqu'il s'est écoulé cinq années sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage *(C. civ., art. 183)*.

b) La nullité absolue

Sept conditions du mariage sont sanctionnées par une nullité absolue : **défaut d'âge légal, absence de consentement, absence de l'époux lors du mariage, bigamie, inceste, clandestinité et incompétence de l'officier de l'état civil**.

L'action en nullité absolue peut être exercée dans un délai de **trente ans à compter de la célébration**, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont un intérêt, soit par le ministère public *(C. civ., art. 184)*.

Toutefois, l'action ne peut être exercée par les **collatéraux** ou par les **enfants nés d'un autre mariage** qu'après le décès des époux et à condition d'y avoir un intérêt né et actuel *(C. civ., art. 187)*. Cela

revient à exiger la preuve d'un intérêt pécuniaire notamment de nature successorale *(Cass. civ. 1re, 4 mai 2011, n° 09-68.983)*.

Le **ministère public** ne peut agir que du vivant des époux *(C. civ., art. 190)*. La recevabilité de son action est subordonnée à la mise en cause des deux époux *(Cass. civ. 1re, 6 mai 2009, n° 07-21.826)*.

Jurisprudence

Les juges du fond ne peuvent pas relever d'office la prescription trentenaire de l'action en nullité, de sorte qu'ils peuvent annuler un mariage célébré à l'étranger plus de trente ans après sa célébration pour défaut d'intention matrimoniale *(Cass. civ. 1re, 19 sept. 2019, n° 18-19.665)*.

L'irrégularité de forme (défaut de publicité, incompétence de l'officier de l'état civil) est sanctionnée par une **nullité facultative** du mariage laissée à la discrétion du tribunal *(Cass. civ., 7 août 1883)*.

(C. civ., art. 196)
« Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte » pour vice de forme.

2 Les effets de la nullité

En raison de l'effet rétroactif de la nullité, le mariage est censé n'avoir jamais existé. L'obligation de communauté de vie, les devoirs de fidélité, d'assistance et de secours disparaissent. Aucun époux ne peut demander le paiement d'une prestation compensatoire. Les rapports patrimoniaux entre les époux relèvent du droit commun et non du

droit des régimes matrimoniaux. Chacun perd tout droit dans la succession de l'autre.

Par exception, le mariage putatif produit ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi *(C. civ., art. 201)*, c'est-à-dire dans l'ignorance de la violation des conditions de formation du mariage lors de sa célébration. Si les deux époux sont de bonne foi, le mariage produit tous ses effets (régimes matrimoniaux, prestation compensatoire, etc.) mais disparaît pour l'avenir. Si un seul époux est de bonne foi, il a la faculté d'évincer la rétroactivité à son seul profit notamment pour invoquer les effets du régime matrimonial s'ils lui sont favorables. L'époux de bonne foi peut bénéficier d'une prestation compensatoire ou d'une pension de réversion *(même en cas de bigamie : CSS, art. L. 161-23-1 A, al. 3 ; Cass. civ. 2e, 21 oct. 2021, n° 20-17.462)* et conserver la nationalité française acquise à raison du mariage *(C. civ., art. 21-5)*.

À l'égard des tiers, les époux peuvent, le cas échéant, opposer la putativité du mariage. De même, les tiers peuvent se prévaloir de la putativité du mariage si celle-ci est applicable.

Enfin, le mariage produit ses effets à l'égard des enfants *(C. civ., art. 202)*.

Jurisprudence

La bonne foi étant toujours présumée, il convient, pour écarter le mariage putatif, de démontrer que l'épouse avait eu connaissance, au moment de la célébration, de la cause de la nullité telle que le maintien d'un mariage antérieur *(Cass. civ. 1re, 20 nov. 2013, n° 12-25.897)*.

IV. Le mariage international

A Les règles de conflit de lois

Les conditions de fond du mariage relèvent de la loi personnelle de chaque époux. Toutefois, quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux au sens des articles 146 et 180, alinéa 1er, du Code civil *(C. civ., art. 202-1)*. Les conditions de fond relatives à l'existence du consentement et à l'absence de violence constituent ainsi des lois de police au sens du droit international privé. En revanche, en l'absence de contestation touchant à l'intégrité du consentement, la disposition du droit marocain qui autorise le recueil du consentement d'une épouse (qui n'a pas la nationalité française) par une procuration n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public *(Cass. civ. 1re, 18 mars 2020, no 19-11.573)*.

Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet. L'étranger dont la loi personnelle prohibe le mariage homosexuel peut donc se marier en France s'il y a son domicile ou sa résidence. Cette règle favorable au mariage homosexuel n'est pas évincée par la disposition de la Convention franco-marocaine renvoyant à la loi nationale pour déterminer les conditions de fond du mariage, dès lors que ladite Convention ajoute que la loi personnelle applicable peut être écartée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public *(Cass. civ. 1re, 28 janv. 2015, no 13-50.059)*.

Conformément à l'adage *locus regit actum*, le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de

l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu *(C. civ., art. 202-2 et 171-1)*.

B Le mariage d'un Français célébré à l'étranger

Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence *(C. civ., art. 146-1)*. Le mariage doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage et d'une publication de bans auprès de l'officier de l'état civil ou de l'autorité diplomatique ou consulaire du lieu où le futur époux français a son domicile *(C. civ., art. 171-2)*. Il est procédé à l'audition prévue par l'article 63 et, le cas échéant, en présence d'indices sérieux laissant présumer un mariage nul, l'autorité diplomatique ou consulaire saisit le procureur de la République de Nantes *(CPC, art. 1056-2 ; le Tribunal judiciaire de Nantes ayant une compétence exclusive nationale pour tous les mariages célébrés à l'étranger)* qui peut faire opposition dans un délai de deux mois.

Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants *(C. civ., art. 171-5)*. En cas d'indices sérieux laissant présumer un mariage nul, l'autorité diplomatique ou consulaire chargée de la transcription en informe le ministère public qui peut s'opposer à la transcription ou même agir en nullité du mariage *(C. civ., art. 171-7)*.

§2 Les effets du mariage

I. Les effets personnels du mariage

A Les devoirs des époux

1 Le devoir de fidélité

Depuis 1975, l'adultère n'est plus une faute pénale mais constitue uniquement une **faute civile de nature à justifier le prononcé d'un divorce pour faute et de dommages-intérêts**.

Jurisprudence

La libéralisation des mœurs a emporté avec elle la rigueur du devoir de fidélité :

– la libéralité faite par une personne mariée pour entretenir une relation adultère est valable *(Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238)* ;

– le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée est valable *(Cass. civ. 1re, 4 nov. 2011, n° 1 0-20.114)* ;

– le seul fait d'entretenir une liaison avec une personne mariée n'est pas une faute à moins de démontrer l'intention de nuire de la maîtresse ou de l'amant *(Cass. civ. 2e, 5 juill. 2001, n° 99-21.445)* ;

– l'absence de sanction civile de l'adultère en dehors de la sphère des relations entre époux, partant, l'absence d'interdiction légale de la promotion à des fins commerciales des rencontres extra-conjugales, et, en tout état de cause, le caractère disproportionné de l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression que constituerait l'interdiction de la campagne publicitaire litigieuse, font obstacle à l'interdiction de la publicité pour un site de rencontres extra-conjugales et à la nullité des contrats conclus par ses utilisateurs *(Cass. civ. 1re, 16 déc. 2020, n° 19-19.387)* ;

– l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettent plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale est à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de l'époux prétendument adultère *(Cass. civ. 1re, 17 déc. 2015, n° 14-29.549)*.

En revanche, compte tenu des circonstances, une relation adultère peut constituer une injure grave justifiant la révocation d'une donation pour ingratitude *(C. civ., art. 955 ; Cass. civ. 1re, 25 oct. 2017, n° 16-21.136)*.

2 Le devoir d'assistance et de respect

Chaque époux doit apporter soins et aides à celui qui est dans le besoin (maladie, détresse). *A fortiori*, chaque époux est tenu d'un devoir de respect qui lui interdit de commettre des voies de fait ou des violences contre son conjoint.

3 Le devoir de communauté de vie et de cohabitation

Les époux doivent vivre ensemble et même consommer le mariage. Suite logique de la communauté de vie, la résidence de la famille est au lieu que les époux choisissent d'un commun accord *(C. civ., art. 215, al. 2)*.

Jurisprudence

Les époux peuvent avoir, pour des motifs professionnels, un domicile distinct, sans qu'il ne soit porté atteinte à la communauté de vie à la caractérisation de laquelle est subordonnée l'acquisition de la nationalité française par mariage *(Cass. civ. 1re, 12 févr. 2014, n° 13-13.873)*.

En cas de **séparation de fait**, le juge ne peut contraindre l'un des époux à reprendre la vie commune. La séparation de fait ne met pas fin aux droits et obligations du mariage. Cependant, elle peut emporter diverses conséquences notamment :

1° la séparation de fait peut justifier un divorce pour altération définitive du lien conjugal voire pour faute ;

2° le conjoint étranger ne peut plus obtenir la nationalité française *(C. civ., art. 21-2)* ;

3° les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution de la communauté soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer *(C. civ., art. 1442 ; art. 262-1)* ;

4° l'époux séparé de droit ou de fait perd le droit au capital de l'assurance-décès *(CSS, art. L. 361-4)*.

Seule une décision judiciaire peut autoriser les époux à résider séparément : la séparation de corps *(C. civ., art. 299)* ; l'ordonnance de protection des victimes de violences *(C. civ., art. 515-9 et s.)* et, dès l'introduction de l'instance en divorce, le juge peut statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux *(C. civ., art. 255)*.

L'ordonnance de protection est délivrée par le JAF, s'il estime, au vu des éléments produits devant lui et contradictoirement débattus, qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violences allégués (au sein du couple, commises par un ancien conjoint, partenaire lié par un Pacs ou concubin, ou sur la personne menacée de mariage forcé) et le danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés.

L'appréciation du **caractère vraisemblable de la commission de faits de violence et du danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés** relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-24.180)*.

Le JAF est saisi par requête et convoque immédiatement les parties pour une audience. L'ordonnance de protection est délivrée, par le JAF, dans un délai maximum de 6 jours à compter de la fixation de la date d'audience.
Le JAF est compétent notamment pour :
– interdire à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge, ainsi que d'entrer en relation avec elles, le cas échéant, le juge peut ordonner, après avoir recueilli le consentement des deux parties, le port par chacune d'elles d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement (en cas de refus du défendeur, le JAF en informe le procureur de la République) ;
– statuer sur la **résidence séparée** des époux ou le logement commun des partenaires de pacs ou de concubins. Le logement conjugal ou commun est attribué, sauf ordonnance spécialement motivée par des circonstances particulières, au conjoint, partenaire de pacs ou concubin qui n'est pas l'auteur des violences, les frais afférents pouvant être pris en charge par le conjoint, le partenaire ou le concubin violent ;
– se prononcer sur les modalités d'**exercice de l'autorité parentale** et, le cas échéant, sur la contribution aux **charges du mariage** pour les couples mariés, sur l'aide matérielle pour les partenaires d'un Pacs et sur la contri bution à l'entretien et à l'éducation des enfants ;
– autoriser la partie demanderesse à **dissimuler son domicile** ou sa résidence et à élire domicile chez l'avocat qui l'assiste ou la représente ou auprès du procureur de la République *(C. civ., art. 515-11)*.

La liste des mesures comprises dans l'ordonnance de protection est limitative, de sorte que le JAF ne peut condamner le mari à verser des dommages-intérêts pour

avoir provoqué de façon abusive l'hospitalisation sous contrainte de son épouse (*Cass. civ. 1re, 13 juill. 2016, n° 14-26.203*).
Les mesures sont prises pour six mois à compter de la notification de l'ordonnance, et ne peuvent être prolongées que si une demande en divorce ou en séparation de corps a été déposée ou si le JAF a été saisi d'une demande relative à l'exercice de l'autorité parentale *(C. civ., art. 515-2)*.
L'ordonnance de protection est exécutoire à titre provisoire à moins que le juge en dispose autrement *(CPC, art. 1136-7)*.

B Les droits des époux

1 L'acquisition de la nationalité française à raison du mariage

Après un délai de quatre ans à compter du mariage, l'étranger ou apatride dont le conjoint est Français peut acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité *(C. civ., art. 21-2)*. Le conjoint étranger doit justifier d'une connaissance suffisante de la langue française. Le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité dans un délai de deux ans *(C. civ., art. 21-4)*. La polygamie est constitutive d'un défaut d'assimilation.

2 L'incapacité de l'époux

À défaut de désignation pour un époux d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où il serait placé en curatelle ou en tutelle, le juge nomme, comme tuteur ou curateur, le **conjoint** de la personne protégée, le **partenaire** avec qui elle a conclu un Pacs ou son **concubin**, à moins

que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure *(C. civ., art. 449)*.

3 Le nom

Chacun des époux peut porter, **à titre d'usage**, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit *(C. civ., art. 225-1)*. Le nom d'usage ne remplace pas le nom de famille qui reste le seul mentionné sur les actes d'état civil (acte de naissance, acte de mariage, livret de famille, acte de décès). En revanche, si l'époux en fait la demande, le nom d'usage devra être utilisé par l'administration pour tous les documents officiels, mais il y a seulement adjonction pour la carte d'identité et le passeport.

II. Les effets pécuniaires du mariage

A Le régime matrimonial (V. P@RTIE 3)

B Les droits de succession du conjoint survivant

1 Les droits *ab intestat*

(C. civ., art. 757)
*« Si l'époux prédécédé laisse des **enfants ou descendants**, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux. »*

Si un ou plusieurs enfants ne sont pas issus des deux époux, le conjoint survivant n'a droit qu'à la propriété du quart des biens de la succession.

(C. civ., art. 757-1)
*« Si, **à défaut d'enfants ou de descendants**, le défunt laisse ses père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié des biens. L'autre moitié est dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère. Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint survivant. »*

(C. civ., art. 757-2)
*« **En l'absence d'enfants ou de descendants du défunt et de ses père et mère**, le conjoint survivant recueille toute la succession. »*

Par dérogation à l'article 757-2, les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission (droit de retour).

2 Le logement

Le conjoint survivant bénéficie d'un **droit temporaire au logement**, qui est un avantage matrimonial et non un droit successoral. Si, au moment du décès, le conjoint survivant occupe, à titre d'habitation principale, le logement appartenant aux époux (bien commun ou indivis) ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit *(C. civ., art. 763)*. Si le logement était loué, les loyers sont remboursés par la succession pendant une année, au fur et à mesure de leur acquittement.

Sauf volonté contraire du défunt exprimée par testament authentique, le conjoint dispose en outre d'un **droit viager d'habitation** sur le logement principal appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession (c'est-à-dire qui était la propriété exclusive de l'époux prédécédé), et d'usage sur le *mobilier (C. civ., art. 764)*. La valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur les droits successoraux du conjoint. Si la valeur leur est supérieure, le conjoint n'est pas tenu de récompenser la succession à raison de l'excédent.

3 La réserve héréditaire et les avantages matrimoniaux

C'est seulement en l'absence de descendants que le conjoint survivant est héritier réservataire pour un quart de la succession *(C. civ., art. 914-1)*. En présence d'enfants, issus ou non du mariage, l'époux peut disposer en faveur de son conjoint soit de la propriété d'un quart des biens de la succession et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit *(C. civ., art. 1094-1)*. C'est un avantage du mariage par rapport au Pacs, puisque le partenaire survivant, qui n'est jamais réservataire, a seulement droit, par testament ou donation, à la quotité disponible de l'article 913 du Code civil.

C Les devoirs alimentaires

Le devoir de secours entre époux leur impose une obligation alimentaire réciproque, c'est-à-dire l'obligation de subvenir matériellement au besoin du conjoint. À la différence de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, le devoir de secours est fondé sur le seul état de besoin du conjoint. L'époux qui méconnait un devoir du mariage (fidélité, cohabitation) peut donc invoquer, s'il est dans le besoin, le devoir de secours.

La succession de l'époux prédécédé doit une pension alimentaire au conjoint successible dans le besoin *(C. civ., art. 767)*, alors que l'obligation alimentaire de droit commun n'est pas transmissible aux héritiers (V. Fiche n° 17).

Enfin, le mariage crée une obligation alimentaire à la charge des gendres et belles-filles au profit de leurs beaux-parents *(C. civ., art. 206)*. Cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Elle cesse en cas de divorce. Cette obligation alimentaire est réciproque (beaux-parents au profit du conjoint dans le besoin), conformément à l'article 207 du Code civil.

D Les autres avantages du mariage

Sans être exhaustif, il convient de citer la cotitularité du bail *(C. civ., art. 1751)*, la poursuite du bail au profit du conjoint en cas d'abandon du domicile ou de décès du locataire *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 14)*, les avantages sociaux (pension de réversion, allocation de veuvage, congés payés pour mariage ou décès du conjoint) et fiscaux (situation identique à celle des partenaires liés par un Pacs).

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– C. MASSON, L'ordre public familial en péril ?, *RTD civ.* 2018. 809
– J. HOUSSIER, L'exclusion du mariage fictif du champ des articles 8 et 12 de la Conv. EDH, *Rev. Jur. Personnes et Famille (RJPF)*, n° 9, sept. 2017

– B. ANCEL, Le défi des violences conjugales au 21e siècle : justice restaurative ou punitive ?, *Rev. Jur. Personnes et Famille (RJPF)*, n° 4, avr. 2019
– R. MESA, Des principes de la République en droit des personnes et de la famille, Rev. Jur. Personnes et Familles (RJPF), 2021-11/3
– F. JAULT-SESEKE, Divorce et polygamie, D. 2022, p. 389

Fiche n° 14 Le divorce

⏭ L'ESSENTIEL

Le divorce a connu des évolutions fondamentales. La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a légalisé le divorce par consentement mutuel et le divorce fondé sur une séparation de fait. La loi n° 2016-547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice a créé le divorce sans juge. C'est dire que le divorce est l'illustration topique du phénomène de libéralisation et de contractualisation du droit de la famille. Le droit du divorce n'en reste pas moins complexe compte tenu des cinq cas de divorce que consacre le Code civil et de la procédure des divorces judiciaires. Seules les conséquences du divorce (prestation compensatoire et autres rapports pécuniaires entre époux) offrent une certaine unité à la matière.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les cas de divorce

I. Le divorce sans juge

Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils ont l'**obligation de recourir à un acte sous signature privée**

contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire *(C. civ., art. 229-1)*. Chaque époux doit être assisté par un avocat.

Par exception, le divorce sans juge est exclu :

1° lorsque le mineur, informé par ses parents de son droit d'être entendu par le juge, demande son audition,

2° lorsque l'un des époux se trouve placé sous un régime de protection des majeurs.

Jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire, les époux peuvent saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire autre que par consentement mutuel *(CPC, art. 1148-2, al. 2)*.

A Les conditions de validité de la convention de divorce

En principe, la convention est soumise aux **conditions de fond du droit commun** des contrats, de sorte qu'elle pourrait, par exemple, être annulée pour dol, et certaines clauses être jugées contraires à l'ordre public. La circulaire du 26 janvier 2017 de présentation de la réforme du divorce par consentement mutuel prévoit d'ailleurs que le notaire peut alerter les avocats sur une clause qui porterait manifestement atteinte à l'ordre public.

L'article 229-3 du Code civil impose **six mentions à peine de nullité** :

1° Les noms, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications pour chacun de leur enfant ;

2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que les barreaux auquel ils sont inscrits ;

3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et ses effets ;

4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce notamment s'il y a lieu à versement d'une prestation compensatoire ;

5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant, en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;

6° La mention que le mineur a été informé par ses parents du droit d'être entendu par le juge et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

Les articles 1144-1 et suivants du Code de procédure civile prévoient d'autres mentions sans préciser la sanction de leur défaut, en particulier :

– l'identification du notaire instrumentaire ;
– la mention qu'un enfant mineur n'a pas été informé du divorce en raison de son absence de discernement ;
– l'information sur les modalités de recouvrement de la pension alimentaire et de la prestation compensatoire, etc.

Enfin, la convention comprend en annexe le formulaire d'information des enfants mineurs signé et daté par chacun d'eux *(CPC, art. 1145)* et, le cas échéant, l'état liquidatif de partage en la forme authentique et l'acte authentique d'attribution de biens soumis à publicité foncière, et une traduction de la convention lorsque celle-ci est rédigée en langue étrangère *(C. civ., art. 1146)*.

Pour procéder à la liquidation, l'avocat et/ou le notaire doivent procéder à la qualification des biens du couple (bien propre ou bien commun) afin d'établir les comptes de récompenses, ce qui les obligent à rechercher l'origine des biens, leur financement et l'existence d'une subrogation ou d'un remploi. Ils doivent déterminer la consistance du passif.
Quelle que soit la compétence personnelle des parties, il incombe au liquidateur de s'enquérir auprès d'elles du point de savoir si les biens leur revenant en propre ont été financés, en tout ou partie, par la communauté, et, le cas échéant, de se faire communiquer tout acte utile. À défaut, il engage sa responsabilité *(Cass. civ. 1re, 13 déc. 2012, n° 11-19.098)*.

B La signature de la convention de divorce

L'avocat adresse, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le projet de convention à l'époux qu'il assiste. À peine de nullité, la convention ne peut être signée avant l'expiration d'un **délai de réflexion de quinze jours** *(C. civ., art. 229-4)*. « *La convention de divorce est signée* ***ensemble, par les époux et leurs avocats réunis à cet effet ensemble****, en trois exemplaires ou, dans les mêmes conditions, par signature électronique* » *(CPC, art. 1145, al. 1er)*. La **présence physique** des parties s'impose même si la convention peut être établie sur **support électronique** *(C. civ., art. 1175)*.

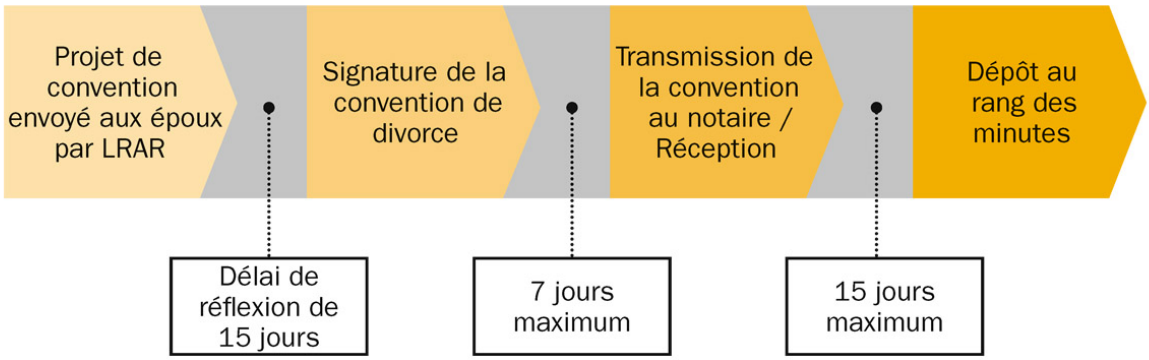
Chaque époux conserve un original de la convention. Le troisième original est destiné à son dépôt au rang des minutes du notaire. Un quatrième original est établi pour permettre la formalité de l'enregistrement qui s'impose en cas de liquidation et de partage de biens communs ou indivis. Un original supplémentaire destiné à être transmis aux organismes débiteurs des prestations familiales par l'avocat du parent créancier est établi lorsque la convention fixe une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants et ne mentionne

pas le refus des deux parents de mettre en place l'intermédiation financière du versement de cette pension conformément à l'article 373-2-2, II, du Code civil. Ce texte prévoit que la pension alimentaire en numéraire est collectée et versée par la CAF, sauf refus des deux parents.

C La transmission au notaire

Un exemplaire original de la convention est transmis au notaire dans un **délai de sept jours maximum à compter de la signature**. Le notaire procède au dépôt de la convention dans un **délai de quinze jours maximum à compter de sa réception** *(CPC, art. 1146)*. Il vérifie la **régularité formelle** de la convention (mentions obligatoires, respect du délai de réflexion). Le dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant **date certaine et force exécutoire** *(C. civ., art. 229-1)*.

Parcours de la convention de divorce



Le notaire délivre une attestation de dépôt qui permettra aux conjoints divorcés et à leurs avocats de faire procéder à la mention du divorce en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux, et de justifier du divorce auprès des tiers *(CPC, art. 1148)*.

Selon la circulaire du 26 janvier 2017 de présentation de la réforme du divorce par consentement mutuel, la **convention peut être modifiée** par les époux divorcés d'un commun accord, sauf pour le principe du divorce en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes, et pour les clauses portant sur la prestation compensatoire, dont la révision relève de l'article 279 du Code civil. La convention modificative n'aura ni date certaine, ni force exécutoire. Les parties pourront en outre solliciter l'homologation de leur nouvel accord portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixant le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants *(C. civ., art. 373-2-7)*.

II. Le divorce par consentement mutuel judiciaire

Le divorce par consentement mutuel judiciaire n'a lieu que si :

1° les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets et

2° lorsque l'un de leur enfant mineur demande son audition par le juge *(C. civ., art. 230 et 229-2)*.

Si l'un des époux est placé sous un régime de protection des majeurs, aucune demande en divorce par consentement mutuel ne peut être présentée *(C. civ., art. 249-4)*.

III. Le divorce accepté

Les époux s'accordent sur le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci, mais non sur ses effets *(C. civ., art. 233)*.

Avant l'introduction de l'instance en divorce, le principe de la rupture du mariage est acquis lorsque chacun des époux, assisté d'un avocat, a accepté ce principe par acte sous signature privée contresigné par avocats *(C. civ., art. 233, al. 2 ; CPC, art. 1123-1)*. Cet acte doit avoir

été passé dans les six mois qui précèdent la demande en divorce par assignation ou requête conjointe des époux.

À tout moment de la procédure, les époux peuvent accepter le principe de la rupture du mariage :

– soit par leur acceptation constatée dans un procès-verbal dressé par le juge et signé par les époux et leurs avocats respectifs lors de toute audience sur les mesures provisoires *(CPC, art. 1123, al. 2)* ;
– soit par une déclaration d'acceptation du principe de la rupture du mariage signée par l'époux et annexée à ses conclusions ; la demande en divorce accepté doit alors être formulée de façon expresse et concordante par les conclusions des parties *(CPC, art. 1123, al. 3)* ;
– soit par un acte sous signature privé contresigné par avocats remis au juge de la mise en état *(CPC, art. 1123-1)*.

En toute hypothèse, l'acceptation doit contenir la mention selon laquelle *« Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel » (C. civ., art. 233, al. 3 ; CPC, art. 1123 et 1123-1)*.

Jurisprudence

L'acceptation du principe de la rupture du mariage est irrévocable, sauf vice du consentement *(Cass. avis, 9 juin 2008, n° 08-00004, relatif au maintien du devoir de secours en cas d'appel du jugement prononçant le divorce)*.

IV. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal permet à un époux d'imposer le divorce à son conjoint, alors que celui-ci n'a commis aucune faute.

L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent **séparés depuis un an lors de la demande en divorce** *(C. civ., art. 238, al. 1er)*. La cessation de communauté de vie est appréciée souverainement par les juges du fond, mais dès lors qu'elle est constatée, la demande est recevable de droit *(Cass. civ. 1re, 25 nov. 2009, n° 08-17.117)*. Si le demandeur a introduit l'instance sans indiquer les motifs de sa demande, le délai caractérisant l'altération définitive du lien conjugal est apprécié au prononcé du divorce *(C. civ., art. 238, al. 2)*, si bien que le délai d'un an peut être toujours en cours lors de la demande en divorce.

Le délai d'un an n'est pas exigé lorsqu'une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal et une autre demande en divorce (quel que soit le fondement) sont concurremment présentées *(C. civ., art. 238, al. 3 ; CPC, art. 1126)*, la double demande valant altération définitive du lien conjugal.

V. Le divorce pour faute

(C. civ., art. 246)
« Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute. »

A La caractérisation de la faute

Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une **violation grave ou renouvelée** des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent **intolérable le maintien de la vie commune** *(C. civ., art. 242)*. Les critères de gravité et de répétition des fautes sont alternatifs et non cumulatifs. La faute doit être imputable à l'époux, ce qui est exclu lorsque le comportement de celui-ci est la conséquence d'un trouble mental *(Cass. civ. 1re, 12 nov. 2009, n° 08-20.710)*.

La qualification des critères posés par l'article 242 (faute grave ou répétée, maintien intolérable de la vie commune) relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (violences, adultère, abandon du logement familial, défaut d'assistance et/ou de contribution aux charges du ménage, pratique religieuse excessive ou imposée, alcoolisme, etc.). Il n'y a plus de cause péremptoire de divorce.

À la demande des conjoints, le juge peut se limiter à constater dans les motifs du jugement qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties *(C. civ., art. 245-1)*.

> **Attention** Cette demande doit être formulée de façon expresse et concordante dans les conclusions des parties *(CPC, art. 1128)*.

La demande en divorce ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité faisant perdre leurs effets normaux aux griefs postérieurs à l'introduction de l'instance.

Jurisprudence

L'adultère commis huit mois après l'assignation en divorce mais antérieur au prononcé du divorce constitue une faute *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2008, n° 07-19.714 ; pour des agissements déplacés en cours de procédure : Cass. civ. 1re, 14 avr. 2010, n° 09-14.006 ; pour l'émission de chèques après la séparation de fait : Cass. civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-17.804)*.

Cependant, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits constituant une cause de divorce que la cour d'appel a estimé que l'adultère du mari, intervenu cinq ans après l'ordonnance de non-conciliation, alors que le devoir de fidélité était moins contraignant du fait de la longueur de la procédure, ne constituait pas une violation grave ou renouvelée des devoirs du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune *(Cass. civ. 1re, 11 mars 2009, n° 08-13.169)*.

B La preuve de la faute

Les faits invoqués dans une procédure de divorce peuvent être établis par **tout mode de preuve**, y compris l'aveu. La loi pose néanmoins trois exceptions :

1° Les **descendants** ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux *(C. civ., art. 259)*. Leur témoignage est irrecevable : attestation de la mère de l'épouse relatant des propos tenus par ses petits-enfants *(Cass. civ. 1re, 3 nov. 2004, n° 03-19.079)* ; déclarations des enfants recueillies en dehors de l'instance en divorce lors d'une enquête de police *(Cass. civ. 1re, 1er févr. 2012, n° 10-27.460)* ou résultant d'une plainte pour violences *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-17.804)*. La prohibition s'étend au conjoint *(même divorcé : Cass. civ. 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.686)* ou au concubin du descendant.

2° La preuve obtenue par **violence ou fraude** est irrecevable *(C. civ., art. 259-1)*.

3° Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu **violation de domicile ou atteinte illicite à la vie privée** *(C. civ., art. 259-2)*, d'où la nécessité d'obtenir du juge une ordonnance autorisant un huissier à procéder au constat d'adultère.

Les pièces obtenues sans fraude ni violence peuvent relever de la vie privée (journal intime, courriels, lettres, stockage informatique). Mais, conformément au droit commun, le juge doit vérifier que l'atteinte portée à la vie privée est proportionnée et indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

Jurisprudence

La preuve en matière de divorce se faisant par tous moyens, une cour d'appel peut admettre comme preuve de l'infidélité de l'épouse, sans remettre en cause la filiation des enfants, des examens sanguins établissant l'impossibilité biologique du mari d'être le père de deux des cinq enfants communs *(Cass. civ. 1re, 28 févr. 2006, n° 04-12.736)*.

C La paralysie des effets de la faute

1 La réconciliation

La demande de divorce pour faute est irrecevable si les époux se sont réconciliés depuis les faits allégués *(C. civ., art. 244)*. Le **maintien ou la reprise de la vie commune** ne suffisent pas à caractériser une réconciliation s'ils ne résultent que des besoins de l'éducation des enfants, de la nécessité ou d'un effort de conciliation. Doit s'ajouter à

cet élément matériel, la **volonté de pardonner** le conjoint fautif (élément moral). Si des faits constitutifs d'une faute sont survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens peuvent être rappelés à l'appui d'une nouvelle demande de divorce pour faute.

2 Les fautes du demandeur

Les fautes du demandeur invoquées comme moyen de défense ou au soutien d'une demande reconventionnelle peuvent avoir pour effet :

1° soit de faire perdre aux faits reprochés au défendeur leur caractère de gravité et entraîner le **rejet de la demande en divorce** pour faute *(C. civ., art. 245, al. 1er)*.

2° soit de justifier le prononcé du **divorce aux torts partagés** *(C. civ., art. 245, al. 2 et 3)*.

3° soit, uniquement si une demande reconventionnelle a été formée, de fonder le prononcé du **divorce aux torts exclusifs** du demandeur (*Cass. civ. 2e, 11 juill. 1988, no 87-15.447)*.

Jurisprudence

La demande reconventionnelle est recevable même si elle est formée après que le tribunal se soit prononcé sur l'application de l'article 242 et ait invité les parties à conclure sur la prestation compensatoire *(Cass. civ. 2e, 24 juin 1999, no 97-14.107)*.

VI. La modification du fondement d'une demande en divorce

Les passerelles permettant de modifier le fondement de la demande en divorce sont limitées :

1° À tout moment de la procédure, les époux peuvent divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné

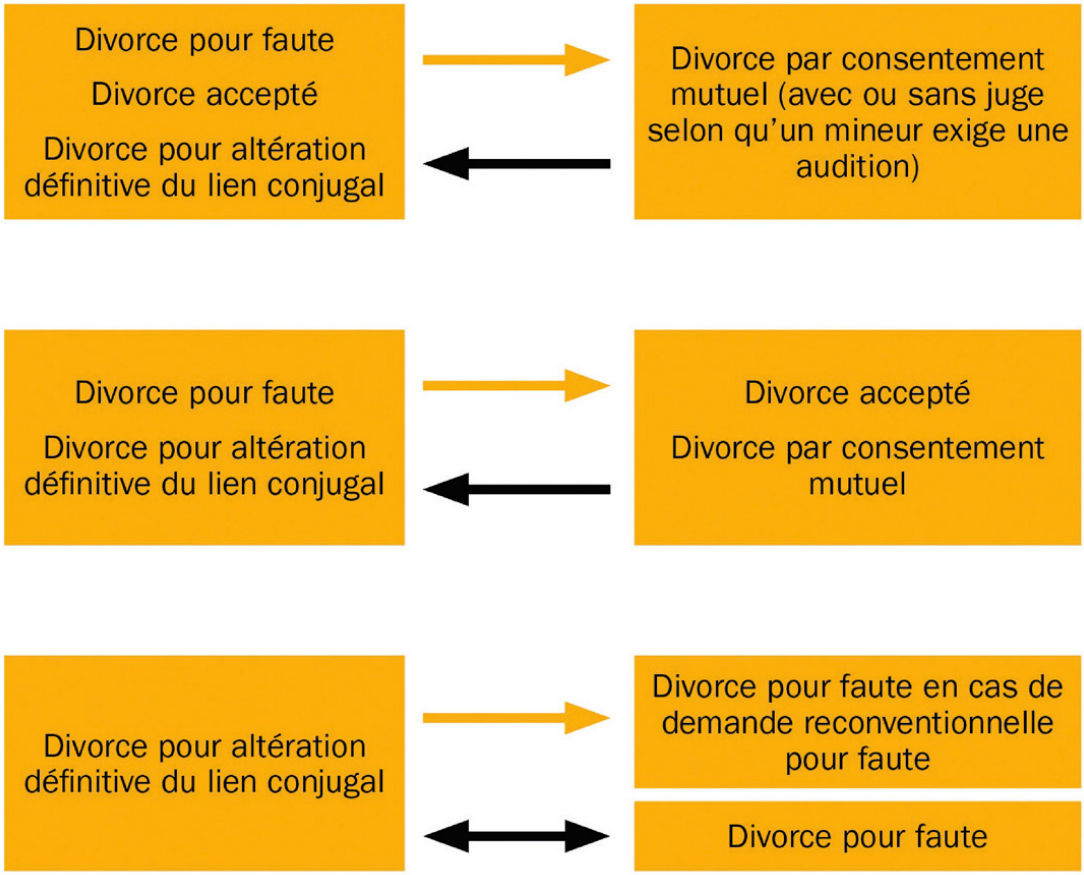
par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire, ou, lorsqu'un enfant mineur demande à être auditionné, demander le divorce par consentement mutuel judiciaire *(C. civ., art. 247)*.

2° À tout moment de la procédure de divorce pour faute ou altération définitive du lien conjugal, les époux peuvent demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer un divorce accepté *(C. civ., art. 247-1)*.

3° Dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, si le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut modifier le fondement de sa demande pour invoquer les fautes de son conjoint *(C. civ., art. 247-2)*. Si la demande reconventionnelle est rejetée, la demande principale en divorce pour altération définitive du lien conjugal est maintenue, car il ne s'agit pas alors d'une demande formée à titre subsidiaire au sens de l'article 1077, aliéna 1er, du Code de procédure civile *(Cass. civ. 1re, 11 sept. 2013, no 11-26.751)*. En effet, la demande ne peut être fondée que sur un seul cas de divorce, toute demande subsidiaire étant irrecevable *(CPC, art. 1077)*.

En dehors des passerelles légales, le changement de fondement de la demande est interdit. Par exemple, en cas d'acceptation du principe de la rupture du mariage, les divorces pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute sont fermés. De même, un époux ne peut pas substituer à sa demande initiale en divorce pour faute une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal ; sa nouvelle demande, formée à hauteur d'appel, est irrecevable *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, no 12-17.646)*.

Passerelles autorisées et interdites entre cas de divorce



§2 La procédure du divorce judiciaire

I. Les règles communes à tous les cas de divorce judiciaires

A Les parties au divorce

1 La protection d'un époux

Le majeur en tutelle est représenté par son tuteur. Le majeur en curatelle exerce l'action lui-même avec l'assistance de son curateur. L'époux sous sauvegarde de justice peut initier seul une action en divorce. Si l'époux protégé est assigné en divorce, l'acte est signifié, en cas de tutelle, au tuteur et, en cas de curatelle, au curateur et au majeur sous curatelle.

En cas d'habilitation familiale, la personne habilitée aura un pouvoir de représentation ou d'assistance selon la décision du juge. L'habilitation peut ne concerner que certains actes déterminés, de sorte que si l'action en divorce n'est pas visée, l'époux conserve toute sa liberté pour demander le divorce.
En présence d'un mandat de protection future qui s'étend à la protection de la personne, les pouvoirs du mandataire sont ceux d'un tuteur ou d'un curateur *(C. civ., art. 479)*.

En toute hypothèse, la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage (divorce accepté) sans considération des faits à l'origine de celle-ci *(C. civ., art. 249)*.

Un tuteur ou un curateur *ad hoc* est nommé lorsque la tutelle ou la curatelle a été confiée au conjoint de la personne protégée.

Si une demande de mesure de protection juridique est déposée ou en cours, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place de la mesure de protection *(C. civ., art. 249-3)*.

2 Le décès d'un époux

L'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que la décision prononçant le divorce ait acquis force de chose jugée *(Cass. civ. 1re, 20 juin 2006, n° 05-16.150)*. L'action n'est pas donc pas transmissible aux héritiers.

B La compétence matérielle et territoriale

Le juge aux affaires familiales (JAF) connaît du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du

partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un Pacs et des concubins *(COJ, art. L. 213-3)*. Toutefois, le JAF peut renvoyer l'affaire à la formation collégiale du tribunal. Le renvoi est de droit à la demande des parties pour le divorce et la séparation de corps.

En vertu de l'article 1070 du Code de procédure civile, le JAF territorialement compétent est :

– le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;
– si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;
– dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.

En vertu du principe d'extension à l'ordre international des règles internes de compétence, les dispositions de l'article 1070 sont applicables en cas de divorce international *(cependant, en cas de lien caractérisé avec les États-Unis : Cass. civ. 1re, 30 sept. 2009, n° 08-18.769)*. Cependant, dès lors que l'un des critères de compétence énoncé par le Règlement n° 2019/1111 du 25 juin 2019 *(Bruxelles II ter)* est localisé sur le territoire d'un État membre, ce Règlement est applicable *(Cass. civ. 1re, 24 juin 2020, n° 19-11.714)*. Celui-ci prévoit plusieurs critères de compétence *(art. 3 : résidence habituelle des époux ; dernière résidence habituelle des époux si l'un d'eux y réside encore ; résidence habituelle du défendeur ; nationalité commune des époux, etc.)*.

Le divorce est régi par la loi française *(C. civ., art. 309)* :
– lorsque les deux époux sont de nationalité française ;
– lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
– lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce.

Néanmoins, le règlement UE 1259/2010 (Rome III) prévoit que les époux peuvent choisir la loi applicable à leur divorce parmi la loi de leur résidence habituelle, la loi de la dernière résidence habituelle si un époux y réside encore, la loi de la nationalité de l'un des époux ou la loi du for *(art. 5)*. La convention des époux doit être conclue au plus tard au moment de la saisine de la juridiction. À défaut de choix, le règlement indique la loi applicable selon un ordre (loi de la résidence habituelle des époux, à défaut, loi de la dernière résidence habituelle n'ayant pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et si un époux y réside encore, à défaut, loi de la nationalité des deux époux, à défaut, loi du for).

C Le jugement

(C. civ., art. 248)
« Les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics. »

C'est le principe en matière familiale. Les demandes sont formées, instruites et jugées en chambre du conseil, sauf disposition contraire *(CPC, art. 1074)*.
Le dispositif de la décision mentionne la date de la demande en divorce *(CPC, art. 1081)*.

Les recours contre le jugement de divorce sont suspensifs, aussi bien l'appel que, ce qui déroge au droit commun, le pourvoi en cassation. Cependant, *« les mesures portant sur l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et à l'éducation des*

enfants et la contribution aux charges du mariage, ainsi que toutes les mesures prises en application de l'article 255 du Code civil, sont exécutoires de droit à titre provisoire » (CPC, art. 1074-1, al. 2, et pour le pourvoi : art. 1087).

Enfin, lorsqu'il rejette la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale *(C. civ., art. 253)*.

II. La procédure gracieuse du divorce par consentement mutuel judiciaire

1 La requête

La demande de divorce est formée par une **requête unique** auprès du JAF *(CPC, art. 1089)*. Elle est présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord *(C. civ., art. 250)*. Elle ne doit pas indiquer les faits à l'origine de la demande.

La requête est **datée et signée** par chacun des époux et leur avocat *(CPC, art. 1090)*.

À peine d'irrecevabilité, la requête contient :

1° l'identification des parties et de leurs enfants, les date et lieu du mariage, la caisse d'assurance maladie, le nom du ou des avocats chargés de représenter les époux

2° en annexe, le formulaire d'information de l'enfant mineur demandant à être entendu daté et signé par lui, la convention datée et signée réglant les effets du divorce avec un état liquidatif du régime matrimonial (en la forme authentique s'il y a des biens soumis à publicité foncière) ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation.

2 Le jugement

Après audition du mineur, le juge convoque chacun des époux par lettre simple expédiée quinze jours au moins avant leur audition. Au jour de l'audition, le juge peut notamment, avec l'accord des parties et en présence de leur avocat, faire supprimer ou modifier des clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux *(CPC, art. 1099)*.
Si la convention ne protège pas suffisamment l'intérêt des enfants ou de l'un des époux (ex. : prestation compensatoire ou pension alimentaire trop faible), le juge peut **refuser de l'homologuer**, ne pas prononcer le divorce et ajourner la décision par ordonnance rendue sur-le-champ laquelle indique que les époux ont un délai de six mois pour présenter une nouvelle convention sous peine de caducité de la demande en divorce. En cas de refus d'homologation, le juge peut homologuer les mesures prévues aux articles 254 et 255 du Code civil que les parties s'accordent à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée *(C. civ., art. 250-2)*.

En cas d'homologation, seul le pourvoi en cassation est ouvert dans un délai de quinze jours.

III. La procédure applicable aux divorces contentieux

A L'introduction de l'instance

(CPC, art. 1107, al. 1er)
« La demande en divorce est formée par assignation ou par requête remise ou adressée conjointement par les parties au greffe et contient, à peine de nullité, les lieu, jour et heure de l'audience d'orientation et sur mesures provisoires. »

L'exigence de l'assignation ou de la requête conjointe avec prise de date (lieu, jour et heure de l'audience d'orientation et sur mesures provisoires) s'impose depuis le 1er janvier 2021.

À peine d'irrecevabilité, l'acte introductif d'instance n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce lorsqu'il relève du divorce pour faute, ni les faits à l'origine de celle-ci *(CPC, art. 1107, al. 3)*. En revanche, le demandeur a la faculté d'indiquer les motifs de sa demande si celle-ci est fondée sur l'acceptation du principe de la rupture du mariage ou l'altération définitive du lien conjugal *(C. civ., art. 251)*. Le divorce pour faute ne peut être invoqué que dans les premières conclusions au fond.

La demande introductive d'instance rappelle les dispositions relatives à :

1° la médiation en matière familiale et à la procédure participative ;

2° l'homologation des accords partiels ou complets des parties sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et les conséquences du divorce *(C. civ., art. 252)*.

Les époux indiquent la caisse d'assurance maladie à laquelle ils sont affiliés, les services ou organismes qui servent les prestations familiales, les pensions de retraite ou tout avantage de vieillesse ainsi que la dénomination et l'adresse de ces caisses, services ou organismes *(CPC, art. 1075)*.

À peine d'irrecevabilité, la demande comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux *(C. civ., art. 252, al. 2 ; CPC, art. 1115)*. Par dérogation à l'article 123 du Code de procédure civile, cette irrecevabilité doit être invoquée avant toute défense au fond.

À peine de caducité de l'assignation, une copie de celle-ci doit être remise au greffe (pour saisir le JAF) avant l'expiration d'un délai de 2 mois suivant la communication de la date d'audience et au plus tard 15 jours avant la date d'audience *(CPC, art. 1108)*.

En cas d'urgence, le JAF, saisi sur requête, peut autoriser l'un des époux à assigner l'autre époux en divorce et à une audience d'orientation et sur mesures provisoires à bref délai *(CPC, art. 1109)*. À peine de caducité, la remise au greffe d'une copie de l'assignation à bref délai doit intervenir au plus tard la veille de l'audience.

B Les mesures provisoires

Dès le début de la procédure, le JAF, statuant en tant que juge de la mise en état, tient une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux *(C. civ., art. 254)*.

À peine d'irrecevabilité, le juge de la mise en état est saisi des demandes relatives aux mesures provisoires dans une partie distincte des demandes au fond *(CPC, art. 1117)*. Toutefois, lors de l'audience portant sur les mesures provisoires, les parties peuvent présenter oralement des prétentions et des moyens à leur soutien. Les mesures provisoires peuvent être demandées jusqu'à la clôture des débats. En cas de survenance d'un fait nouveau, le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites *(CPC, art. 1118)*.

(C. civ., art. 255)

« Le juge peut notamment :

1° Proposer aux époux une mesure de médiation, sauf si des violences sont alléguées par l'un des époux sur l'autre époux ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des époux sur son conjoint, et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ;

2° Enjoindre aux époux, sauf si des violences sont alléguées par l'un des époux sur l'autre époux ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des époux sur son conjoint, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ;

3° Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ;

4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation ;

5° Ordonner la remise des vêtements et objets personnels ;

6° Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ;

7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire ;

8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial ;

9° Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ;

10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. »

En principe, la séparation des parents est sans incidence sur l'autorité parentale. Cependant, le juge peut fixer la résidence habituelle des enfants chez l'un des époux en accordant à l'autre un droit de visite et d'hébergement, et prévoir le montant de la pension alimentaire due par ce dernier.

Les mesures provisoires sont exécutoires de droit à titre provisoire *(CPC, art. 1074-1)*. Les ordonnances du juge de la mise en état sont susceptibles d'appel, dans les 15 jours à compter de leur signification, lorsqu'elles ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps *(CPC, art. 795, 3°)*. En cas d'appel, les modifications des mesures provisoires, s'il y a survenance d'un fait nouveau, ne peuvent être demandées, selon le cas, qu'au premier président de la cour d'appel ou au conseiller de la mise en état *(CPC, art. 1119)*.

§3 Les conséquences du divorce

I. La date de prise d'effet du divorce

A Le divorce par acte contresigné par avocats

1 Les effets entre époux

La convention de divorce produit ses effets à la date à laquelle elle acquiert force exécutoire, c'est-à-dire au jour du **dépôt au rang des minutes** du notaire. Toutefois, la convention peut fixer une date de prise d'effet différente concernant les biens *(C. civ., art. 262-1)*. Par exemple, les époux peuvent prévoir que la dissolution de la communauté sera reportée au jour de leur séparation de fait.

2 Les effets à l'égard des tiers

Concernant les effets patrimoniaux du divorce, la convention est opposable aux tiers au jour où les **formalités de mention en marge** prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies *(C. civ., art. 262)*. La convention n'étant plus indissociable d'un jugement d'homologation prononçant le divorce, les tiers peuvent, en cas de

fraude, agir sur le fondement du droit commun notamment par la voie de l'action paulienne.

B Le divorce judiciaire par consentement mutuel

1 Les effets entre époux

Le divorce produit ses effets à la date **d'homologation de la convention**, sauf report conventionnelle de la dissolution de la communauté.

La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice. Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention soumise à homologation *(C. civ., art. 279)*. Le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi *(Cass. civ. 2e, 6 mai 1987, n° 86-10.107 ; Cass. civ. 1re, 3 mars 2010, n° 08-70.214)*. Le principe de l'intangibilité de la convention homologuée rend irrecevable toute action en rescision ou en nullité. Néanmoins, un époux divorcé demeure recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs ou de dettes communes omis dans l'état liquidatif homologué *(Cass. civ. 1re, 30 sept. 2009, n° 07-12.592)*. Enfin, les époux ont la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire *(C. civ., art. 279)*.

2 Les effets à l'égard des tiers

Les **effets personnels** du divorce judiciaire sont opposables aux tiers dès que le jugement est passé en force de chose jugée *(C. civ., art. 260)*.

La convention ou le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les **biens des époux (effets patrimoniaux)**, à partir

du jour où les **formalités de mention en marge** prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies *(C. civ., art. 262)*. Les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent faire déclarer que la convention homologuée leur est inopposable en formant **tierce opposition contre la décision d'homologation** dans l'année qui suit l'accomplissement de ces formalités *(CPC, art. 1104)*. Le créancier doit démontrer que les époux ont agi en fraude des droits des tiers et qu'il y a eu collusion entre les époux *(Cass. civ. 1re, 13 mai 2015, n° 14-10.501)*.

C Les divorces contentieux

1 Les effets entre époux

Le mariage est dissous à la date à laquelle la décision qui prononce le divorce prend force de chose jugée *(C. civ., art. 260)*.

Les **effets patrimoniaux** du divorce produisent leurs effets au jour de la demande en divorce *(C. civ., art. 262-1)*.

Toutefois, **à la demande de l'un des époux, le JAF peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer**. L'actif de la communauté n'est alors pas affecté par les opérations postérieures au jour où les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer.

Le juge ne peut rejeter la demande de report sans relever aucun élément justifiant la réalité de la collaboration des époux après la séparation de fait *(Cass. civ. 2e, 5 juil l. 2001, n° 99-19.183)*. La collaboration suppose des relations patrimoniales entre les époux, résultant d'une volonté commune, allant au-delà des obligations découlant du mariage ou du régime matrimonial *(Cass. civ. 1re, 17 nov. 2010, n° 09-68.292)*. La cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration, de sorte qu'il incombe à celui qui s'oppose au report de prouver des actes de collaboration postérieurs à la séparation *(Cass. civ. 1re, 31 mars 2010, n° 08-20.729)*. La conservation d'un compte joint pour payer les charges de la vie courante ne suffit pas à prouver la collaboration. Si la collaboration s'est poursuivie après la séparation de fait, le juge doit refuser de reporter les effets du jugement. En cas de report, la communauté est dissoute à la date à laquelle les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer. En revanche, le report ne met pas fin aux obligations découlant du régime primaire, telle que l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Le report des effets patrimoniaux du divorce n'a pas pour effet de conférer à l'occupation du logement conjugal par l'un des époux un caractère onéreux avant la date de la demande en divorce, sauf décision contraire du juge *(C. civ., art. 262-1, in fine)*.

2 Les effets à l'égard des tiers

Là encore les **effets personnels** sont opposables aux tiers au jour où le **jugement de divorce passe en force de chose jugée**, et les **effets patrimoniaux** du jugement leur sont opposables à partir du jour où les **formalités de mention en marge** prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies *(C. civ., art. 260 et 262)*.

Jurisprudence

L'attribution par le jugement de divorce d'un immeuble commun à l'époux, protégé par une déclaration d'insaisissabilité, est opposable au créancier qui a assigné les époux en liquidation et partage de cet immeuble après la publication du jugement en marge des actes de l'état civil, même si l'attribution de l'immeuble n'a pas fait l'objet d'une publicité foncière *(Cass. civ. 1re, 12 avr. 2012, n° 11-13.456)*.
En revanche, si le jugement de divorce n'a été retranscrit sur les actes de l'état civil qu'après l'ouverture de la procédure collective, le liquidateur judiciaire peut procéder à la réalisation de l'immeuble commun, entré dans le gage commun des créanciers de la procédure *(Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10.428)*.

(C. civ., art. 262-2)
« Toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la demande en divorce, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint ». En l'absence de complicité du tiers, l'acte reste valable mais est inopposable à l'époux victime.

II. Les effets personnels

Les droits et devoirs des époux sont supprimés. Chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants *(C. civ., art. 264)*. La nationalité acquise par le mariage est conservée. Le divorce n'a aucune incidence sur la filiation adoptive qu'elle soit plénière ou simple.

III. Les effets patrimoniaux

(C. civ., art. 268)
« Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. »

Jurisprudence

Le juge ne prononce l'homologation de la convention qu'en présence de conclusions concordantes des parties, i.e. de leur commune intention, laquelle fait défaut lorsque l'épouse fait valoir en cause d'appel que l'acte notarié ne préserve pas suffisamment ses intérêts *(Cass. civ. 1re, 9 juin 2021, no 19-10.550)*.

A La prestation compensatoire

1 Les conditions

Le divorce met fin au devoir de secours, de sorte qu'aucune pension alimentaire n'est due entre époux. En revanche, l'un des époux peut être tenu de verser une prestation compensatoire lorsque **la rupture du mariage crée une disparité dans les conditions de vie respectives des époux** *(C. civ., art. 270)*.

Le juge peut refuser d'accorder une prestation compensatoire si **l'équité le commande** :

- soit en considération des critères prévus à l'article 271 du Code civil (qui servent également à évaluer le montant de la prestation),
- soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de la prestation et au regard des circonstances particulières de la rupture.

Jurisprudence

Si le divorce est prononcé aux torts partagés des époux, le juge ne peut se fonder sur le comportement déloyal de l'époux qui demande le bénéfice de la prestation, mais uniquement sur les critères de l'article 271 pour lui refuser la prestation *(Cass. civ. 1re, 28 févr. 2018, n° 17-11.979)*.

La caractérisation de la disparité dans les conditions de vie respectives des époux consécutive à la rupture relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Toutefois, le juge ne saurait se fonder sur le fait que l'importante disparité entre les situations financières des parties préexistait au mariage et s'est maintenue par la suite malgré l'union *(Cass. civ. 1re, 11 avr. 2018, n° 17-18.375)*.

En revanche, la disparité résultant du choix de vie des époux et non de la rupture du mariage ne donne pas lieu à prestation compensatoire *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2014, n° 13-20.695 : séparation de fait depuis 20 ans, séparation de biens, absence de contribution aux charges ; Cass. civ. 1re, 8 jui ll. 2010, n° 09-66.186 : épouse sans ressources n'ayant pas la charge des enfants et ne recherchant pas d'emploi)*.

Enfin, la prestation compensatoire n'a pas pour objet de corriger les effets du régime de séparation de biens *(Cass. civ. 1re, 8 juill. 2015, n° 14-20.480)*, ni, plus généralement, de remédier aux déséquilibres de patrimoines pouvant résulter de la liquidation du régime matrimonial.

2 La détermination du montant de la prestation compensatoire

(C. civ., art. 271)
« La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. »

Les époux fournissent une **déclaration** certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus et patrimoine *(C. civ., art. 272 ; CPC, art. 1075-1)*. Le juge doit se placer à la date à laquelle la décision prononçant le divorce acquiert force de chose jugée pour apprécier le principe et le montant de la prestation compensatoire. En cas d'appel limité aux mesures accessoires (conséquences) du divorce, et en l'absence d'appel incident portant sur le principe du divorce, la cour d'appel doit se placer, pour apprécier la demande de prestation compensatoire, non au jour où elle statue mais à la date où le prononcé du divorce (irrévocable) n'est plus susceptible de recours *(comp. Cass. civ. 1re, 9 juin 2022, n° 20-22.793 et 2 sept. 2020, n° 19-16.315)*.

Il incombe au juge de préciser les **éléments ayant déterminé le montant de la prestation** et de procéder à l'**évaluation au moins sommaire du patrimoine des époux.**

Le juge prend en considération notamment : la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux, leur qualification et leur situation professionnelles, les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pour l'éducation des enfants et la carrière de son conjoint, le patrimoine estimé ou prévisible des époux (capital et revenu) après la liquidation du régime matrimonial, leurs droits existants et prévisibles, leur situation respective en matière de pensions de retraite *(C. civ., art. 271)*.

Jurisprudence

Le juge peut ne prendre en considération que la **durée de vie commune postérieure au mariage**, après avoir constaté que les époux étaient séparés de fait depuis plusieurs années *(Cass. civ. 1re, 18 déc. 2013, n° 12-26.54 1 : absence de prise en compte de la promotion professionnelle d'un conjoint postérieure à la séparation de fait)*.
Mais il ne doit pas tenir compte de la vie commune antérieure au mariage *(Cass. civ. 1re, 6 oct. 2010, n° 09-12.718)*.

Doivent, par exemple, être pris en compte pour estimer le patrimoine :

- la pension versée au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants qui correspond à une ressource pour l'époux qui réclame la prestation et une charge pour l'autre dont il faut tenir compte pour apprécier la disparité *(Cass. civ. 1re, 19 oct. 2016, n° 13-11.779)* ;
- les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et du droit à compensation d'un handicap. L'article 272, alinéa 2 qui excluait ces sommes de la détermination des besoins et des ressources a été abrogé pour violation du principe d'égalité, dès lors que toutes les autres prestations constitutives d'un revenu de substitution étaient prises en considération *(Cons. const., 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC)* ;
- les revenus du conjoint qui réclame la prestation compensatoire mais également le fait que celui-ci vit désormais avec un concubin dont les revenus sont importants et/ou qui partage avec lui les charges *(Cass. civ. 2e, 10 juill. 1991, n° 90-14.561 ; Cass. civ. 1re, 4 juill. 2018, n° 17-20.281)*.

Par exemple, ne sont pas prises en compte :

- les allocations familiales destinées à bénéficier aux enfants *(Cass. civ. 1re, 15 févr. 2012, n° 11-11.000)* ou l'allocation compensatrice tierce personne destinée à couvrir les besoins de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 7 déc. 2016, n° 15-28.990)* ;
- la jouissance gratuite du domicile conjugal accordée à l'épouse au titre du devoir de secours pendant la durée de l'instance *(Cass. civ. 1re, 23 janv. 2008, n° 07-10.571 ; Cass. civ. 1re, 13 avr. 2022, n° 20-22.807)* ;
- la pension alimentaire en exécution du devoir de secours ordonnée au titre des mesures provisoires *(Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 17-28.563 ; Cass. civ. 1re, 3 avr. 2019, n° 18-13.631)*.

C'est dire que les avantages résultant de l'exécution du devoir de secours ne peuvent servir à apprécier la disparité fondant l'octroi de la prestation compensatoire.

3 Les modalités d'exécution de la prestation compensatoire

a) Le principe

La prestation compensatoire prend la forme d'un **capital** et s'exécute par le versement d'une somme d'argent et/ou l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit *(C. civ., art. 274)*. L'accord de l'époux débiteur est toutefois exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation. Les transferts et abandons au titre de l'exécution de la prestation compensatoire sont considérés comme participant du régime matrimonial et ne sont pas assimilés à des donations *(C. civ., art. 281)*.

Si le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital, le juge établit un versement périodique indexé selon les règles applicables à la pension alimentaire dans la limite de huit ans. Le débiteur peut seulement demander la révision de ces modalités de paiement en cas de changement important de sa situation. Un versement au-delà de huit ans doit être exceptionnel. À l'inverse, le débiteur peut se libérer à tout moment du solde du capital indexé *(C. civ., art. 275)*.

b) L'exception

À la demande du créancier, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de **rente viagère** *(C. civ., art. 276)*. La rente est indexée comme les pensions alimentaires *(C. civ., art. 276-1)*. Elle peut être

révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties. Toutefois, **la révision ne permet pas d'augmenter la rente au-delà de son montant initial** *(C. civ., art. 276-3)*. Le débiteur comme le créancier peuvent à tout moment demander la conversion partielle ou totale de la rente en capital *(C. civ., art. 276-4)*.

c) Le paiement

Le juge peut imposer à l'époux débiteur de constituer un gage, de donner caution ou de souscrire un contrat garantissant le paiement de la rente ou du capital *(C. civ., art. 277)*.

En cas de **divorce par consentement mutuel**, la convention fixant le montant et les modalités de la prestation compensatoire peut prévoir que le versement de la prestation cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé. La prestation peut en outre prendre la forme d'une rente attribuée pour une durée limitée *(C. civ., art. 278)*. La prestation peut être modifiée par une convention soumise à homologation. La convention peut prévoir qu'un époux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire.

La prestation compensatoire **ne peut pas être assortie de l'exécution provisoire**, sauf si l'absence d'exécution aurait des conséquences manifestement excessives pour le créancier en cas de recours sur la prestation compensatoire alors que le prononcé du divorce a acquis autorité de la chose jugée *(CPC, art. 1079)*. Dans cette hypothèse (appel limité aux mesures secondaires du divorce), le créancier ne peut en effet réclamer l'exécution ni du

devoir de secours, ni de la contribution aux charges du mariage, ce qui peut le placer en grande difficulté.

À la mort du débiteur, le paiement est **prélevé sur la succession sous forme de capital** *(C. civ., art. 280)*. Enfin, à raison de son caractère alimentaire, la prestation compensatoire est **insaisissable** *(Cass. civ. 2e, 27 juin 1985, n° 84-14.663)*.

B Le logement de la famille

Si le logement appartient à l'un des époux, le JAF peut l'**obliger à consentir un bail au profit du conjoint** à condition que celui-ci exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants, lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande *(C. civ., art. 285-1)*. Le jugement vaut bail et en fixe le loyer et la durée. Le juge peut le renouveler jusqu'à la majorité des enfants ou le résilier si des circonstances le justifient.
Si l'immeuble dépend de la communauté ou est indivis, le JAF peut décider de l'attribution préférentielle du bien à l'un des époux *(C. civ., art. 1476)*.
Si l'immeuble était loué par les époux, le droit au bail peut être attribué à l'un d'eux *(C. civ., art. 1751, al. 2)*.

C Les rapports pécuniaires entre époux

1 Les donations et avantages matrimoniaux

Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents *(C. civ., art. 265)*.

Jurisprudence

Est nulle, la clause résolutoire liée à la demande ou au prononcé du divorce stipulée dans une donation prenant effet au cours du mariage *(Cass. civ. 1re, 14 mars 2012, n° 11-13.791)*.

En revanche, le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage (institution contractuelle) ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis.

Par exemple, le régime de la communauté universelle est un avantage matrimonial immédiat qui n'est pas affecté par le divorce même aux torts exclusifs de l'époux qui profite d'un tel régime. En revanche, la clause d'attribution intégrale de la communauté à l'époux survivant, la stipulation de parts inégales ou la clause de préciput sont des avantages futurs révoqués de plein droit par le divorce.

2 La liquidation du régime matrimonial

La liquidation obéit aux mêmes règles quelle que soit la cause de dissolution du mariage (divorce, décès). Dans les divorces par consentement mutuel, les époux ont l'obligation de prévoir un état liquidatif du régime matrimonial.

Dans les divorces contentieux, les époux peuvent, **pendant l'instance en divorce**, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial *(C. civ., art. 265-2)*. Les

conventions passées en application de l'article 265-2 sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce ; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée. L'un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage *(C. civ., art. 1456)*. Ces conventions extrajudiciaires n'ont pas à être homologuées à la différence des conventions visées aux articles 230 et 268 du Code civil.

Toute convention ou stipulation relative à la liquidation et au partage du régime matrimonial, passée **avant l'introduction de l'instance** en divorce, est nulle *(Cass. civ. 1re, 27 sept. 2017, n° 16-23.531)*. Par conséquent, elle ne peut donner lieu à homologation, même sur le fondement de l'article 268 du Code civil, sauf en cas de nouvel accord de volontés après l'introduction de l'instance.

Par ailleurs, le juge statue sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, s'il est justifié par tous moyens des désaccords subsistant entre les parties, notamment en produisant :

1° une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire indiquant les points de désaccord entre les époux,

2° le projet de liquidation établi par le notaire désigné par le juge *(C. civ., art. 267)*.

D Les dommages-intérêts

Des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage :

1° soit lorsqu'il était **défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive** du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même

formé aucune demande en divorce ;

2° soit lorsque le **divorce est prononcé aux torts exclusifs** de son conjoint *(C. civ., art. 266)*.

Jurisprudence

La Cour de cassation exerce un contrôle sur la qualification des conséquences d'une particulière gravité du fait de la dissolution du mariage, ce qui l'a conduit notamment à censurer des décisions de cours d'appel ayant prononcé des dommages-intérêts fondés sur les seules circonstances de la rupture *(Cass. civ. 1re, 15 avr. 2015, n° 14-11.575 ; Cass. civ. 1re, 1er juill. 2009, n° 08-17.825)*.

Seul le préjudice moral résultant de la rupture du lien conjugal est indemnisé sur le fondement de l'article 266, à l'exclusion des préjudices consécutifs aux circonstances de la rupture (violence, humiliation) qui peuvent donner lieu à une action en réparation sur le fondement de l'article 1240 *(Cass. civ. 1re, 22 mars 2005, n° 04-11.942)*.

La séparation de corps met fin à l'obligation de cohabitation et entraîne la séparation des biens. Les autres droits et obligations sont maintenus (secours, fidélité), de sorte que le juge peut accorder à l'un des époux une pension alimentaire. En cas de décès d'un époux, le conjoint survivant conserve tous ses droits dans la succession. La séparation de corps prend fin par la reprise de la vie commune (constatée par un notaire ou une déclaration à l'officier d'état civil) ou par le divorce. La séparation de corps est prononcée ou constatée dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce *(C. civ., art. 296)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

- AJ Famille, n° 1, 2021, Dossier : Réforme de la procédure de divorce
- L.-F. PIGNARRE, La responsabilité des professionnels dans le divorce sans juge, RJPF juill. 2018, n° 7-8

– V. MIKALEF-TOUDIC, Loi de réforme de la justice : droit de la famille et droit des personnes, Dalloz act., 2 avr. 2019
– M. BRUSORIO AILLAUD, L'équité permet de refuser d'attribuer une prestation compensatoire, pas d'en limiter le montant, LPA 2019, n° 68, p. 12
– G. KESSLER, Sacrifice professionnel et prestation compensatoire, AJ Famille, 2018, p. 218
– Y. PUYO, Conventions de divorce, JurisClasseur, Fasc. 60, Divorce, 2021

TITRE 2

LA FILIATION

Fiche n° 15 La filiation par le sang

Fiche n° 16 La filiation adoptive

Fiche n° 17 Les effets de la filiation

Fiche n° 15 La filiation par le sang

⏭ L'ESSENTIEL

La filiation par le sang (naturelle ou par procréation) est le lien de parenté qui unit un enfant à ses père et mère. La parenté est d'abord fondée sur une vérité biologique mais peut également se fonder sur une vérité sociologique. En dehors de tout contentieux, la filiation peut être établie par l'acte de naissance, la présomption de paternité du mari, la reconnaissance, la possession d'état et la reconnaissance conjointe. Au contentieux, l'action peut avoir pour but de contester une filiation établie et/ou d'établir une filiation. L'expertise biologique étant de droit, c'est la vérité biologique qui prime. Pourtant, les conditions de l'action sont restreintes (prescription, titulaire de l'action), et celle-ci peut même se heurter à une fin de non-recevoir lorsqu'une possession d'état conforme au titre a duré cinq ans, c'est alors la vérité sociologique qui prime. Enfin, la filiation naturelle peut être en quelque sorte forcée par le recours à une assistance médicale à la procréation.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Le principe de l'altérité de la filiation

Conformément à la vérité biologique, un enfant a, en principe, un lien de filiation maternel et/ou paternel.

Jurisprudence

Les articles 311-25 et 320 du Code civil s'opposent à ce que deux filiations maternelles soient établies à l'égard d'un même enfant, hors exception légale. Il s'ensuit qu'une personne transgenre homme devenu femme qui, après la modification de la mention de son sexe dans les actes de l'état civil, procrée avec son épouse au moyen de ses gamètes mâles, n'est pas privée du droit de faire reconnaître un lien de filiation biologique avec l'enfant, mais ne peut le faire qu'en ayant recours aux modes d'établissement de la filiation réservés au père *(Cass. civ. 1re, 16 sept. 2020, n° 18-50.080)*. Cet arrêt rappelle également que la loi ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin (comme sexe neutre ou parent biologique).

Dans le même sens, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a exclu que la filiation puisse être établie à l'égard de deux personnes de même sexe, sauf exception légale *(C. civ., art. 6-1)*. Par conséquent, les modes d'établissement du lien de filiation (par le sang) prévus par le Code civil, tels que la reconnaissance, la présomption de paternité ou la possession d'état n'ont pas été ouverts aux époux de même sexe, ni *a fortiori* aux concubins de même sexe *(Cass. civ. 1re, 7 mars 2018, n° 17-70.039)*.

Par exception, les parents peuvent être de même sexe en cas d'adoption (V. Fiche n° 16) et de procréation médicalement assistée (v. *infra*).

Jurisprudence

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit à la transcription dans l'état civil français de l'acte de naissance étranger établissant la filiation à l'égard du père biologique, nonobstant le recours à l'étranger à une convention de gestation pour autrui *(CEDH, 26 juin 2014, Menneson et Labassée c/ France ; Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323)*. En l'absence de lien biologique, l'État n'est pas tenu de reconnaître une filiation au profit des couples ayant eu recours à une GPA *(CEDH, 24 janv. 2017, Paradiso et Campanelli c/ Italie)*. Toutefois, l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger et la mère ou père d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise. Le parent d'intention peut ainsi établir sa filiation à l'égard de l'enfant issu d'une GPA par l'adoption *(Cass. civ. 1re, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, n° 16-16.901, n° 16-50.025)*, ce qui a été jugé conforme à la Conv. EDH *(CEDH, avis, 10 avr. 2019 ; CEDH 12 déc. 2019, n° 1462/18 et 17348/18)*.

La Cour de cassation a néanmoins admis une transcription complète de l'acte étranger en présence de circonstances particulières *(Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053 ; Cass. civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-11.815)*. Allant encore plus loin dans son libéralisme, la Cour de cassation a décidé que l'acte étranger devait être transcrit intégralement dans l'état civil français dès lors qu'il était régulier et exempt de fraude, et donc probant au sens de l'article 47 du Code civil, alors même qu'il résulte d'une GPA *(Cass. civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-12.327 ; Cass. civ. 1re, 18 mars 2020, n° 18-15368 ; Cass. civ. 1re, 18 nov. 2020, n° 19-50.043)*.

La loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique a modifié l'article 47 aux fins de contredire cette dernière évolution : la réalité au sens de ce texte « *est appréciée au regard de la loi française* ». Selon la loi française, la réalité (matérielle et non juridique) est celle de l'accouchement (en ce sens, *Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, préc.*). La transcription n'est donc ouverte qu'au parent biologique. Les parents d'intention doivent recourir à une adoption pour établir leur filiation.

§2 L'établissement non contentieux de la filiation par le sang

I. L'acte de naissance

La filiation est établie à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance *(C. civ., art. 311-25)*. L'acte de naissance est rédigé immédiatement après la déclaration de la naissance à l'officier de l'état civil qui est obligatoire dans les cinq jours de l'accouchement *(C. civ., art. 55)*. Il énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant *(C. civ., art. 57)*. Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé *(C. civ., art. 326)*. L'**accouchement sous X** fait obstacle à la filiation maternelle puisque le nom de la mère n'est pas indiqué dans l'acte de naissance. Mais l'accouchement dans le secret ne constitue pas une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.

La protection du secret de la mère est conciliée avec le droit de l'enfant d'avoir accès à ses origines résultant du droit à la vie privée en ce qu'il comprend le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. La mère est invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles *(CASF, art. L. 222-6 ; sur la conformité de ces conditions avec l'article 8 de la Conv. EDH : CE, 16 oct. 2019, n° 420230)*.

II. La présomption de paternité du mari

La période de conception est présumée s'étendre du 300e jour au 180e jour avant la date de naissance. La conception est présumée avoir eu lieu pendant cette période *(C. civ., art. 311)*. L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari *(C. civ., art. 312)*. C'est dire que la présomption *Pater is est* peut s'appliquer même si l'enfant est conçu avant le mariage ou s'il est né après le divorce.

Par exception, la présomption est écartée de plein droit :

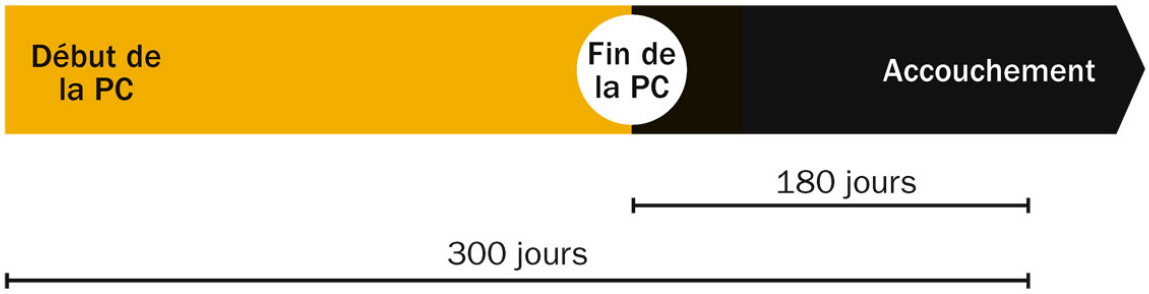
1° lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père ;

2° lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après l'introduction de la demande en divorce ou en séparation de corps ou après le dépôt au rang des minutes d'un notaire de la convention réglant les conséquences du divorce, et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation *(C. civ., art. 313)*.

La présomption est toutefois rétablie si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à

l'égard d'un tiers *(C. civ., art. 314)*.

Double présomption de la conception (période et date)



III. La reconnaissance

A L'établissement de l'acte de reconnaissance

La reconnaissance est l'acte de l'état civil par lequel une personne reconnaît sa paternité ou maternité à l'égard d'un enfant. Elle présente un caractère subsidiaire par rapport à l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance et de la filiation paternelle par la présomption de paternité du mari.
La reconnaissance est valable à condition :

1° D'être faite personnellement par le père ou la mère ;

2° Que l'auteur de la reconnaissance ne soit pas atteint d'un trouble mental et que son consentement ne soit pas vicié. En revanche, la capacité n'est pas exigée et l'auteur de la reconnaissance peut être mineur ;

3° Que la filiation ne soit pas déjà établie (autre reconnaissance, présomption de paternité) ;

4° D'avoir été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant *(C. civ., art. 311-17 qui déroge à la règle générale de conflits en matière de filiation de l'art. 311-14)*.

L'acte de reconnaissance peut être établi avant la naissance *(C. civ., art. 316)*. Lorsque la reconnaissance a lieu à l'occasion de la déclaration de naissance, elle est contenue dans l'acte de naissance *(C. civ., art. 316, al. 3)*. Enfin, la reconnaissance peut intervenir après l'établissement de l'acte de naissance.
Si la reconnaissance paternelle s'avère impossible du fait du secret de l'accouchement sous X, le père en informe le procureur de la République qui procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant *(C. civ., art. 62-1)*.

B Les effets de la reconnaissance

La reconnaissance a un **effet déclaratif**, de sorte que ses effets remontent au jour de la naissance. Elle est **irrévocable**. Elle ne peut être contestée qu'au moyen d'une action en contestation de paternité ou d'une action en nullité. Elle n'établit **la filiation qu'à l'égard de son auteur** *(C. civ., art. 316, al. 2)*.

Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition par l'officier de l'état civil de l'auteur de la reconnaissance, que celle-ci est **frauduleuse**, l'officier de l'état civil saisit sans délai le procureur de la République et en informe l'auteur de la reconnaissance *(C. civ., art. 316-1)*. Le procureur peut **s'opposer à l'enregistrement de la reconnaissance ou à sa mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant**. L'auteur de la reconnaissance peut demander la mainlevée de l'opposition devant le Tribunal judiciaire qui statue dans un délai de dix jours *(C. civ., art. 316-3)*.

Jurisprudence

L'accouchement sous X ne prive pas d'effet la reconnaissance paternelle prénatale. Le père peut demander la restitution de l'enfant, alors même que celui-ci a été placé en vue de l'adoption. Le conseil de famille des pupilles de l'État, informé de la reconnaissance, ne peut consentir valablement à l'adoption de l'enfant, car la reconnaissance prend effet à la date de la naissance dès lors que l'enfant a été identifié par son père *(Cass. civ. 1re, 7 avr. 2006, Benjamin, n° 05-11.285)*.

En revanche, l'article 352 du Code civil exclut toute reconnaissance de l'enfant après son placement en vue de l'adoption, ce qui est conforme à la Constitution *(Cons. const. 7 févr. 2020, n° 2019-826 QPC)*.

L'intervention volontaire dans une procédure d'adoption plénière du père de naissance d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'État et placé en vue de son adoption est irrecevable, faute de qualité pour agir, dès lors qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre eux. Cependant, les juges doivent mettre en balance les intérêts en présence afin de vérifier que les dispositions légales, eu égard à la gravité des mesures envisagées, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du père de naissance *(Cass. civ. 1re, 27 janv. 2021, n° 19-15.921, 19-15.921 et 20-14.012)*.

IV. La possession d'état

A Les conditions de la possession d'état

La possession d'état s'établit par une **réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté** entre l'enfant et la famille à laquelle il est dit appartenir *(C. civ., art. 311-1)* :

1° L'enfant a été traité comme tel par la ou les personnes et a lui-même traité cette ou ces personnes comme ses parents (*tractatus*). C'est en cette qualité que les parents ont pourvu à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

2° La relation parent/enfant a été reconnue par la société, la famille et l'autorité publique (*fama*).

3° L'enfant porte le nom de celui ou ceux dont on le dit issu (*nomen*).

La Cour de cassation contrôle la notion de possession d'état sans exiger que l'ensemble des faits prévus par la loi soient caractérisés, une réunion suffisante de faits suffit.

Encore faut-il que la possession d'état soit continue, paisible, publique et non équivoque *(C. civ., art. 311-2)*.

Jurisprudence

Les conditions de la possession d'état font défaut lorsqu'elle est contestée par un tiers, la mère ayant en outre reconnu avoir entretenu avec ce dernier des relations intimes pendant la période légale de conception *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2008, n° 07-11.573)*, ou encore lorsque le père biologique a reconnu l'enfant moins de trois mois après la naissance mais n'a pu transcrire celle-ci en marge de l'acte de naissance en raison de la présomption de paternité du mari *(Cass. civ. 1re, 7 nov. 2018, n° 17-26.445)*. En revanche, les faits d'inceste commis par un père sur sa fille ne remettent pas en cause l'existence d'une possession d'état conforme au titre *(Cass. civ. 1re, 3 avr. 2019, n° 18-13.642)*.

B La preuve de la possession d'état

Chacun des parents ou l'enfant peut demander à un **notaire** que lui soit délivré un **acte de notoriété** qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve du contraire *(C. civ., art. 317)*. L'acte de notoriété est signé par le notaire et au moins trois témoins attestant de la possession d'état.

La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu.
La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours. Toutefois, une action en constatation de la possession d'état peut être exercée devant le Tribunal judiciaire dans un délai de dix ans à compter soit de la cessation de la possession d'état soit du décès du parent prétendu *(C. civ., art. 330)*.

En présence d'une « filiation internationale », les règles relatives à la filiation (établissement, actions, effets) relèvent de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, de la loi personnelle de l'enfant *(C. civ., art. 311-14)*. Toutefois, la possession d'état produit ses effets selon la loi française si l'enfant et l'un de ses parents ont leur résidence habituelle en France *(C. civ., art. 311-15)*. Il est également dérogé à l'article 311-14 pour la validité et la contestation d'une reconnaissance *(C. civ., art. 311-17)* : la reconnaissance est valable si elle est conforme à la loi de l'auteur ou de l'enfant (rattachement alternatif) ; la contestation de la reconnaissance doit être admise en vertu de la loi de l'auteur et de la loi de l'enfant (rattachement cumulatif).

§3 Les actions relatives à la filiation

I. Les conditions générales des actions relatives à la filiation

(C. civ., art. 318)
« Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable. »

A Le principe chronologique

(C. civ., art. 320)
« Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. »

L'action en contestation d'une filiation est un préalable nécessaire à l'établissement d'une autre filiation. Les conditions d'exercice de l'action relative à la filiation restreignent donc l'établissement d'une filiation même conforme à la vérité biologique.

Jurisprudence

Si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, l'obstacle prévu par l'article 320 poursuit un but légitime en ce qu'il tend à **garantir la stabilité de la filiation** et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations. Par conséquent, la filiation établie ne peut être contestée qu'au moyen d'une action conforme aux règles légales de procédure. L'atteinte portée au droit au respect de la vie privée résultant de l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité et, par suite, de la demande d'expertise biologique, n'est pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi, **dès lors que le parent biologique n'a pas mis en œuvre la procédure qui lui aurait permis de mettre sa situation juridique en conformité avec la réalité biologique** *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507)*.

B La procédure

Le tribunal judiciaire a une **compétence exclusive** pour connaître des actions relatives à la filiation *(C. civ., art. 318-1)*. Le juge pénal saisi d'une infraction portant atteinte à la filiation doit donc surseoir

à statuer jusqu'à ce que le jugement civil relatif à la filiation soit passé en force de chose jugée *(C. civ., art. 319)*.

Les actions relatives à la filiation se prescrivent par **10 ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté**.
À l'égard de l'enfant, ce délai est **suspendu pendant sa minorité** *(C. civ., art. 321)*.

L'action peut être **exercée par les héritiers** d'une personne décédée avant l'expiration du délai qui était imparti à celle-ci pour agir *(C. civ., art. 322)*.

Les actions relatives à la filiation **ne peuvent faire l'objet de renonciation**, et sont donc indisponibles *(C. civ., art. 323)*.

Enfin, les jugements rendus en matière de filiation sont opposables aux tiers qui peuvent toutefois former tierce opposition si l'action relative à la filiation leur était ouverte et dans le délai légal *(C. civ., art. 324)*.

Jurisprudence

Il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre des délais de prescription des actions relatives à la filiation ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu *(Cass. civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068)*.

En application de ce contrôle de proportionnalité, l'action en contestation de paternité doit être déclarée prescrite selon le délai légal, dès lors que l'intéressée s'est abstenue d'agir alors même, qu'entretenant depuis sa petite enfance des liens affectifs avec son père biologique, elle avait eu la confirmation de la paternité de celui-ci (test de paternité privé effectué un an et dix mois avant l'expiration du délai), et qu'elle a attendu son décès et l'ouverture de la succession pour agir *(Cass. civ. 1re, 7 nov. 2018, n° 17-25.938)*.

Doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui ne procède pas à un tel contrôle en se limitant à rappeler que le délai de prescription tend à protéger la sécurité juridique et les droits des tiers *(Cass. civ. 1re, 21 nov. 2018, n° 17-21.095)*.

C La preuve de la filiation

Dans le cadre d'une action en vue d'établir ou de contester une filiation, celle-ci **se prouve par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action** *(C. civ., art. 301-3, al. 2)*.

Sous cette même réserve, et sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, **l'expertise biologique est de droit** en matière de filiation *(Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, n° 98-12.806)*. Le juge doit ordonner une expertise biologique si l'une des parties lui demande. Il peut même l'ordonner d'office.

Jurisprudence

Une mesure d'identification d'une personne par empreinte génétique ou par examen sanguin **ne peut être ordonnée en référé**, mais seulement à l'occasion d'une instance au fond relative à la filiation *(Cass. civ. 1re, 8 juin 2016, n° 15-16.696 ; Cass. civ. 1re, 12 juin 2018, n° 17-16.793)*.

En cas de refus de se soumettre à l'examen biologique, les juges du fond apprécient souverainement la valeur de la présomption pouvant résulter d'un tel refus et peuvent considérer que celui-ci ne suffisait pas, à défaut de toute autre preuve, à démontrer le caractère mensonger de la reconnaissance. À l'inverse, une déclaration judiciaire de paternité fondée notamment sur le refus de se soumettre à un test génétique n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, et il incombe même aux juges de tirer des conséquences d'un tel refus *(CEDH, 25 juin 2015, n° 22037/13 ; CEDH, 14 févr. 2012, n° 2151/10)*.

L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas en soi un **motif légitime** de refus de l'expertise biologique *(Cass. civ. 1re, 13 juill. 2016, n° 15-22.848)*. Le motif légitime peut résulter de l'impossibilité de localiser le père ou, au contraire, de la volonté ferme et continue de l'auteur de la reconnaissance, de son vivant, d'assumer sa paternité.

L'expertise biologique est également de droit en matière d'action à fins de subsides. En revanche, en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique *(Cass. civ. 1re, 16 juin 2011, n° 08-20.475)*.

Enfin, l'expertise *post-mortem* est subordonnée à l'accord exprès de la personne manifesté de son vivant *(C. civ., art. 16-11)*.

II. Les actions aux fins d'établissement de la filiation

A L'action en recherche de maternité

L'action en recherche de maternité n'est admise qu'à défaut de titre (acte de naissance, reconnaissance) et de possession d'état *(C. civ., art. 325)*. L'action est **réservée à l'enfant**. Si l'enfant est mineur, l'action est exercée par le parent à l'égard duquel la filiation est établie ou, en cas de décès, par le tuteur. Elle est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers *(C. civ., art. 328)*. L'enfant est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché *(C. civ., art. 325)*. La mère est donc la parturiente.

Lors de l'accouchement, la mère peut demander le secret de son admission et de son identité *(C. civ., art. 326)*. Elle dispose d'un délai de deux mois pour reconnaître l'enfant et demander sa restitution *(CASF, art. L. 224-6)*. Avant la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, l'accouchement sous X constituait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.
Considérée comme contraire au droit de l'enfant de connaître ses origines *(« dans la mesure du possible », Conv., 20 nov. 1989, de New-York sur les droits de l'enfant, art. 7)*, cette irrecevabilité a été supprimée. Si l'enfant réussit à connaître l'identité de sa mère, il peut donc exercer contre elle une action en vue d'établir sa filiation. La mère est d'ailleurs invitée à laisser des informations sur son identité et peut à tout moment lever le secret de son identité *(CASF, art. L. 222-6)*.

B L'action en recherche de paternité

« *L'action en recherche de paternité est* ***réservée à l'enfant*** » *(C. civ., art. 327)*. Si l'enfant est mineur, l'action est exercée par le parent à l'égard duquel la filiation est établie ou, en cas de décès, par le tuteur.

Elle est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers *(C. civ., art. 328)*.

C L'action en rétablissement de la présomption de paternité

Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313 (défaut de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance, naissance en instance de divorce), **chacun des époux** peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père *(C. civ., art. 329)*. L'action est également ouverte à l'**enfant** pendant les dix ans qui suivent sa majorité. Au vrai, l'action vise simplement à établir la paternité du mari. À la différence de l'action en recherche de paternité, l'action prévue par l'article 329 est ouverte au mari qui peut aussi bien faire une reconnaissance, et à la mère en son nom personnel.

D L'action en constatation de la possession d'état

(C. civ., art. 330)
« La possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu. »

L'action **ne vise qu'à établir la possession d'état**. Le juge ne statue pas sur la filiation. Par conséquent, la filiation établie par possession d'état constatée judiciairement peut faire l'objet d'une action en contestation. Inversement, le rejet de l'action en constatation de la possession d'état ne fait pas obstacle à une action en recherche de maternité ou de paternité.

Jurisprudence

L'échec d'une action en recherche de paternité ne rend pas irrecevable une action postérieure en constatation de la possession d'état *(Cass. civ. 1re, 27 juin 2000, n° 98-23.065)*.

III. Les actions en contestation de la filiation

A La preuve à rapporter

(C. civ., art. 332)
« La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.
La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. »

Le ministère public peut toujours exercer l'action en contestation d'une filiation, sous réserve de l'application des délais de prescription, **si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi** *(C. civ., art. 336)*.

B Les conditions d'exercice de l'action en contestation de filiation

Jurisprudence

L'action du père biologique en contestation d'une reconnaissance de paternité est irrecevable lorsqu'elle repose sur la convention de gestation pour autrui qu'il a conclue avec la mère *(Cass. civ. 1re, 12 sept. 2019, n° 18-20.472)*.
Il importe peu que la mère désignée dans l'acte de naissance et l'auteur de la reconnaissance de paternité soient également des parents d'intention ayant conclu une autre convention de gestation pour autrui avec la même mère biologique pour le même enfant.
La réalité biologique n'est pas une raison suffisante pour accueillir l'action du père biologique dès lors que l'enfant est élevé par ses parents dans d'excellentes conditions et qu'ainsi il n'est pas de son intérêt supérieur de voir remettre en cause sa filiation. En outre, le maintien de la filiation établie ne préjudicie pas au droit de l'enfant de connaître la vérité sur ses origines. Enfin, le procureur de la République seul habilité désormais à contester la reconnaissance du père d'intention, a fait savoir qu'il n'entendait pas agir à cette fin. Dans ces conditions, l'irrecevabilité de l'action du père biologique ne constitue pas une atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée.

a) La conformité de la possession d'état au titre

Lorsque la possession d'état est conforme au titre (acte de naissance, présomption de paternité du mari, reconnaissance), l'action (attitrée) n'est ouverte **qu'à l'enfant, l'un de ses père ou mère ou celui qui se prétend le véritable parent**.

L'action se prescrit par **5 ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté** *(C. civ., art. 333, al. 1er)*.
Si la conformité de la possession d'état au titre a duré 5 ans, aucune action en contestation n'est recevable, sauf celle du ministère public *(C. civ., art. 333, al. 2)*. La vérité sociologique prime la vérité biologique.

Jurisprudence

Le délai de forclusion prévue par l'article 333, alinéa 2, peut être interrompu par une demande en justice *(C. civ., art. 2241)*. Encore faut-il que l'action en contestation de la filiation soit, à peine d'irrecevabilité, dirigée contre le parent dont la filiation est contestée et contre l'enfant *(Cass. civ. 1re, 1er févr. 2017, n° 15-27.245)*. En revanche, ce délai de forclusion n'est pas suspendu au profit de celui qui est dans l'impossibilité d'agir par la suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure *(Cass. civ. 1re, 15 janv. 2020, n° 19-12.348)*.

b) La non-conformité de la possession d'état au titre

À défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par **toute personne qui y a intérêt dans le délai de dix ans** prévu par l'article 321 *(C. civ., art. 334)*. La prescription commence à courir à compter de l'établissement du titre contesté, sous réserve de sa suspension au profit de l'enfant mineur.

c) La contestation de la possession d'état

(C. civ., art. 335)
« La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte. »

C L'action en nullité de la reconnaissance d'enfant

En tant qu'acte juridique unilatéral, la reconnaissance peut être frappée de nullité absolue (incompétence de l'officier de l'état civil ; filiation incestueuse ; placement en vue de l'adoption avant la

reconnaissance) ou de nullité relative (défaut ou vice du consentement). L'action en nullité relative ne peut être exercée que par l'auteur de la reconnaissance ou ses héritiers. La preuve de la véracité de la filiation est alors indifférente. La reconnaissance contraire à la vérité biologique ne peut être contestée que par la voie de l'action en contestation de paternité *(par ex. Cass. civ. 1re, 3 avr. 2019, n° 18-13.642)*.

Jurisprudence

L'article 311-17 est applicable tant à l'action en nullité qu'à l'action en contestation d'une reconnaissance qui doivent être possibles à la fois au regard de la loi de l'auteur de celle-ci et de la loi de l'enfant. Par conséquent, si l'auteur de la reconnaissance ne conteste pas la validité de celle-ci au regard de la loi française (nationalité de l'enfant), son éventuelle irrégularité au regard de la loi allemande (nationalité du père) est inopérante *(Cass. civ. 1re, 6 juill. 1999, n° 97-19.453)*.

Si la loi française est applicable en vertu de l'article 311-17, l'article 311-15, qui fait produire les effets de la possession d'état en cas de résidence habituelle en France de l'un des parents nonobstant l'application d'une loi étrangère en vertu de l'article 311-14, est inapplicable *(Cass. civ. 1re, 23 mars 2022, n° 21-12.952)*. Par conséquent, l'auteur de la reconnaissance étant français, l'irrecevabilité de l'action en contestation de paternité en raison d'une possession d'état conforme au titre pendant cinq ans est applicable même en l'absence de résidence habituelle en France.

IV. Les effets de l'établissement et de l'anéantissement de la filiation

A Les effets de la filiation judiciairement constatée

Si la filiation est établie judiciairement, le tribunal statue sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à

l'éducation de l'enfant, et l'attribution du nom *(C. civ., art. 331)*.

Le jugement étant **déclaratif**, les effets d'une paternité judiciairement déclarée remontent à la naissance de l'enfant.

Jurisprudence

Les juges du fond apprécient souverainement, en cas d'annulation de la reconnaissance paternelle, si l'intérêt supérieur de l'enfant justifie qu'il conserve ou non le nom de l'auteur de la reconnaissance annulée *(Cass. civ. 1re, 17 mars 2010, n° 08-14.619)*.

Jurisprudence

Si la règle « *aliments ne s'arréragent pas* » ne s'applique pas à l'obligation d'entretien, l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est soumise à la prescription quinquennale, ce qui permet d'exiger le paiement de la contribution correspondant aux cinq années précédant l'établissement judiciaire de la filiation *(Cass. civ. 1re, 22 juin 2016, n° 15-21.783)*.

B Les effets de l'anéantissement du lien de filiation

Le jugement qui accueille une contestation de filiation a un effet **déclaratif** et donc rétroactif. Par conséquent, celui dont la reconnaissance a été annulée ne peut être déclaré civilement responsable des conséquences des faits délictueux commis par l'enfant avant cette annulation *(Cass. crim., 8 déc. 2004, n° 03-84.715)*.

L'effet déclaratif attaché au jugement accueillant une action en contestation du lien de filiation fait disparaître rétroactivement l'obligation d'entretien qui pesait sur le parent évincé, en sorte que les paiements qu'il a faits pour subvenir aux besoins de l'enfant se trouvent dépourvus de cause *(Cass. civ. 1re, 16 sept. 2020, n° 18-25.429 ; Cass. civ. 1re, 13 févr. 1985, n° 83-15.112)*. Le parent évincé dispose d'une action en répétition de l'indu contre le parent, créancier de la contribution, ayant reçu indûment les fonds. En revanche, seule l'action fondée sur l'enrichissement injustifié peut être engagée contre le véritable père ayant profité du paiement.
Cependant, l'auteur de la reconnaissance d'un enfant qu'il sait ne pas être le sien s'engage à subvenir aux besoins de celui-ci, de sorte qu'il ne peut exiger le remboursement de l'exécution de son obligation *(Cass. civ. 1re, 21 juil. 1987, n° 85-16.887)* et, à l'inverse, l'inexécution de cet engagement, génératrice d'un préjudice matériel et moral pour l'enfant, peut être sanctionnée par des dommages-intérêts *(Cass. civ. 1re, 10 juill. 1990, n° 88-15.105)*. Toutefois, le prétendu père ne commet pas de faute lorsqu'il n'est pas à l'origine de l'instance en annulation de la reconnaissance *(Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, n° 96-162.77 : action exercée par les autres enfants du père et fondée sur l'aveu du caractère mensonger de celle-ci)*. La faute exige donc que l'auteur de la reconnaissance soit à l'origine de l'action en contestation, alors qu'il savait au moment de l'effectuer que la reconnaissance était mensongère.

Enfin, « *le tribunal peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait* » *(C. civ., art. 337)*.

L'action à fins de subsides permet à tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie de réclamer des subsides (pension alimentaire) à celui qui a eu des **relations avec sa mère pendant la période légale de conception** *(C. civ., art. 342)*, qui s'étend du 300e au 180e jour, inclusivement, avant la date de la naissance *(C. civ., art. 311)*. L'enfant n'a pas à prouver la paternité du défendeur mais seulement, par tous moyens, les relations intimes du défendeur avec sa mère pendant la période légale de conception. S'il est démontré que le défendeur n'est pas le père, notamment au moyen d'une expertise biologique qui est de droit, il ne saurait être condamné au paiement de subsides *(C. civ., art. 342-4)*. L'action est réservée à l'enfant. L'obligation se poursuit au-delà de la majorité de l'enfant s'il est dans le besoin. Le jugement qui alloue les subsides crée entre le défendeur et le bénéficiaire, ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'auteur, les empêchements à mariage fondés sur l'inceste. En revanche, il n'établit aucun lien de filiation entre l'enfant et le défendeur.

§4 L'assistance médicale à la procréation

I. Les conditions

La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique a ouvert l'assistance médicale à la procréation (AMP) à « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée* » *(CSP, art. L. 2141-2)*.

Le recours à une procréation médicalement assistée est nécessaire pour procéder à une gestation pour autrui (GPA), mais cette convention est prohibée, à l'instar du clonage reproductif *(C. civ., art. 16-4 et 16-7)*.

A Le consentement

Les deux membres du couple ou la femme non mariée (qui peut donc être en concubinage ou pacsée) doivent consentir préalablement à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons.

Dans le cas d'un don de gamètes ou d'un accueil d'embryon (**AMP avec tiers donneur**), les receveurs sont les personnes qui ont donné leur consentement à l'AMP *(C. civ., art. 16-8-1, al. 1er)*. Le consentement du couple ou de la femme non mariée, qui recourent à une AMP nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, est donné devant notaire *(C. civ., art. 342-10 ; CSP, art. L. 2141-6, al. 2)*. Le notaire les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur. La déclaration du couple ou de la femme non mariée est recueillie par un acte authentique qui mentionne que l'information a été donnée *(CPC, art. 1157-2 et -3)*.

Le consentement donné au notaire interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'AMP ou que le consentement a été privé d'effet.

Le couple ou la femme non mariée accueillant l'embryon et le couple ou la femme non mariée ayant consenti à l'accueil de leur embryon ne peuvent connaître leurs identités respectives *(CSP, art. L. 2141-6, al. 3)*.

Le consentement est privé d'effet, et il fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, en cas de :

– décès d'un des membres du couple ou de la femme non mariée ;
– introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps ;
– signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel ;
– cessation de la communauté de vie ;

– révocation par écrit du consentement par l'un ou l'autre des membres du couple auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'AMP ou du notaire *(CSP, art. L. 2141-2 ; C. civ., art. 342-10, al. 3)*.

En vertu de l'article L. 1244-2 du Code de la santé publique « *le consentement du donneur* (de gamètes) *est recueilli par écrit et peut être révoqué à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes* », ce qui fait obstacle à l'AMP par recours aux gamètes de ce donneur.

B Les conditions d'âge

L'AMP peut être réalisée jusqu'à son 45e anniversaire chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant, et jusqu'à son 60e anniversaire chez le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant *(CSP, art. R. 2141-38)*.

C La reconnaissance conjointe du couple de femmes

Lors du recueil du consentement devant notaire, le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant *(C. civ., art. 342-11, al. 1er)*.

D Le délai de réflexion

La mise en œuvre de l'AMP est précédée d'entretiens particuliers de la femme non mariée ou du couple demandeur avec un ou plusieurs médecins et d'autres professionnels de santé de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire.

Le consentement du couple ou de la femme non mariée est confirmé par écrit à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à compter de la réalisation des étapes portant sur les informations devant être fournies par l'équipe médicale *(CSP, art. L. 2141-10, al. 3)*.

Jurisprudence

En raison des circonstances particulières, le refus de l'Agence de la biomédecine d'exporter le sperme du mari défunt à la demande de l'épouse en vue d'une insémination *post-mortem* en Espagne porte une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale, bien qu'une telle insémination et l'exportation de gamètes en vue de sa réalisation à l'étranger soient prohibées pénalement *(CE, 31 mai 2016, n° 396848)*.

Le contrôle de proportionnalité permet ainsi d'évincer des dispositions légales *(CSP, art. L. 2141-2, L. 2141-11-1, L. 2162-8)* à raison des circonstances particulières de l'espèce (projet parental, détérioration brutale de l'état de santé du mari, consentement explicite du mari à une insémination posthume en Espagne, pays d'origine de l'épouse, etc.).

II. Les effets

(C. civ., art. 342-9)
« En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.
Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur. »

Corrélativement, le consentement donné à une AMP avec tiers donneur interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'AMP ou que le consentement a été privé d'effet *(C. civ., art. 342-10, al. 2)*.

La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche à la suite d'une AMP, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance.

S'il s'agit d'un couple de femmes, la filiation est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe lors du consentement à l'AMP devant notaire. La reconnaissance est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance *(C. civ. art. 342-11, al. 2)*. De nouveau, la filiation peut être contestée si l'enfant n'est pas issu de l'AMP ou que le consentement a été privé d'effet.

La femme qui, après avoir consenti à l'AMP, fait obstacle à la remise à l'officier de l'état civil de la reconnaissance conjointe engage sa responsabilité *(art. 342-13, al. 3)*. La filiation établie par la reconnaissance conjointe ne peut être portée dans l'acte de naissance si la filiation déjà établie à l'égard d'un tiers, par présomption, reconnaissance volontaire ou adoption plénière, n'a pas été contestée en justice par une action en contestation de paternité, par une action en tierce opposition en cas de dol ou fraude imputable aux adoptants ou au conjoint de l'adoptant, ou par un recours en révision dans les conditions prévues par décret *(C. civ., art. 342-13, al. 4)*.
L'homme ayant eu recours à une AMP qui ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée à la suite d'une action en recherche de paternité *(C. civ., art. 342-13, al. 1er et 2)*.

Jurisprudence

L'établissement judiciaire de la filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée sans tiers donneur obéit aux règles générales de l'action en recherche de paternité, et la preuve de la paternité peut être apportée par tous moyens *(Cass. civ. 1re, 16 mars 2016, n° 15-13.427)*.

(C. civ., art. 16-8-1, al. 2)
« Le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de la personne majeure née d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur, dans les conditions prévues au chapitre III du titre IV du livre Ier de la deuxième partie du Code de la santé publique. »

(CSP art. L. 2143-2, al. 1)
« Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3. »

POUR ALLER PLUS LOIN…

– C. PÉRÈS, Lien biologique et filiation : quel avenir ?, D. 2019, p. 1184
– J. LEMOULAND, Le viol ne vicie pas la possession d'état, D. 2019, p. 1212
– I. CORPART, Comment éviter l'instrumentalisation de la reconnaissance d'enfant à des fins migratoires ?, RJPF, n° 1, janv. 2019

Fiche n° 16 La filiation adoptive

⏭ L'ESSENTIEL

La filiation adoptive a pour fondement l'acte de volonté par lequel une personne ou un couple souhaite établir une filiation avec un enfant. L'adoption plénière a pour but de créer une filiation qui s'apparente à une filiation par le sang. La loi du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption a ouvert l'adoption à tous les couples (mariés, pacsés ou en concubinage). Sauf en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, les liens avec la famille d'origine sont rompus. Cet effet de substitution fait obstacle à l'établissement ou à la recherche d'une filiation conforme à la vérité biologique, et ce, dès le placement en vue de l'adoption plénière. De son côté, l'adoption simple se limite à ajouter une filiation et, si l'adopté est mineur, à transférer l'autorité parentale à l'adoptant. L'adoption simple est donc logiquement soumise à des conditions moins strictes que l'adoption plénière.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'adoption plénière

I. Les conditions de l'adoption plénière

A Les conditions relatives aux personnes

1 Les adoptants

L'adoption peut être demandée par

– un couple marié non séparé de corps, deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou deux concubins *(C. civ., art. 343)*. Les adoptants doivent être en mesure d'apporter la preuve d'une **communauté de vie d'au moins un an ou être âgés l'un et l'autre de plus de vingt-six ans** ;

– une **personne seule âgée de plus de vingt-six ans** *(C. civ., art. 343-1)*.

Si celui qui adopte seul est marié et non séparé de corps ou lié par un Pacs, le **consentement de l'autre membre du couple** est nécessaire à moins que ce conjoint soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté *(C. civ., art. 343-1, al. 2)*. Ce consentement est irrévocable.
La condition d'âge de l'adoptant seul n'est pas exigée en cas d'**adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire lié par un Pacs ou du concubin** *(C. civ., art. 343-2)*.

(C. civ., art. 343-3)
« L'adoption entre ascendants et descendants en ligne directe et entre frères et sœurs est prohibée. Toutefois, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il existe des motifs graves que l'intérêt de l'adopté commande de prendre en considération. »

Les adoptants doivent avoir **quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent** d'adopter, mais la différence n'est que de dix ans en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire de Pacs ou du concubin *(C. civ., art. 344)*. Le tribunal peut passer outre cette condition pour justes motifs.

Enfin, si l'enfant est un pupille de l'État ou un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint, du partenaire de Pacs ou du concubin, les adoptants doivent obtenir l'**agrément du président du conseil départemental** qui vérifie après enquête l'aptitude du ou des demandeurs à adopter *(C. civ., art. 353-1 ; CASF, art. L. 225-2)*. L'agrément prévoit une différence d'âge maximale de cinquante ans entre le plus jeune des adoptants et le plus jeune des enfants qu'ils se proposent d'adopter (sauf justes motifs).

Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt.

Jurisprudence

Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant *(Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 14-70006)*.
Le recours à la gestation pour autrui (GPA) à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé d e l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 5 juil. 2017, n° 16-16.455 ; Cass. civ. 1re, 4 nov. 2020, n° 19-15.739)*.

2 L'adopté

Sont **adoptables** :

1° Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;

2° Les **pupilles de l'État** pour lesquels le conseil de famille des pupilles de l'État a consenti à l'adoption ;

3° Les **enfants judiciairement déclarés délaissés** *(C. civ., art. 347)*.

L'adopté doit avoir **moins de quinze ans**, et avoir été **placé en vue de l'adoption** au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois *(C. civ., art. 345)*. Par exception, l'adoption est possible jusqu'à trois ans après la majorité de l'enfant :

– s'il a été placé en vue de l'adoption ou a fait l'objet d'une adoption simple avant ses quinze ans ;
– s'il s'agit de l'enfant du conjoint, du partenaire de pacs ou du concubin ;
– s'il s'agit d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant déclaré délaissé.

Sont admis en qualité de pupilles de l'État *(CASF, art. L. 224-4)* :

1° les enfants, dont la **filiation n'est pas établie**, recueillis par l'aide sociale à l'enfance (ASE) depuis plus de deux mois (ex. enfant né sous X ou abandonné) ;

2° les enfants **remis à l'ASE depuis plus de deux mois** par les personnes ayant qualité pour consentir à l'adoption ;

3° les enfants **remis par l'un des parents à l'ASE, depuis plus de six mois**, en vue d'une adoption et dont l'autre parent n'a pas fait connaître ses intentions ;

4° les **orphelins** sans tuteur et **remis à l'ASE** depuis plus de deux mois ;

5° les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un **retrait total de l'autorité parentale et recueillis par l'ASE** ;

6° les enfants **recueillis par l'ASE en cas de déclaration judiciaire de délaissement parental** *(C. civ., art. 381-2)*.

L'enfant est admis en qualité de pupille de l'État par arrêté du président du conseil départemental pris après expiration des délais prévus à l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles ou, dans les cas prévus au 5° et 6°, après que le jugement ayant prononcé le retrait de l'autorité parentale ou la déclaration judiciaire de délaissement soit passé en force de chose jugée *(CASF, art. L. 224-8)*.

L'arrêté peut être contesté dans un délai de forclusion de 30 jours devant le Tribunal judiciaire *(CASF, art. L. 224-8)*. Les titulaires de l'action en contestation peuvent néanmoins agir jusqu'au placement en vue de l'adoption s'ils n'ont pas reçu la notification de l'arrêté.

Jurisprudence

La déclaration judiciaire de délaissement est subordonnée à l'absence de relations nécessaires à l'éducation ou au développement de l'enfant entre celui-ci et ses parents *(C. civ., art. 381-1)*, si bien que la déclaration de délaissement unilatérale (un seul parent) n'est pas subordonnée à la perte de l'autorité parentale par le parent non délaissant ou à une remise volontaire, par celui-ci, de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de son admission comme pupille de l'État.

En revanche, l'enfant ne peut pas être admis comme pupille de l'État lorsque le délaissement parental est déclaré judiciairement à l'endroit d'un seul parent et que l'autre parent, non privé de l'autorité parentale, n'a pas remis volontairement l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de cette admission.

Suivant la même logique, si le délaissement parental concerne un seul parent, le consentement à l'adoption de l'autre parent, qui n'est pas privé de ses droits d'autorité parentale, doit être recueilli *(Cass. civ. 1re, avis, 19 juin 2019, n° 19-70008)*.

3 Le consentement à l'adoption

a) Le consentement des parents

Le consentement est donné par les **parents à l'égard desquels la filiation est établie** *(C. civ., art. 347, 1° et 348)*.

Le consentement d'un **seul parent** suffit si l'autre est **décédé**, s'il est dans l'**impossibilité de manifester sa volonté**, s'il a **perdu ses droits d'autorité parentale** ou si la **filiation n'est établie qu'à l'égard du parent consentant**.

Si les parents sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté, s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale ou si la filiation de l'enfant n'est pas établie, le consentement est donné par le

conseil de famille, après avis de la personne qui prend soin de l'enfant *(C. civ., art. 348-2)*.

Jurisprudence

Méconnaît l'ordre public français, le jugement étranger qui prononce une adoption sans faire référence au consentement des représentants légaux de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 18 juil. 2000, n° 99-10.848)*.

Cette solution est confirmée par l'article 370-3 du Code civil aux termes duquel « *quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant* ».

Le consentement est donné devant un notaire, un agent diplomatique ou consulaire. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) lorsque l'enfant lui a été remis *(C. civ., art. 348-3)*. En cas de remise de l'enfant à l'ASE, les parents sont invités à consentir à l'adoption *(CASF, art. L. 224-5)*.

Le consentement peut être **rétracté pendant deux mois** par LRAR adressée à la personne ou au service ayant reçu le consentement. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut preuve de la rétractation. De plus, **tant que l'enfant n'a pas été placé en vue de l'adoption**, les parents peuvent exiger sa restitution, et, en cas de refus de la personne qui l'a recueilli, les parents peuvent saisir le juge qui appréciera souverainement si la restitution est conforme à l'intérêt de l'enfant. Le formalisme du consentement et la faculté de rétractation prévus par l'article 348-3 ne s'appliquent pas au consentement donné par le conjoint, le partenaire ou le concubin de l'adoptant.

Le consentement à l'adoption d'un enfant de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été remis à l'ASE, sauf s'il existe un lien de parenté ou d'alliance entre l'adoptant et l'adopté jusqu'au sixième degré inclus, et sauf s'il s'agit de l'enfant du conjoint, du partenaire ou du concubin *(C. civ., art. 348-5)*.

Le tribunal peut passer outre le refus des parents à la double condition que les parents se soient désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité, et que leur refus soit abusif. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille *(C. civ., art. 348-6)*.

b) Les pupilles de l'État

Pour les pupilles de l'État dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le **conseil de famille de ces pupilles** *(C. civ., art. 347, 2°)*.

Jurisprudence

L'enfant né sous X ayant été identifié par son père biologique à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de la naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus consentir valablement à l'adoption de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 7 avr. 2006, Benjamin, n° 05-11.285)*.
En revanche, les grands-parents de la mère qui a accouché sous X n'ont pas qualité pour intervenir à l'instance à l'adoption afin de s'opposer à celle-ci, à raison de l'absence de filiation établie entre leur fille et l'enfant *(Cass. civ. 1re, 8 juill. 2009, n° 08-20.153)*.

c) L'enfant de plus de treize ans

Si l'enfant a plus de treize ans, il doit **consentir personnellement** à l'adoption. Ce consentement peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption *(C. civ., art. 345, al. 3)*. Le consentement est donné devant un notaire ou est reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance *(C. civ., art. 348-3)*.

(C. civ., art. 348-7)
« Le tribunal peut prononcer l'adoption, si elle est conforme à l'intérêt de l'adopté, d'un mineur âgé de plus de treize ans ou d'un majeur protégé hors d'état d'y consentir personnellement, après avoir recueilli l'avis d'un administrateur ad hoc *ou de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. »*

B Les conditions propres à l'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire de Pacs ou du concubin

L'adoptant peut avoir **moins de 26 ans** et la différence d'âge exigée entre l'adoptant et l'adopté n'est que de **dix ans** *(C. civ., art. 343-2 et 344)*.

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint, du partenaire ou du concubin est **permise que dans trois cas** *(C. civ., art. 345-1)* :

– lorsque l'enfant n'a de **filiation légalement établie qu'à l'égard du conjoint, du partenaire ou du concubin**, même si cette filiation résulte d'une adoption plénière ;
– lorsque l'autre parent s'est vu **retirer totalement l'autorité parentale** ;

– lorsque l'autre parent est **décédé** et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

C L'interdiction des adoptions successives

Un enfant ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par un couple marié, pacsé ou en concubinage *(C. civ., art. 346, al. 1er)* et ne peut donc pas être adopté deux fois.

Par exception, une **nouvelle adoption** peut être prononcée :
– soit après le **décès de l'adoptant ou des deux adoptants**,
– soit après le **décès de l'un des deux adoptants si la demande est présentée par le nouveau conjoint, partenaire ou concubin du survivant** d'entre eux,
– soit en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin **lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par celui-ci** et n'a de filiation établie qu'à son égard *(C. civ., art. 345-1, 1° bis)*. *A contrario*, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin est interdite si celui-ci a adopté l'enfant en la forme simple.

D Le placement en vue de l'adoption plénière

Pour être adopté, l'enfant doit avoir été **accueilli au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois** *(C. civ., art. 345)*.
Le placement prend effet à la date de la remise effective aux futurs adoptants qui accomplissent alors les actes usuels de l'autorité parentale.
Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant. La demande de restitution des parents

prévue par l'article 348-3, alinéa 3, fait alors obstacle au placement *(C. civ., art. 351)*.

À l'inverse, le placement en vue de l'adoption met **obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine**, et fait **échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance** *(C. civ., art. 352)*.

Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets du placement sont rétroactivement résolus.

Jurisprudence

L'irrecevabilité de l'action en restitution engagée après le placement de l'enfant né sous X aux fins d'adoption s'impose également aux titulaires du recours contre l'arrêté d'admission de l'enfant comme pupille de l'État (en l'occurrence, les membres de la famille), alors même que l'arrêté ne leur aurait pas été notifié dans les conditions de l'article L. 224-8 du CASF *(Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 17-30.914)*.

II. Le jugement d'adoption plénière

L'adoptant forme une **requête en adoption** auprès du Tribunal judiciaire. Le tribunal vérifie dans un délai de six mois à compter de sa saisine si les conditions légales sont réunies et si l'adoption est conforme à l'**intérêt de l'enfant** *(C. civ., art. 353)*. La conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant est une exigence constitutionnelle fondée sur le 10e alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Par exemple, les juges du fond apprécient souverainement si l'adoption par le grand-père maternel de l'enfant est conforme à son intérêt

alors qu'il fait disparaître le lien de filiation de l'enfant vis-à-vis de sa mère, ou encore si, dans le cas où l'adoptant a des descendants, l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale.

Jurisprudence

Les juges du fond apprécient souverainement que, compte tenu des liens d'affection et des soins prodigués, la conscience de l'adoptant des effets successoraux de l'adoption ne pouvait être considérée comme un détournement de l'institution *(Cass. civ. 1re, 11 juil. 2006, no 04-10.839)*.

La **tierce opposition** à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants ou au conjoint de l'adoptant *(C. civ., art. 353-2)*.

Le dol résulte de plein droit de la dissimulation au tribunal :

(i) du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers décidé par le JAF sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil, ou

(ii) de l'existence d'un consentement à une procédure d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur et, le cas échéant, d'une reconnaissance conjointe par le couple de femmes ayant recours à une AMP avec tiers donneur.

Jurisprudence

Les circonstances frauduleuses doivent avoir été de nature à influer sur la décision d'adoption plénière ou simple *(Cass. civ. 1re, 4 mai 2011, n° 10-13.996)*. Constituent un dol, le fait de dissimuler au tribunal que les grands-parents entendaient maintenir des liens affectifs avec leurs petites-filles ou encore la dissimulation d'une reconnaissance faite à l'étranger ou encore la dissimulation d'enfants nés d'un précédent mariage *(Cass. civ. 1re, 13 juin 2019, n° 18-19.100)*.

III. Les effets de l'adoption plénière

L'adoption plénière produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption *(C. civ., art. 355)*. Elle confère à l'enfant une filiation se **substituant à sa filiation d'origine** qui le prive de toute appartenance à sa famille par le sang, sous réserve de la prohibition de l'inceste *(C. civ., art. 356)*. L'adoption plénière fait ainsi obstacle à toute action en recherche de maternité ou de paternité.

Par exception, l'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire de Pacs ou du concubin laisse subsister la filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille.

La rupture des liens avec la famille par le sang ne fait pas obstacle à ce qu'un **droit de visite** soit accordé, dans l'intérêt de l'enfant, à ses ascendants ou à un tiers sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil (appréciation souveraine de l'intérêt de l'enfant pour refuser le droit de visite aux grands-parents par le sang : *Cass. civ. 1re, 16 juil. 1997, n° 95-17.210*).

Jurisprudence

Au regard des circonstances (connaissance par l'adopté de ses origines, refus du parent biologique d'établir un lien de filiation, intérêts de la famille adoptive, sécurité juridique des liens de filiation adoptifs), l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de l'adopté *(Cass. civ. 1re, 14 oct. 2020, n° 19-15.783, en l'espèce, l'action était soumise au droit anglais qui, à l'instar du droit français, exclut l'action en recherche de filiation en cas d'adoption anglaise qui produit les effets de l'adoption plénière)*.

L'adoption confère à l'enfant le **nom de l'adoptant**, sauf en cas d'adoption par deux époux ou d'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire de Pacs ou du concubin qui offrent aux époux la faculté de choisir le nom *(C. civ., art. 357)*.

L'adoption est **irrévocable** *(C. civ., art. 359)*. L'irrévocabilité est acquise dès que le jugement est passé en force de chose jugée. Le consentement à l'adoption et le jugement sont indivisibles, de sorte que la contestation de ce consentement sur le fondement des vices du consentement n'est admise que par l'exercice des voies de recours contre le jugement d'adoption *(Cass. civ. 1re, 27 nov. 2001, n° 00-10.151)*.

Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite sur les **registres de l'état civil** du lieu de naissance de l'adopté, à la requête du procureur de la République *(C. civ., art. 354)*. La transcription ne contient **aucune indication relative à la filiation réelle** de l'enfant. Elle tient lieu d'acte de naissance de l'adopté. L'acte de naissance d'origine, considéré comme nul, est revêtu de la **mention « adoption »**. Pour autant, il n'existe pas de secret de

l'adoption *(Cass. civ. 1re, 31 mars 2016, n° 15-13.147)*. L'adopté peut obtenir une copie intégrale de l'acte de naissance et du jugement d'adoption dans lequel figure l'identité des parents de naissance (sauf en cas d'accouchement sous X).

§2 L'adoption simple

I. Les conditions de l'adoption simple

A Le renvoi aux conditions de l'adoption plénière

L'article 361 du Code civil renvoie à certaines dispositions applicables à l'adoption plénière : conditions relatives aux adoptants *(C. civ., art. 343 à 344)* ; consentement de l'adopté âgé de plus de 13 ans *(C. civ., art. 345, al. 3)* ; prohibition des adoptions successives et exceptions *(C. civ., art. 346)* ; conditions relatives à l'adopté *(C. civ., art. 347)* et au consentement à l'adoption *(C. civ., art. 348 à 348-7)* ; requête aux fins d'adoption et contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant *(C. civ., art. 353)* ; exigence d'un agrément administratif *(C. civ., art. 353-1)* ; tierce opposition au jugement d'adoption *(C. civ., art. 353-2)* ; prise d'effet de l'adoption *(C. civ., art. 355)* ; possibilité de modifier les prénoms de l'enfant *(C. civ., art. 357, dernier al.)*.

B Les conditions propres à l'adoption simple

L'adoption simple est permise, **quel que soit l'âge de l'adopté** *(C. civ., art. 360),* sauf la différence maximale prévue pour l'agrément d'adopter un pupille de l'État.

L'adopté **n'a pas à avoir été placé en vue de l'adoption**, sauf si l'adoption concerne un pupille de l'État ou un enfant déclaré judiciairement délaissé *(C. civ., art. 361)*.

Jurisprudence

L'adoption simple vise à **consacrer un rapport filial** et non à renforcer des liens affectifs entre deux personnes *(Cass. civ. 1re, 4 mai 2011, n° 10-13.996, pour un couple homosexuel ; Cass. civ. 1re, 23 juin 2010, n° 09-66.782, pour l'adoption d'une personne par son ex-épouse)* ou à atteindre un but essentiellement successoral *(Cass. civ. 1re, 16 oct. 2001, n° 00-10.665 ; retenant que l'adoption était conforme à la finalité de l'institution dès lors que le dossier révélait d'autres motifs que les effets successoraux justifiant l'adoption : Cass. civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 04-10.839*).
Mais une cour d'appel apprécie souverainement que l'adoption a été demandée, non pour favoriser ou consacrer des relations homosexuelles, mais pour permettre à l'adoptant, célibataire sans enfant, d'apporter à un autre homme, de condition modeste, l'**aide matérielle et sociale qu'aurait pu lui apporter un père**, de sorte qu'il n'y a pas de fraude *(Cass. civ. 1re, 8 juin 1999, n° 96-18.908)*.
Le juge doit vérifier si, dans l'affaire qui lui est soumise, l'annulation de l'adoption ne porte pas une **atteinte disproportionnée** au droit au respect de la vie privée et familiale des personnes adoptées. La cour d'appel justifie légalement sa décision d'annuler l'adoption en relevant que l'adoptant a sciemment dissimulé à la juridiction saisie de la demande d'adoption la présence d'enfants nés de son mariage, pour détourner la procédure à des fins successorales et consacrer une relation amoureuse, que les adoptées, âgées de 22 ans lorsqu'elles ont connu l'adoptant, n'ont été ni éduquées ni élevées par ce dernier qui les a accueillies chez lui pendant le temps du mariage et sans l'accord de son épouse, que l'adoption n'a duré que neuf ans et trois ans après le décès de l'adoptant, date à laquelle les enfants issus de son mariage en ont eu connaissance *(Cass. civ. 1re, 13 juin 2019, n° 18-19.100)*.

L'adopté majeur est seul à pouvoir consentir à son adoption. Il résulte de l'article 348 du Code civil que le consentement des parents à l'adoption simple de l'adopté majeur, qui n'est plus placé sous leur autorité, n'est pas requis *(Cass. civ. 1re, 20 mars 2013, n° 12-16.401)*.

Les conditions à l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, du partenaire de Pacs ou du concubin prévues à l'article 345-1 ne sont

pas applicables.

C Les adoptions successives

À l'instar de l'adoption plénière, les adoptions simples successives sont interdites.
Par exception, l'**adoption simple d'un enfant déjà adopté** est possible :

- Dans les **cas prévus par l'article 346** du Code civil (décès du ou des adoptants) ;
- Si l'enfant a déjà fait l'objet d'une adoption plénière à condition que l'adoption simple soit justifiée par des **motifs graves** *(C. civ., art. 360, al. 2)* ;
- En cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint, du partenaire ou du concubin lorsque celui-ci l'a adopté seul en la forme simple ou plénière *(C. civ., art. 360, al. 3)*.

Jurisprudence

Le droit au respect de la vie privée n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives, de sorte qu'une cour d'appel ne peut écarter l'application de l'article 346 du Code civil pour prononcer l'adoption simple d'un enfant par la seconde épouse de son père biologique, alors que cet enfant avait déjà été adopté par le second époux de sa mère biologique, première épouse de son père *(Cass. civ. 1re, 12 janv. 2011, n° 09-16.527)*.

II. Les effets de l'adoption simple

A Le maintien de la filiation par le sang

L'adoption simple crée une filiation qui **s'ajoute à la filiation d'origine**. L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous

ses droits *(C. civ., art. 364)*.

Cependant, l'obligation alimentaire des père et mère de l'adopté devient **subsidiaire**. De plus, ces derniers **perdent l'autorité parentale** *(C. civ., art. 365)*. Les **prohibitions au mariage** s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine. L'adoption simple est mentionnée en marge de l'acte de naissance. Elle ne fait pas obstacle à la contestation et/ou à l'établissement futur d'une filiation par le sang. D'ailleurs, l'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation *(C. civ., art. 369)*.

B L'intégration à la famille de l'adoptant

L'article 363 du Code civil réglemente **l'attribution du nom de l'adoptant** à l'adopté qui en principe s'ajoute au nom de ce dernier.

L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les **droits d'autorité parentale, à moins qu'il ne soit le conjoint, le partenaire lié par un Pacs ou le concubin de l'un des parents de l'adopté** *(C. civ., art. 365)*. Dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, son partenaire lié par un Pacs ou son concubin, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une **déclaration conjointe** avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

L'obligation alimentaire des père et mère de l'adopté devenant subsidiaire, ils ne sont tenus de lui fournir des aliments que si l'adopté ne peut obtenir de l'adoptant l'exécution de son obligation de fournir des aliments *(C. civ., art. 367)*. La subsidiarité n'est pas exclusive d'une contribution partielle *(Cass. civ. 1re, 14 avr. 2010,*

n° 09-12.456). Il n'existe **pas d'obligation alimentaire entre l'enfant adopté et les ascendants de l'adoptant**.
L'adopté et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux que la loi confère aux enfants et petits-enfants. Mais ils n'ont **pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant** *(C. civ., art. 368)*. De plus, si l'adopté décède sans laisser de descendants ou de conjoint survivant, les biens qu'il a reçus par donation ou succession de l'adoptant ou de ses père et mère retournent (droit de retour) à ces derniers ou à leurs descendants *(C. civ., art. 368-1)*.

« Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple » (CGI, art. 786). Il s'ensuit que si l'adopté n'a aucun lien de parenté avec l'adoptant, antérieur à l'adoption, son héritage sera soumis au tarif applicable aux transmissions de personnes non-parentes. Cette disposition n'est toutefois pas applicable notamment (i) au droit de retour de l'article 368-1, (ii) si l'adopté est issu du premier mariage du conjoint de l'adoptant, (iii) si l'adopté a fait l'objet d'une prise en charge continue et principale par l'adoptant pendant une durée déterminée *(CGI, art. 786, 3° et 3° bis, ce qui permet d'éviter de recourir à l'adoption simple dans un but fiscal s'il n'est pas démontré que l'adopté a été effectivement élevé par l'adoptant)*.

C La révocation de l'adoption simple

(C. civ., art. 370)
*« S'il est justifié de **motifs graves**, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant.*
Lorsque l'adopté est mineur, la révocation ne peut être demandée que par le ministère public. »

La décision d'adoption passée en force de chose jugée purge la procédure de ses vices. Ainsi, l'intégrité du consentement de l'adoptant, en tant que condition légale à l'adoption, est vérifiée au moment où le tribunal se prononce sur celle-ci, de sorte que la contestation ultérieure du consentement de l'adoptant, qui est indissociable du jugement d'adoption, ne peut se faire qu'au moyen d'une remise en cause directe de celui-ci par l'exercice des voies de recours et non à l'occasion d'une action en révocation de cette adoption, laquelle suppose que soit rapportée la preuve d'un motif grave, résidant dans une cause survenue postérieurement au jugement d'adoption *(Cass. civ. 1re, 13 mai 2020, no 19-13.419)*.

La révocation n'est pas rétroactive *(C. civ., art. 370-2)*.

§3 L'adoption internationale

(C. civ., art. 370-2-1)

« L'adoption est internationale

1° Lorsqu'un mineur résidant habituellement dans un Etat étranger a été, est ou doit être déplacé, dans le cadre de son adoption, vers la France, où résident habituellement les adoptants ;

2° Lorsqu'un mineur résidant habituellement en France a été, est ou doit être déplacé, dans le cadre de son adoption, vers un Etat étranger, où résident habituellement les adoptants. »

Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par un couple, à la loi nationale commune des membres du couple ou, à défaut, à la loi de leur résidence commune ou, à défaut, à la loi de la juridiction saisie. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe *(C. civ., art. 370-3)*.

L'adoption ne peut pas être prononcée :
– si la loi nationale des deux membres du couple la prohibe, ou
– si la loi nationale du mineur étranger la prohibe, sauf s'il est né ou réside habituellement en France.

L'adoption requiert le consentement du représentant légal du mineur. Cette loi de police s'impose quelle que soit la loi applicable.

Les effets de l'adoption internationale prononcée en France sont ceux de la loi française. Quant à l'adoption prononcée à l'étranger, elle produit les effets de l'adoption plénière en cas de rupture du lien avec la famille d'origine. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple.

Jurisprudence

Doit être cassé l'arrêt qui prononce l'adoption simple à raison de la proximité de ses effets avec la *kafala*, alors que celle-ci n'est pas une adoption *(Cass. civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.264 ; égal. Cass. civ. 1re, 15 févr. 2010, n° 09-10.439)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

– A. Zelcevic-Duhamel, Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique, *D.* 2020, p. 2437
– Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

– M.-C. Le BOURSICOT, Un secret de l'adoption qui n'existe pas et un secret des origines limité et réversible, *RJPF*, 2016, n° 12, p. 8
– M.-C. Le BOURSICOT, Procréation assistée : urgence à légiférer…, *RJPF* 2019, n° 4, p. 40

Fiche n° 17 Les effets de la filiation

L'ESSENTIEL

(C. civ., art. 6-2)
« Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre Ier [adoption simple]. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents.»

La filiation a de nombreux effets : dévolution du nom de famille *(C. civ., art. 311-21 et s., 342-12, 357 et 363)* ; responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur *(C. civ., art. 1242, al. 4)* ; succession (droits *ab intestat* et réserve héréditaire) ; droits sociaux (congé parental, allocations) et fiscaux (foyer fiscal). Les parents exercent en commun l'autorité parentale sur leurs enfants et sont tenus de contribuer à leur entretien et à leur éducation. De nombreuses situations sont de nature à affecter l'autorité parentale. Le juge peut, par exemple, accorder à un tiers un droit de visite, fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents, ordonner une mesure d'assistance éducative lorsque l'enfant est en danger ou prononcer le retrait ou la délégation de l'autorité parentale.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les droits et devoirs de la famille

I. L'autorité parentale

(C. civ., art. 371)
« L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. »

(C. civ., art. 371-1, al. 1er) *« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. »*

La loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires a ajouté à l'article 371-1 que *« l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques. »*

Cette disposition doit faire évoluer la jurisprudence pénale selon laquelle les parents disposent d'un droit de correction sur leurs enfants, en l'absence de dommages causés à l'enfant et de caractère humiliant, et proportionné au manquement commis (par ex. : *Cass. crim., 29 oct. 2014, n° 13-86.371)*.

Jusqu'à la majorité de l'enfant, les parents sont titulaires de l'autorité parentale. Ils prennent les décisions concernant son éducation, son développement personnel, sa sécurité, sa santé et sa morale. Ils doivent y associer l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité. La titularité de l'autorité parentale ne se confond pas avec son exercice, en ce qu'elle implique fondamentalement le droit d'être informé des choix importants relatifs à la vie du mineur et de surveiller son éducation. Certaines décisions n'appartiennent qu'aux titulaires de l'autorité parentale *(v. supra, le consentement à*

l'adoption). L'enfant ne peut, par exemple, sans permission de ses père et mère, quitter le domicile familial. L'enfant quittant le territoire français sans être accompagné d'un titulaire de l'autorité parentale doit avoir une autorisation de sortie du territoire signée par un titulaire de l'autorité parentale *(C. civ., art. 371-6)*. Enfin, l'État peut imposer des limites à l'autorité parentale (scolarisation obligatoire, vaccination obligatoire).

Les mineurs ont le droit de recevoir eux-mêmes une information médicale et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée à leur degré de maturité *(CSP art. L. 1111-2)*. Si le **refus d'un traitement par le titulaire de l'autorité parentale** risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur, le médecin délivre les soins indispensables *(CSP, art. L. 1111-4, al. 9)*. Le médecin ou la sage-femme peut se **dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales** qui s'imposent pour sauvegarder la santé du mineur, dans le cas où celui-ci s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé *(CSP, art. L. 1111-5 ; et pour l'infirmier en vue de la sauvegarde de la santé sexuelle et reproductive du mineur : CSP, art. L. 1111-5-1)*. En outre, le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux mineures *(CSP, art. L. 5134-1, I)*. Pour une IVG, la mineure peut garder le secret mais doit se faire accompagner par la personne majeure de son choix *(CSP, art. L. 2212-7)*.

II. La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants

A L'obligation de contribution

(C. civ., art. 371-2)
« Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.
Cette obligation ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur. »

L'obligation d'entretenir et d'élever les enfants est un **effet de la filiation**, de sorte qu'elle s'impose même au parent qui n'exerce pas ou qui s'est vu retirer l'autorité parentale. Elle disparaît rétroactivement en cas d'annulation du lien de filiation (V. Fiche n° 15).

L'obligation d'entretien des enfants a pour **seuls débiteurs les parents**. Si les parents sont séparés, elle prend la forme d'une pension alimentaire *(C. civ., art. 373-2-2)*.

L'obligation d'entretien « ***ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur*** » *(C. civ., art. 371-2 et 373-2-5)*.

Le juge peut décider ou les parents convenir que la contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant majeur (les pensions alimentaires versées aux enfants majeurs sont déductibles du revenu imposable du débiteur dans la limite de 6 042 euros : *CGI, art. 156, II, 2°, al. 3*).

Jurisprudence

C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges peuvent caractériser l'**impossibilité matérielle de contribuer à l'entretien des enfants** *(Cass. civ. 1re, 8 oct. 2008, n° 07-16.646 ; notamment en cas d'insolvabilité : Cass. civ. 1935, Epoux Gibeaux)*.
La contribution est supprimée si le parent débiteur rapporte la preuve de **circonstances permettant de l'en décharger**. Ainsi, la contribution à la charge du père, fixée par le jugement de divorce, est supprimée lorsque les enfants, âgés de 27 et 30 ans, disposent d'une autonomie financière, de sorte qu'ils ne sont plus dans le besoin *(Cass. civ. 1re, 15 mai 2018, n° 17-15.271)*.

B Le montant de la contribution

La contribution est due en fonction des **besoins de l'enfant, eu égard à son âge et à ses habitudes de vie**. Elle ne se limite pas à la seule subsistance de l'enfant.

Les modalités et les garanties de la pension alimentaire sont fixées par une décision judiciaire, une convention homologuée par le JAF, une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel, un acte notarié, une convention à laquelle la CAF a donné force exécutoire, une transaction ou un acte constatant un accord issu d'une médiation, conciliation ou procédure participative contresignés par avocats et revêtus de la formule exécutoire *(C. civ., art. 373-2-2 et 373-2-7)*.

En vue de déterminer le montant de la contribution, le juge doit se placer **au jour où il statue pour apprécier les ressources des parents** *(Cass. civ. 1re, 7 oct. 2015, n° 14-23.237)*. La situation de concubinage du débiteur ou la perception d'allocations familiales par le créancier doivent être prises en compte. Enfin, il appartient à celui

qui demande la suppression d'une contribution à l'entretien d'un enfant de rapporter la preuve de circonstances permettant de l'en décharger (par ex. : *Cass. civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 17-11.403)*.

Jurisprudence

Viole les articles 310 (désormais 6-2) et 371-2 du Code civil, la cour d'appel qui, pour réformer le jugement de divorce et augmenter le montant de la contribution d'un père à l'entretien et à l'éducation des enfants issus du mariage énonce que les nouvelles charges de l'intéressé n'ont pas à être prises en considération et qu'il lui incombe de faire son affaire personnelle des obligations qu'il a contractées envers un enfant né pendant la procédure de divorce conçu au mépris de l'obligation de fidélité entre époux et dont les droits ne sauraient préjudicier à ceux des enfants légitimes *(Cass. civ. 1re, 16 avr. 2008, n° 07-17.652)*.
En revanche, la prestation compensatoire n'a pas à être incluse dans l'appréciation des ressources et des besoins de l'époux à qui elle est versée pour la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants *(Cass. civ. 1re, 19 nov. 2014, n° 13-23.732)*.
En l'absence d'accord des parents séparés sur la pension alimentaire, il appartient au juge du fond d'en fixer souverainement les modalités *(Cass. civ. 1re, 22 mars 2005, n° 03-13.135, qui précise que le juge a pu tenir compte du train de vie particulier des enfants âgés de 15 et 8 ans, pratiquant le tennis et le golf)*.

C L'action en contribution

La règle « *aliments ne s'arréragent pas* » n'est pas applicable. Par conséquent, le parent qui a subvenu seul aux besoins des enfants communs dispose contre l'autre parent d'un recours pour **les sommes qu'il a payées et qui excèdent sa part contributive** ; et ce recours peut être exercé **rétroactivement** pour la période s'étant écoulée depuis la décision ayant fixé chez ce parent la résidence habituelle des enfants *(Cass. civ. 2e, 6 mars 2003, n° 01-14.664)*.

Doit être cassé l'arrêt qui fixe le point de départ de l'obligation d'entretien du père à la date du jugement qui en a déterminé le montant, compte tenu de la volonté de la mère de ne pas faire supporter la charge de l'enfant au père biologique, alors que les aliments étaient accordés en conséquence d'une déclaration judiciaire de paternité dont les effets remontent à la naissance de l'enfant et que la mère ne peut renoncer au droit de réclamer des aliments pour l'entretien de son fils *(Cass. civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 04-14185)*.

Toutefois, l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants est soumise à la **prescription quinquennale** *(Cass. civ. 1re, 25 mai 2016, n° 15-17.993)*.

III. Les relations de l'enfant avec sa famille et les tiers

(C. civ., art. 371-4)
« L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.
Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables. »

La loi présume qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir ses ascendants. Les parents ne peuvent s'y opposer. Pour autant, le JAF peut souverainement refuser un droit de visite aux grands-parents dans l'intérêt de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 27 mai 2010, n° 09-65.838)*.

La relation avec un tiers est fixée en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est souverainement apprécié par le JAF *(pour l'octroi d'un droit de visite à l'ancienne compagne de la mère,*

nonobstant l'existence de relations conflictuelles entre les parties : Cass. civ. 1re, 13 juill. 2017, n° 16-24.084).

L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs *(C. civ., art. 371-5)*. L'intérêt de l'enfant peut ici encore faire obstacle à la cohabitation et au maintien des relations avec les frères et sœurs *(pour une séparation des frères et de leur demi-sœur : Cass. civ. 1re, 19 nov. 2009, n° 09-68.179)*.

Les demandes fondées sur l'article 371-4 sont jugées après avis du ministère public *(CPC, art. 1180)*.

IV. L'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire oblige une personne à subvenir aux besoins d'un membre de sa famille. Elle a un caractère réciproque *(C. civ., art. 207)*.

A Le domaine de l'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire existe entre **ascendants et descendants en ligne directe** *(C. civ., art. 205)*.
Cette obligation s'étend au **lien par alliance**, de sorte que le gendre ou la belle-fille sont tenus de verser des aliments à leurs beaux-parents dans le besoin et *réciproquement (C. civ., art. 206)*. Cette obligation cesse en cas de divorce et lorsque celui des époux qui produisait le lien et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés.

Jurisprudence

Ne méconnait pas le principe d'égalité, la différence de traitement créée entre les gendres et belles-filles, débiteurs ou créanciers d'aliments de leurs beau-père et belle-mère, selon qu'ils ont ou non des enfants non décédés, qui repose sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi *(Cass. civ. 1re, 11 avr. 2018, n° 18-40.010)*.

Par exception, le juge a la **faculté de décharger** le débiteur de tout ou partie de sa dette alimentaire quand le créancier a manqué gravement à ses obligations envers le débiteur *(C. civ., art. 207, al. 2)*. Cette déchéance ne concerne que l'obligation alimentaire de droit commun. Elle ne s'applique ni au devoir de secours entre époux *(Cass. civ. 1re, 17 janv. 1995, n° 92-21.599 ; sauf en cas de séparation de corps : C. civ., art. 303, al. 2),* ni à l'obligation d'entretien des enfants *(Cass. civ. 2e, 17 juill. 1985, n° 83-13.552)*.

Le débiteur est **déchargé de plein droit** de son obligation, sauf décision contraire du juge, en cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs *(C. civ., art. 207, al. 3)*. C'est dire que la victime du crime n'a pas à être le débiteur pour qu'il y ait décharge.

Jurisprudence

Le devoir de secours entre époux prime l'obligation alimentaire découlant de la parenté. Ainsi, les enfants d'une mère dans le besoin ne sont tenus de contribuer aux frais de son séjour en maison de retraite que si leur père se trouve dans l'impossibilité de fournir seul les aliments à son épouse *(Cass. civ. 1re, 4 nov. 2010, n° 09-16.839)*.

L'exception d'indignité permet à l'enfant d'être affranchi de l'obligation alimentaire s'il établit un manquement gravement fautif de son parent à son égard comme le fait de ne jamais chercher à entrer en contact avec lui ou à lui donner des nouvelles, s'être désintéressé de celui-ci et abstenu de participer à son entretien et à son éducation *(Cass. civ. 1re, 31 mars 2021, n° 20-14.107)*.

Il **n'existe pas d'obligation alimentaire en ligne collatérale**. Cependant, la jurisprudence reconnait l'existence d'une obligation naturelle (par ex. le frère qui subvient aux besoins de sa sœur ne peut obtenir répétition des sommes). Le **concubinage et le Pacs** ne créent pas non plus d'obligation alimentaire à l'égard des parents du concubin ou partenaire *(pour le concubinage : Cass. civ. 1re, 28 mars 2006, n° 04-10.684)*.

B Le régime de l'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire est déterminée dans la **proportion des besoins de celui qui la réclame et selon les ressources du débiteur** *(C. civ., art. 208, al. 1er)*. Selon la règle « ***aliments ne s'arréragent pas*** », le créancier ne peut réclamer une pension alimentaire pour le passé. Le juge peut assortir la pension alimentaire d'une clause d'indexation *(C. civ., art. 208, al. 2)*.

Il n'y a pas de solidarité entre les débiteurs d'aliments. Cependant, le débiteur *solvens* dispose d'un recours, fondé sur la subrogation, contre ses coobligés pour les sommes qu'il a payées **excédant sa part contributive compte tenu des facultés respectives des débiteurs**.

Jurisprudence

Les modalités de détermination de l'obligation alimentaire, selon les besoins du résident et les ressources du débiteur, sont applicables à l'action en versement d'une pension alimentaire exercée par l'établissement social ou médico-social ayant pris en charge la personne dans le besoin *(Cass. civ. 1re, 4 nov. 2015, n° 14-25.377 ; Cass. civ. 1re, 21 nov. 2018, n° 17-27.071)*.

L'obligation alimentaire est d'**ordre public**. Elle est **incessible et insaisissable**. Elle est **intransmissible à cause de mort**, si bien que les héritiers du débiteur ne seront tenus de verser des aliments que s'ils sont personnellement débiteurs de la personne dans le besoin.

§2 L'exercice de l'autorité parentale

I. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale

A Le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Les père et mère, titulaires de l'autorité parentale, l'exercent en commun *(C. civ., art. 372)*. La séparation est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale *(C. civ., art. 373-2)*.

Jurisprudence

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant, de sorte que « *le parent, qui exerce conjointement l'autorité parentale, ne peut se voir refuser le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant que pour des motifs graves tenant à l'intérêt de celui-ci* » *(cassation de l'arrêt refusant à la mère deux appels téléphoniques par semaine pour éviter tout comportement maternel inadapté : Cass. civ. 1re, 28 mai 2015, n° 14-16.511).*

Au vrai, le parent simplement titulaire de l'autorité parentale, qui n'en aurait pas l'exercice, doit également pouvoir maintenir des relations personnelles avec l'enfant même s'il n'a pas le droit d'accomplir les actes usuels relatifs à la personne et à l'éducation de l'enfant.

En cas de désaccord des parents exerçant l'autorité parentale, le JAF s'efforce de concilier les parties *(C. civ., art. 373-2-10)*. Il peut leur proposer une mesure de médiation ou même leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent.

Les décisions doivent être conformes à **l'intérêt de l'enfant**.

Jurisprudence

Le conflit d'autorité parentale relatif au baptême des enfants doit être tranché en fonction du seul intérêt de ces derniers, lesquels ne souhaitaient pas être baptisés, ni revoir leur père, dont les droits de visite avaient été suspendus en raison d'un comportement violent, de sorte que les juges en ont souverainement déduit, sans méconnaître la liberté de conscience et de religion du père, qu'en l'état du refus de la mère, la demande de ce dernier, n'était pas guidée par l'intérêt supérieur des enfants *(Cass. civ. 1re, 23 sept. 2015, n° 14-23.724)*.

Doit être cassé l'arrêt qui se fonde sur l'intérêt du père ne parlant pas allemand pour décider que les enfants doivent être scolarisés dans une école francophone, sans rechercher quel était l'intérêt supérieur des enfants ayant la double nationalité française et luxembourgeoise, et compte tenu du fait que l'allemand est la langue véhiculaire de l'enseignement primaire au Luxembourg *(Cass. civ. 1re, 8 nov. 2005, n° 02-18.360)*.

B Les exceptions à l'exercice conjoint de l'autorité parentale

- Lorsque la filiation de l'un des parents est établie plus d'un an après la naissance ou par déclaration judiciaire ou par mention de la reconnaissance conjointe par un couple de femmes apposée à la demande du procureur de la République, **le parent dont la filiation était déjà établie est seul investi de l'autorité parentale** *(C. civ., art. 372, al. 2)*. L'autorité parentale peut néanmoins être exercée en commun en cas de **déclaration conjointe des père et mère** adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire, ou sur **décision du JAF** ou du **tribunal statuant en matière de filiation** *(C. civ., art. 372, al. 3, et 331)*.

- « *Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est* ***hors d'état de manifester sa volonté****, en raison de son*

incapacité, de son absence ou de toute autre cause » (C. civ., art. 373). Mais des parents incapables, qui ne peuvent être administrateurs légaux, ne perdent pas automatiquement les prérogatives liées à leurs droits d'autorité parentale.

- « *Si l'un des père et mère* ***décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale****, l'autre exerce seul cette autorité, à moins qu'il en ait été privé par une décision judiciaire antérieure » (C. civ., art. 373-1)*.

- En cas de **séparation des parents** et si l'intérêt de l'enfant le commande, le JAF peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents *(C. civ., art. 373-2-1)*. L'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents, même séparés, est le principe, de sorte que l'exercice unilatéral étant l'exception, les juges du fond apprécient souverainement s'il existe des **motifs graves** qui s'opposent à l'exercice conjoint de l'autorité parentale *(Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 06-14.643)* : défaut d'investissement affectif, conflit parental, radicalisation religieuse. Mais l'exercice de l'autorité parentale ne peut être refusé à un parent à raison de sa seule orientation sexuelle.

Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale en reste titulaire, et conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il reste tenu de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants. L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut lui être refusé que pour des motifs graves *(C. civ., art. 373-2-1)*.

II. La présomption d'accord des deux parents pour les actes usuels

(C. civ., art. 372-2)
*« À l'égard **des tiers de bonne foi**, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. »*

Le caractère usuel est apprécié souverainement par les juges du fond selon les circonstances (inscription scolaire, changement d'établissement scolaire, autorisation de sortie scolaire, autorisation de sortie du territoire, demande de passeport, acte médical bénin, etc.).
La manifestation du désaccord d'un parent fait obstacle à la présomption. Dans ce cas, la méconnaissance par un tiers des prérogatives d'autorité parentale d'un parent est de nature à engager sa responsabilité.

Jurisprudence

La société qui diffuse la photographie d'un enfant mineur avec son père, malgré l'opposition de la mère, doit être condamnée à indemniser le préjudice moral de celle-ci résultant de la méconnaissance de ses prérogatives d'autorité parentale *(Cass. civ. 1re, 27 févr. 2007, n° 06-14.273)*.

III. La résidence de l'enfant

A Le choix de la résidence de l'enfant en cas de séparation des parents

(C. civ., art. 373-2-9, al. 1er)
« (…) la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. »

Les motifs doivent être fondés sur l'**intérêt de l'enfant** : repères matériels et affectifs, relations avec les ascendants, disponibilité des parents, comportement des parents.

Jurisprudence

Cassation de l'arrêt ayant fixé la résidence habituelle des enfants chez leur mère sans rechercher si le comportement de celle-ci ne traduisait pas le refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec leur père *(Cass. civ. 1re, 4 juil. 2006, no 05-17.883)*.

Conformité à l'intérêt de l'enfant de la résidence alternée une semaine sur deux pour lui éviter des changements trop fréquents de domicile *(Cass. civ. 1re, 19 sept. 2007, no 07-12.116)*.

C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation des éléments versés aux débats et des résultats de l'enquête sociale contradictoirement débattus et après avoir relevé la stabilité de la situation du père, l'équilibre actuel de l'enfant auprès de celui-ci et la nécessité de ne pas modifier une nouvelle fois ses conditions de vie, que les juges du fond ont fixé la résidence de l'enfant chez son père *(Cass. civ. 1re, 6 févr. 2008, no 06-17.006)*.

Le JAF peut attribuer, pour six mois, la **jouissance provisoire du logement de la famille** à l'un des parents, le cas échéant en constatant l'accord des parties sur le montant d'une indemnité d'occupation *(C. civ., art. 373-2-9-1)*.

Le changement de résidence de l'un des parents qui modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une **information préalable** et en temps utile de l'autre parent. En cas de litige, le JAF statue conformément à l'intérêt de l'enfant, répartit les frais de déplacement et ajuste le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant *(C. civ., art. 373-2)*.

Le déplacement d'un enfant par l'un des parents à l'étranger est illicite lorsqu'il est commis en violation des conditions d'exercice du droit de garde ou de l'autorité parentale reconnues à l'autre parent par le droit de l'État dans lequel résidait habituellement l'enfant avant son déplacement. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants permet à un parent d'exiger le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. Dès lors que les modalités d'exercice de la garde ou de l'autorité parentale dans l'État de la résidence habituelle ont été fixées antérieurement au déplacement illicite, l'État requis ne peut qu'ordonner le retour sans se prononcer sur le bien-fondé de ces modalités. Le juge de l'État requis doit, pour vérifier le caractère illicite du déplacement, se borner à rechercher si le parent avait le droit de modifier seul le lieu de résidence de l'enfant pour le fixer dans un autre État *(Cass. civ. 1re, 7 déc. 2016, n° 16-21.760)*. En cas d'autorité parentale conjointe, le déplacement de l'enfant sans le consentement des deux parents est illicite *(Cass. civ. 1re, 14 déc. 2005, n° 05-12.934)*. Par exception, le droit au retour est refusé en cas de danger pour l'enfant. Le danger est apprécié souverainement par les juges du fond à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant.

B Le droit de visite et d'hébergement

Le parent chez lequel n'a pas été fixée la résidence habituelle des enfants ne perd ni la titularité ni l'exercice de l'autorité parentale. Il bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement *(C. civ., art. 373-2-1 et 373-2-9, al. 3)*.

Le JAF dispose d'un **pouvoir souverain d'appréciation des conditions d'exercice du droit de visite** mais il est tenu de les déterminer (périodicité, durée, etc.). Il ne peut déléguer les pouvoirs que la loi lui confère, ce qui lui interdit, par exemple, de subordonner l'exercice du droit de visite à l'accord des enfants *(Cass. civ. 1re, 3 déc. 2008, n° 07-19.767)* ou de s'en remettre à la décision (provisoire) du juge des enfants quant au droit de visite dans un espace de rencontre *(Cass. civ. 1re, 14 avr. 2021, n° 19-21.024)*.
L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à un parent que pour des **motifs graves** : violences ou agressivité à l'égard de l'enfant ou de l'autre parent, pressions morales liées à la pratique d'une religion *(Cass. civ. 1re, 24 oct. 2000, n° 98-14.386),* état de santé psychique du parent mettant en danger l'enfant *(Cass. civ. 1re, 28 janv. 2015, n° 13-27.983, précisant que le juge doit se placer à la date à laquelle il statue pour caractériser les motifs graves)*. Conformément à l'intérêt de l'enfant, le JAF peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet ou organiser les modalités de remise de l'enfant pour assurer la sécurité de l'un des parents.

IV. L'intervention du JAF

- Le JAF peut prendre les mesures **permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens entre l'enfant et chacun de ses parents**, notamment ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents *(C. civ., art. 373-2-6)*.
- Le JAF peut être saisi par les parents aux fins d'**homologation d'une convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixant la contribution à l'entretien des enfants**. Il vérifie que la convention préserve suffisamment l'intérêt de l'enfant *(C. civ., art. 373-2-7)*.

– Le JAF peut être saisi par l'un des parents ou le ministère public aux fins de fixer lui-même les **modalités d'exercice de l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien des enfants** *(C. civ., art. 373-2-8)*.

S'il n'est pas tenu de suivre la volonté des parties lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le JAF doit prendre en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure, les sentiments exprimés par l'enfant mineur, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs, le résultat des expertises et les pressions ou violences exercées par l'un des parents sur l'autre *(C. civ., art. 373-2-11)*.
Les modalités d'exercice de l'autorité parentale, qu'elles soient fixées par convention (homologuée ou contresignée par avocats et déposée au rang des minutes d'un notaire) ou par décision judiciaire, peuvent toujours être modifiées ou complétées par le JAF (et uniquement par lui) à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non *(C. civ., art. 373-2-13)*.

– Le JAF a la faculté d'ordonner une **enquête sociale** destinée à recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants. L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause de divorce *(C. civ., art. 373-2-12)*. En revanche, rien n'interdit qu'elle soit utilisée pour fixer la contribution à l'entretien de l'enfant.

Le procureur de la République peut requérir le **concours de la force publique** pour faire exécuter une décision du JAF, une convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte d'avocats ou une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale *(C. civ., art. 373-2, al. 3)*.

Lorsqu'un parent fait délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée à l'exécution d'un titre relatif aux modalités et garanties de la pension alimentaire qui peut aussi porter sur l'exercice de l'autorité parentale (décision judiciaire, convention homologuée, convention de divorce…), le JAF peut le condamner au paiement d'une **amende civile** d'un montant qui ne peut excéder 10 000 euros *(C. civ., art. 373-2-6, al. 5)*.

V. L'intervention des tiers

(C. civ., art. 373-3, al. 1er)
*« Le juge peut, **à titre exceptionnel** et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de **confier l'enfant à un tiers**, choisi de préférence dans sa parenté (…) »*

Constitue une circonstance exceptionnelle, le fait que l'un des parents soit privé de l'autorité parentale, soit atteint de maladie grave ou incarcéré pour une longue période, ou encore le fait que la reconnaissance faite par le père chez lequel l'enfant avait sa résidence habituelle a été annulée *(Cass. civ. 1re, 25 févr. 2009, n° 07-14.849, qui maintient la résidence habituelle chez le père devenu un tiers)*.

Dans des circonstances exceptionnelles, le JAF qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'**en cas de décès** de celui d'entre eux qui exerce l'autorité, l'enfant ne sera pas

confié au survivant (comme le prévoit l'article 373-1) et désigner la personne à qui il sera provisoirement confié *(C. civ., art. 373-3, al. 2)*. L'avis du ministère public est obligatoire (CPC, art. 1180).

Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, **l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère**. Toutefois, **le tiers accomplit les actes usuels** relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant *(C. civ., art. 373-4)*.

Si les père et mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale, il y a lieu à l'ouverture d'une tutelle *(C. civ., art. 373-5)*.

§3 Les mesures affectant l'autorité parentale

I. L'assistance éducative

A Les conditions

Les mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées si **la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger**, ou si les **conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises** *(C. civ., art. 375)*.

La requête est formée par les père et mère conjointement, ou par l'un d'eux, par la personne ou le service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, par le mineur lui-même ou le ministère public. Le **juge des enfants a une compétence exclusive** pour prononcer une mesure d'assistance éducative et notamment pour ordonner le placement de l'enfant.

La décision fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder deux ans. La mesure peut être renouvelée par décision motivée *(C. civ., art. 375, al. 3)*. La mesure d'assistance éducative est donc provisoire.

B La mesure d'assistance éducative

Dans la mesure du possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu familial.
Le juge désigne une personne qualifiée (éducateur) ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en **milieu ouvert** (mesure d'assistance éducative en milieu ouvert) avec pour mission d'apporter aide et conseil à la famille, de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement *(C. civ., art. 375-2)*.

Lorsque la mission est confiée à un service d'éducation et de rééducation en milieu ouvert habilité à cet effet, le juge peut l'autoriser à assurer un **hébergement exceptionnel ou périodique**. Les parents ou les représentants légaux, le juge des enfants et le président du conseil départemental doivent être informés chaque fois que le service héberge le mineur en vertu de l'autorisation.
Le juge des enfants peut encore fixer des **obligations particulières**, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, le cas échéant, sous le régime de l'internat, d'exercer une activité professionnelle ou subir un examen médical.

Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider du **placement de l'enfant** pour qu'il soit confié à l'une des personnes désignées par l'article 375-3 du Code civil : à l'autre parent, à un autre membre de la famille ou un tiers de confiance, à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance, à un service ou à un

établissement habilité pour l'accueil de mineurs, à un service ou établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

Cependant, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté du JAF de décider à qui l'enfant devra être confié *(C. civ. art. 375-3, al. 3)*.

En cours d'instance, le juge peut ordonner le **placement provisoire** du mineur dans un centre d'accueil ou d'observation. En cas d'urgence, le procureur dispose du même pouvoir à charge de saisir le juge compétent dans les huit jours *(C. civ., art. 375-5)*.

C L'autorité parentale et le placement du mineur

Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance **éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure** *(C. civ., art. 375-7)*.

Le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, **autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un ou plusieurs actes déterminés relevant de l'autorité parentale** en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale ou lorsque ceux-ci sont poursuivis ou condamnés, même non définitivement, pour des crimes ou délits commis sur la personne de l'enfant.

En cas de placement, les parents conservent en principe un droit de visite et d'hébergement, ainsi qu'un droit de correspondance. C'est au juge de fixer la nature, notamment en imposant la présence d'un tiers, et la fréquence ou périodicité des droits de visite et d'hébergement. Il peut décider que les conditions de leur exercice (lieu, durée) seront déterminées par un accord entre le parent et la personne, service ou établissement à qui l'enfant est confié.

Par exception, le juge peut décider que la périodicité du droit de visite médiatisé (présence d'un tiers) soit laissée à la détermination conjointe entre le ou les parents et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié *(CPC, art. 1199-3)*. Par contre, la périodicité du droit de visite simple doit être fixée par le juge *(Cass. civ. 1re, 15 janv. 2020, n° 18-25.313)*.

Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie *(C. civ., art. 375-8)*.

Jurisprudence

Dans une affaire où le juge avait confié l'enfant à son père pour une durée d'un an, accordé un droit de visite à la mère et ordonné une mesure d'assistance éducative, la cour d'appel a pu décider qu'il était de l'intérêt de l'enfant d'être scolarisé à proximité de son domicile et qu'ainsi le refus de la mère d'une inscription dans un nouvel établissement scolaire était injustifié *(Cass. civ. 1re, 4 mars 2015, n° 13-24.793)*.

La décision qui confirme une ordonnance transférant à l'aide sociale à l'enfance le droit d'effectuer des démarches liées à la scolarité et aux loisirs de la mineure en lieu et place des détenteurs de l'autorité parentale doit être limitée dans le temps *(Cass. civ. 1re, 4 janv. 2017, n° 15-28.935)*.

Lorsqu'un JAF a statué sur la résidence de l'enfant et fixé le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, le juge des enfants ne peut modifier les modalités de ce droit que s'il existe une décision de placement de l'enfant, laquelle ne peut conduire le juge des enfants à placer l'enfant chez le parent qui dispose déjà d'une décision du JAF fixant la résidence de l'enfant à son domicile *(Cass. civ. 1re, 20 oct. 2021, n° 19-26.152)*.

II. La délégation de l'autorité parentale

A L'exigence d'une décision judiciaire

(C. civ., art. 376)
« Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement (…) »

Toutefois, le JAF peut avoir égard aux pactes relatifs aux modalités d'exercice de l'autorité parentale que les père et mère ont pu

librement conclure entre eux, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement.

B Les conditions de la délégation

- La délégation (volontaire) peut être **requise par les père et mère, ensemble ou séparément**, au profit d'un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance. La délégation est alors subordonnée à des **circonstances qui l'exigent** *(C. civ., art. 377, al. 1er)*.
- La délégation (forcée) peut être **demandée par le particulier, l'établissement agréé ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant, un membre de la famille ou le ministère public avec l'accord du tiers candidat à la délégation**. La délégation est alors fondée sur le **désintérêt manifeste ou l'impossibilité pour les parents d'exercer l'autorité parentale ou si un parent est poursuivi ou condamné pour un crime commis sur la personne de l'autre parent ayant entraîné la mort de celui-ci** *(C. civ., art. 377, al. 2)*.

En toute hypothèse, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Si l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants. Enfin, la délégation doit être conforme à **l'intérêt de l'enfant**.

Jurisprudence

Une mère seule titulaire de l'autorité parentale peut en déléguer tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en concubinage, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 24 févr. 2006, n° 04-17.090)*.

Mais, jugeant que la vie commune, les déplacements professionnels exceptionnels de la mère, le rôle actif de la candidate dans l'éducation de l'enfant ne constituent pas en soi des circonstances exigeant une délégation partielle *(Cass. civ. 1re, 8 juil. 2010, n° 09-12.623)*. Dans cette affaire, deux mères avaient souhaité bénéficier d'une délégation-partage croisée afin que chacune exerce l'autorité parentale sur l'enfant de l'autre. L'appréciation des circonstances conduisant à exclure la délégation n'a pas été jugée discriminatoire *(CEDH, 1er mars 2018, Bonnaud et Lecoq c/ France)*.

C Les effets de la délégation

Les parents restent titulaires de l'autorité parentale mais l'exercice de celle-ci est transféré. La délégation peut être totale ou partielle (délégation-partage). Le partage de l'autorité parentale nécessite l'accord du ou des parents qui exercent toujours l'autorité parentale. Le jugement peut prévoir que les parents ou l'un d'eux partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire.

À l'égard des **tiers de bonne foi**, le délégataire est réputé agir avec l'accord des parents quand il fait seul un **acte usuel** de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant *(C. civ., art. 377-1, al. 2)*.

La délégation peut, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles

(C. civ., art. 377-2).

Outre qu'elle peut aboutir à l'admission de l'enfant comme pupille de l'État et à son adoption plénière, la déclaration judicaire de délaissement entraîne une délégation forcée de l'autorité parentale *(C. civ., art. 381-2, al. 5)*. Cependant, la loi ne précise pas les conséquences de cette délégation selon que le délaissement parental soit déclaré à l'endroit des deux parents ou d'un seul (déclaration unilatérale). En cas de déclaration unilatérale, l'exercice de l'autorité parentale par le parent délaissant doit être délégué, tandis que le parent non délaissant conserve l'exercice de ses droits, de sorte qu'il y a délégation-partage. Mais cette délégation ne requiert pas le consentement du parent exerçant l'autorité parentale *(Cass. civ. 1re, avis, 19 juin 2019, n° 19-70.007 et n° 19-70.008)*.

III. Le retrait de l'autorité parentale

A Les conditions du retrait

Le retrait de l'autorité parentale peut résulter :

- d'une **décision expresse du jugement pénal** en cas de condamnation des père et mère comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant, commis par leur enfant ou commis sur la personne de l'autre parent *(C. civ., art. 378)* ;
- d'une **décision du Tribunal judiciaire**, en dehors de toute condamnation pénale, lorsque par leur comportement les père et mère mettent **manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant** *(C. civ., art. 378-1, al. 1er)* ou lorsqu'une mesure d'assistance éducative ayant été prise à l'égard de l'enfant, **les père et mère se sont pendant plus de deux ans abstenus d'exercer leurs droits et devoirs** *(C. civ., art. 378-1, al. 2)*. L'action au civil peut être exercée par le ministère public, un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant, ou par le service

départemental de l'aide sociale à l'enfance auquel l'enfant est confié.

La mise en danger de l'enfant est consécutive à des mauvais traitements, à une consommation habituelle et excessive d'alcool ou de stupéfiants, à une inconduite notoire ou des comportements délictueux notamment de violences à l'encontre de l'autre parent, à un défaut de soins ou un manque de direction.

L'exercice de l'autorité parentale et les droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi ou condamné, même non définitivement, pour un crime commis sur la personne de l'autre parent sont suspendus de plein droit jusqu'à la décision du juge et pour une durée maximale de six mois *(C. civ., art. 378-2)*. La suspension ne vaut que dans l'attente de la décision au fond rendue par le JAF.

Jurisprudence

C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond estiment, par une décision motivée, que le comportement du parent met manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant *(Cass. civ. 1re, 6 mars 2001, n° 99-05.060 ; Cass. civ. 1re, 23 avr. 2003, n° 02-05.033 ; Cass. civ. 1re, 27 mai 2010, n° 09-65.208, qui précise que le juge doit évaluer le danger au jour où il statue)*.

Les juridictions civiles peuvent se fonder, pour prononcer le retrait de l'autorité parentale, non seulement sur les causes prévues par l'article 378-1, mais aussi sur celles de l'article 378, lorsque la juridiction pénale n'a pas usé de la faculté qui lui est donnée de prononcer cette mesure *(Cass. civ. 1re, 16 févr. 1988, n° 86-14.183)*.

B Les effets

Le **retrait total** porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale. Sauf décision contraire, le retrait total s'étend à tous les enfants mineurs. Sauf décision contraire, l'enfant est dispensé de l'obligation alimentaire à l'égard du ou des parents qui ne sont plus titulaires de l'autorité parentale *(C. civ., art. 379)*.

Le jugement peut limiter le retrait à **certains attributs** de l'autorité parentale (retrait partiel).

En cas de retrait total ou partiel, le juge doit, **si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale**, soit désigner un **tiers** à qui l'enfant sera provisoirement confié avec charge d'organiser la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'**aide sociale à l'enfance** *(C. civ., art. 380)*.

Les père et mère ayant fait l'objet d'un retrait total ou partiel de l'autorité parentale peuvent, par requête, obtenir du Tribunal judiciaire, la restitution de leurs droits, en justifiant de circonstances nouvelles *(C. civ., art. 381)*.

§4 L'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant

I. L'administration légale

A Les pouvoirs de l'administrateur légal

L'administration légale appartient aux parents qui exercent l'autorité parentale *(C. civ., art. 382)*. Chacun est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre parent le pouvoir de **faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur** *(C. civ., art. 382-1)*. Mais si le tiers a connaissance de l'opposition des parents, sa

responsabilité peut être engagée s'il se contente du consentement d'un seul parent.
Les **actes de disposition exigent le consentement des deux parents**.

Certains actes sont soumis à une **autorisation du juge des tutelles** *(C. civ., art. 387-1 : vendre un immeuble ou un fonds de commerce, contracter un emprunt au nom du mineur, renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom, constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers, etc.)*.

Jurisprudence

Commet une faute la banque qui accorde un prêt à une SCI sans vérifier l'autorisation préalable du juge alors que les enfants mineurs détenaient une part importante du capital social, et encouraient un risque élevé de se retrouver personnellement débiteurs *(Cass. civ. 3e, 28 sept. 2005, n° 04-14.756)*.

L'administrateur légal, même placé sous contrôle judiciaire, peut procéder à la réception des capitaux échus au mineur et les retirer du compte de dépôt sur lequel il les a versés *(Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, n° 15-24.946)*.

Certains actes sont **interdits** même avec l'autorisation du juge *(C. civ., art. 387-2 : aliéner gratuitement les biens ou droits du mineur, acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur, transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens du mineur, etc.)*.

Lorsqu'il exerce son contrôle au titre de l'autorisation préalable, le juge peut l'étendre à un acte ou une série d'actes de disposition qui seront soumis à son autorisation préalable *(C. civ., art. 387-3)*. Il peut exiger de l'administrateur un inventaire du patrimoine du mineur qui

sera actualisé chaque année, ainsi qu'un compte annuel de gestion *(C. civ., art. 387-4 et s.)*.

En cas de **désaccord** entre les administrateurs légaux, le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte *(C. civ., art. 387)*.

En cas d'**opposition entres les intérêts** du ou des administrateurs légaux et ceux du mineur, le juge désigne un administrateur *ad hoc* et peut l'autoriser à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés *(C. civ., art. 383)*.

Jurisprudence

L'existence d'un administrateur *ad hoc* ne dispense pas de la notification des décisions du juge aux parents *(Cass. civ. 1re, 3 oct. 2018, n° 17-27.510)*.

Le disposant qui donne ou lègue des biens à un mineur peut soustraire les biens donnés ou légués à l'administration légale en désignant dans l'acte de disposition (**clause d'exclusion de l'administration légale**) un tiers administrateur *(C. civ., art. 384)*.

Jurisprudence

Le juge ne peut annuler la disposition testamentaire au motif que la désignation du tiers administrateur est contraire à l'intérêt de l'enfant, ajoutant ainsi à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas *(Cass. civ. 1re, 26 juin 2013, n° 11-25.946)* .
La validité de la clause d'exclusion de l'administration légale ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire *(Cass. civ. 1re, 6 mars 2013, n° 11-26.728)*.

B Les obligations de l'administrateur légal

L'administrateur légal a l'obligation de faire procéder à un inventaire des biens du mineur. Il est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur *(C. civ., art. 385)*. Il est responsable de tout dommage résultant d'une faute dans la gestion des biens du mineur. Si l'administration légale est exercée en commun, les deux parents sont responsables solidairement *(C. civ., art. 386)*.

II. La jouissance légale

La jouissance légale est attachée à l'administration légale *(C. civ., art. 386-1)*. L'administrateur légal a droit aux **revenus des capitaux du mineur** (usufruit temporaire).

Le **droit de jouissance cesse** :
- Dès que l'enfant a 16 ans ;
- Par les causes qui mettent fin à l'autorité parentale ;
- Par les causes qui emportent extinction de tout usufruit *(C. civ., art. 386-2)*.

En contrepartie, les **charges de l'administrateur** sont :
- Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ;
- L'entretien et l'éducation de l'enfant, selon sa fortune ;
- Les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant en tant qu'elles auraient dû être acquittées sur les revenus *(C. civ., art. 386-3)*.

Le **droit de jouissance est exclu** pour les biens :
- Que l'enfant peut acquérir par son travail ;
- Qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas ;

– Qu'il reçoit au titre de l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial dont il a été victime *(C. civ., art. 386-4)*.

En l'absence de jouissance légale, les parents qui restent administrateurs légaux doivent capitaliser les revenus des biens du mineur pour les lui remettre à sa majorité.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M. COURMONT-JAMET et J. TILLAYE-DUVERDIER, Droits des beaux-parents et des grands-parents en cas de décès de l'un ou des deux parents de l'enfant, *Gaz. Pal.* 2019, n° 1, p. 45
– Y. BERNAND, Le juge aux affaires familiales et la radicalisation religieuse, *D.* 2019, p. 904
– D. AUTEM, L'administrateur *ad hoc* et l'assistance éducative : une intrusion contestable ? *RJPF*, n° 2, 2019, p. 5

P@RTIE 3

DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

LE RÉGIME LÉGAL

LES RÉGIMES CONVENTIONNELS

Fiche n° 18 Le régime matrimonial primaire

⏭ L'ESSENTIEL

Le mariage produit des effets pécuniaires impératifs qui échappent à la volonté des époux. Ce régime ou statut primaire constitue le socle intangible sur lequel se superpose le régime matrimonial légal ou conventionnel proprement dit. Ainsi, chaque époux doit contribuer aux charges du mariage. Les dettes ménagères contractées par un seul époux engagent solidairement son conjoint. Le logement de la famille est protégé par les règles de la cogestion et de la cotitularité du bail. À l'égard des tiers, les époux sont réputés pouvoir disposer des meubles et bénéficient d'une autonomie bancaire. Enfin, les pouvoirs des époux sur les biens communs ou leurs biens propres peuvent être modifiés par le juge en situation de crise afin de remédier notamment à l'impossibilité pour un époux d'exprimer sa volonté ou si un époux compromet, par son comportement, les intérêts de la famille.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les devoirs pécuniaires des époux

I. La contribution aux charges du mariage

A La notion de charges du mariage

Les charges du mariage sont les dépenses d'**entretien du ménage** et d'**éducation des enfants**, ainsi que les **dépenses normales eu égard au train de vie du ménage**. Cela recouvre les dépenses utiles au ménage (alimentation, santé, scolarisation des enfants, loyers) mais aussi les dépenses d'agrément *(voyage, acquisition d'une résidence secondaire : Cass. civ. 1re, 18 déc. 2013, n° 12-17.420)*.

Jurisprudence

Le financement, par un époux, d'un investissement locatif destiné à constituer une épargne, ainsi que le financement par un époux d'un bien indivis au moyen d'un apport en capital ne relèvent pas de la contribution aux charges du mariage *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.944 ; Cass. civ. 1re, 3 oct. 2019, n° 18-20.828)*. L'impôt sur le revenu, constituant une charge découlant directement des revenus personnels à chaque époux, ne figure pas non plus au nombre des charges du mariage *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2002, n° 00-11.238)*.

La contribution aux charges du mariage comprend nécessairement la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, de sorte que le JAF n'a pas à accorder en sus de la contribution aux charges une pension alimentaire pour l'entretien des enfants *(Cass. civ. 1re, 28 mars 2006, n° 03-19.264)*.

B Le montant de la contribution

(C. civ., art. 214, al. 1er)

« Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. »

La contribution peut être fixée par **contrat entre époux**. L'engagement librement pris par un époux et accepté par l'autre (par ex. : verser une pension mensuelle), en dehors du contrat de mariage, pour déterminer la contribution aux charges du ménage, est valable. En conséquence, l'exécution de l'engagement peut être demandée en justice, sous réserve de la possibilité pour chacun des époux de saisir le JAF pour en faire modifier le montant à tout moment en considération de la situation nouvelle des époux *(Cass. civ. 1re, 3 févr. 1987, n° 84-14.612)*.

Le contrat de mariage peut instaurer une **présomption de règlement de la contribution**. Selon une pratique courante dans le régime de séparation de biens, la clause stipule que les époux sont réputés avoir fourni leur part contributive en sorte qu'ils ne seront assujettis à aucun compte entre eux, les charges étant réputées avoir été réglées au jour le jour. C'est alors au conjoint qui prétend que l'autre n'a pas fourni sa part de prouver le contraire *(Cass. civ. 1re, 3 mars 2010, n° 09-11.005 ; Cass. civ. 1re, 15 mai 2013, n° 11-26.933)*, à moins que la présomption ne soit qualifiée d'irréfragable *(Cass. civ. 1re, 18 nov. 2020, n° 19-15.353)*. En outre, la clause peut **exclure tous recours entre époux** fondés sur la contribution aux charges du mariage (V. Fiche n° 24). Chaque époux peut alors exiger en justice que l'autre exécute son obligation mais uniquement pour l'avenir *(Cass. civ. 1re, 13 mai 2020, n° 19-11.444)*.

À défaut d'accord, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de prouver l'existence de celle-ci et donc à l'époux qui réclame le paiement de la contribution de prouver que son conjoint n'a pas contribué **en proportion de ses facultés**. Les juges du fond doivent rechercher quelles sont les facultés respectives des époux aux fins de déterminer leur part contributive *(Cass. civ. 1re, 26 juin 2013,*

n° 12-13.366). La notion de facultés correspond à celle de revenus y compris les revenus du patrimoine *(Cass. civ. 1re, 27 oct. 1992, n° 91-12.793, prise en compte des revenus procurés par la gestion utile d'un domaine agricole)*.

C L'exécution de la contribution

Au cours du mariage, l'époux qui ne contribue pas ou insuffisamment aux charges du mariage peut être condamné à payer à son conjoint (créance entre époux) une somme d'argent ou à acquitter une dette relevant des charges du mariage. La condamnation peut intervenir même après le divorce, et la règle « *aliments ne s'arréragent pas* » est sans application en ce qui concerne la contribution aux charges du mariage *(Cass. civ. 1re, 8 nov. 1989, n° 87-19.768)*. Le paiement de la contribution peut en outre résulter d'un **avantage en nature** (mise à disposition du domicile conjugal ; collaboration non rémunérée à l'entreprise du conjoint) et des **dépenses afférentes à la vie commune** (acquisition et aménagement du domicile conjugal). L'époux qui a contribué à proportion de ses facultés ne fait qu'exécuter sa dette.

Au stade de la liquidation d'un régime de séparation de biens, l'obligation de contribuer aux charges du mariage permet de fixer une créance entre époux à la charge de celui qui n'a pas ou insuffisamment contribué, mais aussi d'exclure la créance de l'époux qui n'a fait qu'exécuter son obligation de contribuer en utilisant ses biens propres.

En revanche, cette obligation est indifférente lors de la liquidation du régime de communauté. En particulier, l'époux commun en biens qui a contribué aux charges du mariage au moyen de fonds propres aura droit à récompense.

Jurisprudence

C'est seulement lorsque la **collaboration non rémunérée** d'un époux séparé de biens à l'entreprise du conjoint excède la contribution aux charges du mariage que l'époux collaborateur a droit à une créance d'indemnité fondée sur l'enrichissement injustifié *(Cass. civ. 1re, 4 juill. 2007, n° 05-21.022)*.

En revanche, en régime de communauté, les revenus procurés par l'activité du conjoint dans l'entreprise appartenant en propre à son époux tombent en communauté, de sorte que cette activité ne peut donner lieu au paiement d'une indemnité *(Cass. civ. 1re, 27 mars 2007, n° 05-16.434)*.

Jurisprudence

Le **financement de l'acquisition de l'immeuble indivis servant de logement familial par un époux séparé de biens** est une modalité d'exécution de la contribution *(Cass. civ. 1re, 15 mai 2013, n° 11-26.933 ; Cass. civ. 1re, 24 sept. 2014, n° 13-21.005)*.
Le financement par le mari de l'acquisition d'une **résidence secondaire indivise pour la famille** participe de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage, de sorte qu'il ne peut en obtenir répétition en se fondant sur une créance contre l'époux qui en a profité *(Cass. civ. 1re, 18 déc. 2013, n° 12-17.420)*.

Les versements effectués par l'époux pendant le mariage en remboursement des emprunts immobiliers et en paiement de factures de travaux d'amélioration du **bien propre de l'épouse ayant constitué le domicile conjugal** participaient de l'exécution de son obligation de contribution aux charges du mariage, dont le montant n'a pas été excessif eu égard à ses revenus, de sorte de l'époux n'avait aucune créance à l'égard de son épouse au titre de ces dépenses *(Cass. civ. 1re, 17 oct. 2018, n° 17-18.746)*.

Ces solutions qui font obstacle à la reconnaissance d'une créance entre époux s'appliquent en cas de financement d'un immeuble indivis ou appartenant en propre au conjoint. En revanche, l'époux ayant financé un immeuble commun conserve un droit à récompense.

L'époux séparé de biens qui a financé l'immeuble peut démontrer que ce financement excède sa contribution dès lors que celle-ci résulte d'autres dépenses, et c'est par une appréciation souveraine des éléments de preuve que les juges du fond peuvent considérer que cet époux avait **déjà contribué de façon proportionnée** *(Cass. civ. 1re, 11 avr. 2018, n° 17-17.457)*.
Seulement, après avoir admis la solution inverse *(Cass. civ. 1re, 17 oct. 2018, préc. ; Cass. civ. 1re, 3 oct. 2018, n° 17-25.858)*, la Cour de cassation exclut désormais tout recours en contribution en présence d'une clause instaurant une présomption irréfragable de contribution ou une clause de non-recours *(Cass. civ. 1re, 18 nov. 2020, n° 19-15.353 ; Cass. civ. 1re, 13 mai 2020, n° 19-11.444)*. Une telle clause interdit à l'époux ayant financé un bien indivis ou appartenant à son conjoint de prouver une créance contre son conjoint à raison de sa contribution disproportionnée aux charges.

Cependant, le financement, par un époux, d'un investissement locatif destiné à constituer une épargne (immeuble indivis destiné à la location), ne relève pas de la contribution aux charges du mariage *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25944)*. En effet, l'immeuble sert d'épargne et non de lieu de vie à la famille.

« Sauf convention contraire des époux, l'apport en capital de fonds personnels, effectué par un époux séparé de biens pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage » (Cass. civ. 1re, 17 mars 2021, n° 19-21.463 ; Cass. civ. 1re, 3 oct. 2019, n° 18-20.828 ; idem pour l'apport en capital ayant financé la construction de l'immeuble indivis : Cass. civ. 1re, 9 juin 2022, n° 20-21.277). La stipulation d'une clause relative à la contribution est indifférente puisque l'apport en capital ne concerne justement pas une telle contribution. L'époux ayant réalisé l'apport en capital dispose toujours d'une créance contre son conjoint. La solution est applicable lorsque le bien acquis ou construit pour un usage familial appartient en propre au conjoint. *A contrario*, l'apport en nature ou en industrie relève de la contribution aux charges. De même, le remboursement d'un prêt, à l'instar d'un loyer, relève de la contribution aux charges, parce qu'il s'agit d'une dépense normale de la vie familiale et non d'une dépense exceptionnelle *(Cass. civ. 1re, 18 nov. 2020, préc.)*.

Enfin, si l'action en contribution n'implique pas l'existence d'une communauté de vie, les juges du fond doivent tenir compte des **circonstances de la cause pour exclure une telle contribution** *(Cass. civ. 1re, 6 janv. 1981, n° 79-14.105)*. Si le refus par l'un des époux de cohabiter avec son conjoint n'exclut pas en soi qu'il puisse obtenir de celui-ci une contribution aux charges du mariage, il en va autrement lorsque l'époux qui réclame une contribution a commis des fautes (adultère, violences).

II. La solidarité des dettes ménagères

A Le principe de la solidarité entre époux

(C. civ., art. 220, al. 1er)
« Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. »

La dette ménagère contractée par un seul époux engage le patrimoine propre de l'époux contractant mais également le patrimoine propre de son conjoint qui n'a pas consenti à l'obligation.

La solidarité légale des dettes ménagères s'applique quel que soit le régime matrimonial, et donc même si les époux sont séparés de biens. En régime de communauté, la dette ménagère engage en outre la communauté (V. Fiche n° 20).

Le créancier peut réclamer l'intégralité du paiement de la dette à chacun des codébiteurs solidaires *(C. civ., art. 1313 et s.)*.

Jurisprudence

Le créancier doit disposer d'un **titre exécutoire contre l'époux qui n'a pas conclu le contrat**. Le titre délivré à l'encontre d'un époux en recouvrement d'une dette ayant pour objet l'entretien du ménage n'emporte pas le droit de saisir les biens de son conjoint, à défaut de titre exécutoire pris contre celui-ci, les deux époux fussent-ils tenus solidairement de la dette *(Cass. civ. 1re, 28 oct. 1999, n° 97-20.071)*.

Seule la **publication du divorce en marge de l'état civil** met fin à la solidarité des dettes ménagères *(C. civ., art. 262)*. La solidarité ménagère est maintenue en cas de séparation de fait ou

d'ordonnance statuant sur les modalités de la résidence séparée des époux.

Jurisprudence

L'époux autorisé à résider séparément, qui a donné congé au bailleur du logement familial, reste tenu des loyers *(Cass. civ. 1re, 13 oct. 1992, no 90-18.404)*. Il est sans emport que le bailleur ait consenti une désolidarisation à l'époux ayant quitté le domicile après l'ordonnance *(Cass. civ. 1re, 17 juin 2015, no 14-17.906)*.

La séparation de fait laisse subsister les obligations nées du mariage, de sorte que l'époux est tenu de payer les cotisations de retraite dues par l'épouse qui constituent une dette ménagère *(Cass. civ. 1re, 10 mars 1998, no 96-15.829)*.

Sans remettre en cause de plein droit la solidarité légale, la séparation des époux est de nature à affecter la qualification de dette ménagère. Ainsi, le bail conclu par le mari après l'ordonnance de non-conciliation (aujourd'hui, après la demande en divorce) pour son usage exclusif n'est pas destiné à l'entretien du ménage de sorte que l'article 220 est inapplicable *(Cass. civ. 2e, 24 nov. 1999, no 97-19.079 ; Cass. civ. 1re, 27 avr. 2004, no 02-13.025)*.

Les juges du fond peuvent constater que les époux séparés de fait n'habitaient plus ensemble et qu'ainsi la facture téléphonique de l'épouse n'avait pas pour objet l'entretien du ménage *(Cass. civ. 1re, 15 nov. 1994, no 93-12.332)*.

C'est au bailleur, informé que l'épouse a quitté l'appartement, de démontrer que l'indemnité d'occupation consécutive au maintien dans les lieux du mari après résiliation du bail est une dette ménagère *(Cass. civ. 1re, 17 mai 2017, no 16-16.732)*.

Le conjoint du locataire qui informe de son départ le bailleur par LRAR avec copie de l'ordonnance de protection du JAF ou d'une condamnation pénale pour faits de violences est libéré du paiement du loyer à compter du lendemain du jour de la première présentation du courrier *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8-2 ; id. pour le partenaire d'un pacs et le concubin notoire)*.

B L'objet des dettes ménagères

Les dettes ménagères incluent les **dépenses courantes** (scolarité et études ; frais médicaux ; soins dentaires ; loyers ; factures eau-gaz-électricité-internet ; véhicule pour la famille ; salaires et cotisations pour un emploi à domicile). La solidarité a vocation à s'appliquer à toute dette ménagère même non contractuelle *(pour une indemnité d'occupation : Cass ; civ. 1re, 7 juin 1989, n° 87-19.049)*.
En revanche, les dépenses d'investissement (achat d'un logement ; investissement financier) ne constituent pas des dettes ménagères.

Dès lors que le versement de **cotisations dues par un époux au titre d'un régime légal obligatoire d'assurance vieillesse** a pour objet de permettre au titulaire de la pension d'assurer, après la cessation de son activité professionnelle, l'entretien du ménage et que ce régime institue, à la date où les cotisations sont dues, le principe d'un droit à réversion au profit du conjoint survivant, ces cotisations sont une dette ménagère *(Cass. civ. 1re, 4 juin 2009, n° 07-13.122)*. L'époux, même séparé de biens, est donc solidairement tenu des cotisations sociales dues par son conjoint. En cas de divorce, l'ex-époux a seulement droit à une pension de réversion fixée au prorata de la durée du mariage. En outre, l'attribution de la pension de réversion dans le régime de base (mais non pour la retraite complémentaire et le régime des fonctionnaires) exige que le conjoint de l'assuré décédé ne dispose pas de ressources supérieures à un montant fixé par décret.

La solidarité n'a pas lieu pour des **dépenses excessives eu égard au train de vie du ménage**, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant *(C. civ., art. 220, al. 2)*. Cette exclusion s'impose car la dette ménagère est une dépense courante qui, par nature, ne doit pas être exceptionnelle. Tout dépend alors du train de vie du ménage. Les critères de l'utilité et de la bonne foi du tiers sont accessoires car l'utilité est assez subjective (voyage de luxe de l'épouse dont le mari dispose d'un revenu très élevé) et la mauvaise foi difficile à prouver.

Jurisprudence

Certaines dépenses sont présumées ménagères, de sorte qu'il appartient à l'époux qui entend écarter la solidarité de prouver que les soins dentaires prodigués à son conjoint étaient manifestement excessifs eu égard au train de vie du ménage et à l'utilité de l'opération *(Cass. civ. 1re, 10 mai 2006, n° 03-16.593)*.

C L'exception des achats à tempérament et des emprunts

La solidarité n'a pas lieu pour les achats à tempérament et pour les emprunts même destinés à des dépenses ménagères.

Par exception à l'exception :

– Pour les **emprunts uniquement**, la solidarité s'applique s'ils portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante, et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage *(C. civ., art. 220, al. 3)*.

Jurisprudence

C'est au prêteur d'établir les caractères **modeste** et **ménager** des sommes prêtées *(Cass. civ. 1re, 28 févr. 2006, n° 03-12.540)*.

L'achat à crédit même modeste échappe à la solidarité ménagère *(Cass. civ. 1re, 12 juill. 1994, n° 92-16.659)*.

– Dès lors que l'achat à crédit ou l'emprunt contracté pour les besoins du ménage a été conclu du **consentement des deux époux**, la solidarité est applicable *(C. civ., art. 220, al. 3)*. Peu importe que la solidarité entre époux ne soit pas stipulée expressément. Peu importe que l'emprunt ne porte pas sur une somme modeste *(Cass. civ. 1re, 3 juin 2003, n° 00-20.370)*.

Jurisprudence

Le conjoint doit avoir consenti personnellement à l'achat à crédit, de sorte que ce consentement ne peut être déduit du simple accord à l'engagement de l'époux. De plus, les fonds empruntés doivent être destinés à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants *(Cass. civ. 1re, 28 nov. 2006, n° 05-14.412)*.

Quant à la contribution à la dette, l'époux *solvens* dispose d'un **recours contre son conjoint** à hauteur de la part contributive de ce dernier laquelle est fixée selon le critère des facultés respectives posé par l'article 214.

Jurisprudence

Doit être rejeté le recours de l'épouse qui ne démontre pas avoir contribué aux charges du mariage au-delà de ses facultés en remboursant le crédit qu'elle avait contracté pour régler les dettes ménagères *(Cass. civ. 1re, 17 juin 2003, n° 01-14.468)*.

III. Le logement familial

A La cogestion du logement familial

1 Le principe

(C. civ., art. 215, al. 3)
« Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni (…) »

Le logement de la famille s'entend de la résidence principale où les époux partagent une vie commune, le cas échéant, avec leurs enfants.

Si l'immeuble est un bien commun, l'article 1424, al. 1er du Code civil prévoit que les époux ne peuvent l'un sans l'autre en disposer (principe de la cogestion). Il est alors indifférent que l'immeuble constitue le logement familial.

En revanche, quel que soit le régime matrimonial (communauté ou séparation de biens), les époux disposent librement de leurs biens propres. C'est là que l'article 215, alinéa 3 prend tout son sens. Si l'immeuble qui accueille le logement familial est un bien propre, **l'époux propriétaire ne peut en disposer sans le consentement de**

son conjoint : vente, compromis de vente, donation, hypothèque conventionnelle.

Par une interprétation extensive, l'article 215, aliéna 3, est applicable à **tout acte de nature à compromettre le maintien de la famille dans le logement pendant le mariage**.

Jurisprudence

Est un acte qui anéantit ou réduit les droits réels ou personnels de l'un des conjoints sur le logement de la famille, la mise en location (bail) dudit logement par l'époux, nonobstant le fait que l'épouse ait quitté le logement et introduit une requête en divorce *(Cass. civ. 1re, 16 mai 2000, n° 98-13.441 ; cep. considérant que l'épouse n'a pas d'intérêt actuel à agir en nullité de l'hypothèque dès lors qu'elle avait quitté le logement : Cass. civ. 1re, 3 mars 2010, n° 08-13.500)*.
Un époux ne peut pas résilier sans le consentement de son conjoint le contrat d'assurance garantissant le logement familial *(Cass. civ. 2e, 10 mars 2004, n° 02-20.275 – censure de l'arrêt ayant rejeté la demande de dommages-intérêts de l'épouse contre l'assureur à hauteur de la garantie incendie résiliée par l'époux)*.

La demande en partage de l'immeuble indivis par lequel est assuré le logement de la famille, fondée sur l'article 815 du Code civil, faite par l'époux indivisaire ou le liquidateur judiciaire de cet époux se heurte à l'art. 215, al. 3 *(Cass. civ. 1re, 3 avr. 2019, n° 18-15.177)*. En revanche, ce texte ne peut être opposé aux créanciers qui provoquent le partage sur le fondement de l'article 815-17, al. 3 *(Cass. civ. 1re, 16 sept. 2020, n° 19-15.939)*.

Jurisprudence

Lorsque l'**immeuble appartient à une société civile immobilière**, l'art. 215, al. 3, n'est pas applicable du seul fait que l'un des époux est propriétaire de la majorité des parts de la SCI *(Cass. civ. 1re, 14 mars 2018, n° 17-16.482)*. L'époux associé doit avoir été autorisé à occuper le bien en raison d'un droit d'associé (statuts) ou d'une décision prise à l'unanimité des associés (bail, droit d'habitation, convention de mise à disposition). À défaut, l'occupation effective, mais précaire et non juridique, de l'immeuble par la famille ne fait pas obstacle à sa vente par la SCI. En revanche, la remise en cause du droit de jouissance accordé à l'époux associé est soumise au principe de cogestion posé par l'art. 215, al. 3, dès lors que l'immeuble est occupé par la famille.

2 Les tempéraments

L'indisponibilité ne se confond pas avec l'insaisissabilité de l'immeuble. Les créanciers peuvent **saisir le logement familial**. Dans le cas où l'immeuble appartenant en propre à l'un des époux constitue la résidence de la famille, le commandement de payer valant saisie immobilière est dénoncé à son conjoint, au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification de l'acte *(CPC exéc., art. R. 321-1)*.

Par exception, les créanciers, dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle d'une personne physique immatriculée au registre national des entreprises, ne peuvent saisir la résidence principale de cette personne *(C. com., art. L. 526-1)*. Le logement familial est ainsi à l'abri des créanciers professionnels de l'époux entrepreneur. Cependant, l'entrepreneur peut renoncer par acte notarié à l'insaisissabilité de la résidence principale *(C. com., art. L. 526-3, al. 2)*.

La résidence principale est également protégée par l'effet de l'article L. 526-22 du Code de commerce dès lors qu'elle ne constitue pas un bien utile à l'activité de l'entrepreneur individuel. Ne faisant pas partie du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, elle échappe aux recours des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité de cet entrepreneur, sauf sûreté conventionnelle ou renonciation.

Par ailleurs, l'indisponibilité du logement familial n'interdit pas à l'époux qui en est propriétaire d'en **disposer à cause de mort** et, en particulier, de le léguer à un tiers (sous réserve du droit au logement gratuit pendant un an du conjoint survivant).

Jurisprudence

L'époux propriétaire peut consentir seul à une donation à condition que celle-ci ne porte pas atteinte à l'usage et à la jouissance du logement familial pendant le mariage, ce qui est le cas de la **donation de la nue-propriété** avec réserve d'usufruit au profit du donateur *(Cass. civ. 1re, 22 mai 2019, n° 18-16.666)*.

3 La nullité relative

(C. civ., art. 215, al. 3)
Si l'immeuble est un bien propre ou s'il s'agit d'un acte d'administration (bail, assurance), celui des époux « qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous. »

(C. civ., art. 1427, al. 2)
En présence d'un acte de disposition sur l'immeuble commun, *« l'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté. »*

Jurisprudence

La nullité de la promesse de vente pour violation de l'article 215, alinéa 3, qui prive l'acte de tout effet, est exclusive du paiement par l'époux promettant de l'indemnité prévue par la clause pénale *(Cass. civ. 1re, 3 mars 2010, n° 08-18.947)*.

B La cotitularité du bail

(C. civ., art. 1751)
« Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité. »

Si le logement familial est loué, les époux sont de droit cotitulaires du bail d'habitation. En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge

peut attribuer le droit au bail à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux. En cas de décès, le conjoint survivant conserve le bénéfice exclusif du droit au bail.

Le bailleur ne peut mettre un terme au contrat qu'en délivrant un **congé à chacun des époux**.

Le congé délivré à un seul des conjoints n'est pas opposable à l'autre qui peut dès lors se maintenir dans les lieux *(Cass. civ. 3e, 2 févr. 1982, n° 80-11.309)*.

Le congé donné par un seul époux ne met pas fin au bail. Et cet époux reste solidairement tenu au paiement des loyers sur le fondement de l'article 220 du Code civil.

Jurisprudence

La transcription du jugement de divorce ayant attribué le droit au bail à l'un des époux met fin à la cotitularité du bail tant légale que conventionnelle. Par conséquent, le conjoint de l'époux attributaire n'est pas tenu des loyers échus postérieurement à la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil *(Cass. civ. 3e, 22 oct. 2015, n° 14-23.726)*.

§2 Les pouvoirs de gestion patrimoniale des époux

I. L'indépendance patrimoniale et professionnelle des époux

Plusieurs dispositions d'ordre public posent le principe de l'indépendance patrimoniale et professionnelle des époux :

– *« Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels » (C. civ., art. 225 et 1428)*. Le contrat de mariage ne peut pas déroger à cette règle en attribuant l'administration des biens propres d'un époux à son conjoint (clause d'unité d'administration). Est également nulle la clause du contrat conclu par un époux par laquelle les biens propres de son conjoint seraient engagés.
– En régime de communauté, *« chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion » (C. civ., art. 1421, al. 1er)* et sauf certains actes soumis à une cogestion *(C. civ., art. 1422 à 1425)*.
– *« Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage » (C. civ., art. 223)*.

II. La représentation entre époux

A Le mandat entre époux

(C. civ., art. 218)
« Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue.
Il peut, dans tous les cas, révoquer librement ce mandat. »

Un époux peut ainsi recevoir mandat de gérer **les biens communs soumis à la cogestion et/ou les biens propres de son conjoint**. La règle de la libre révocabilité du mandat est d'ordre public, ce qui rend le mandat conforme au principe de l'indépendance patrimoniale des époux.

B La gestion d'affaires

(C. civ., art. 219, al. 2)
« À défaut de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un époux en représentation de l'autre ont effet, à l'égard de celui-ci, suivant les règles de la gestion d'affaires. »

Il appartient aux juges du fond de rechercher, si comme l'invoquait le preneur, le mari qui a consenti seul un bail sur un fonds rural commun, en violation de l'article 1425 du Code civil, n'avait pas agi en gérant d'affaires, de sorte que le bail ne pouvait être annulé *(Cass. civ. 3e, 21 févr. 2001, n° 99-14.820)*. Le juge doit alors rechercher si la gestion a été utile.

C La représentation dans le cadre de l'entreprise conjugale

Les époux qui exploitent ensemble une **exploitation agricole** sont présumés s'être donnés réciproquement mandat d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation *(C. rur., art. L. 321-1)*. Il n'y a pas à distinguer selon que les actes portent sur des biens propres ou des biens communs. Si le conjoint de l'exploitant collabore à l'exploitation agricole, il est présumé avoir reçu mandat d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation.

De son côté, le **conjoint collaborateur dans une entreprise commerciale, artisanale ou libérale**, à condition d'être mentionné au RCS ou au registre national des entreprises, est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise *(C. com., art. L. 121-6)*. La loi ne distingue pas selon que l'acte porte sur des

biens communs ou des biens propres. Chaque époux peut mettre fin à cette présomption par déclaration notariée. En toute hypothèse, (même en cas de défaut ou de dépassement du mandat), le conjoint collaborateur qui accomplit un **acte de gestion ou d'administration pour les besoins de l'entreprise** n'engage pas sa responsabilité personnelle car l'acte est réputé, dans les rapports avec les tiers, accompli pour le compte du chef d'entreprise *(C. com., art. L. 121-7)*. Ces dispositions sont applicables au partenaire de Pacs ou au concubin du chef d'entreprise *(C. com., art. L. 121-8)*.

III. Les présomptions légales de pouvoir des époux

A La présomption légale de pouvoir sur les meubles

(C. civ., art. 222, al. 1er)
« Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte. »

L'article 222 ne distingue pas entre **meubles communs et meubles propres**. Un époux peut donc vendre un meuble appartenant à son conjoint, l'acte sera valable si les conditions posées par l'article 222 sont réunies.

La présomption est écartée si le conjoint s'oppose à l'acte car alors le tiers sera de mauvaise foi s'il ne vérifie pas les pouvoirs de l'époux avec lequel il contracte.

Trois exceptions permettent d'écarter la présomption :
- Pour les actes portant sur des meubles meublants soumis à la règle de la cogestion *(C. civ., art. 215, al. 3)* ;

– Pour les actes portant sur un bien propre par nature au sens de l'article 1404 du Code civil (par ex. vêtement à usage personnel d'un époux) ;
– Pour les actes portant sur un meuble commun soumis à la règle de la cogestion par l'article 1424 du Code civil (fonds de commerce, droits sociaux non négociables, meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, ce qui ne comprend pas les véhicules automobiles qui sont donc soumis à la présomption de l'article 222 du Code civil).

B La présomption légale de pouvoir sur les comptes bancaires

(C. civ., art. 221)
« Chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel.
À l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt. »

Chaque époux peut ouvrir un compte bancaire sans le consentement de l'autre (compte de dépôt ou d'épargne, compte-titres) et le faire fonctionner seul (virement, vente des titres, etc.).
Le **dépositaire n'a pas le droit de vérifier la propriété de l'époux dépositaire sur les fonds et les titres déposés**. L'article 221 met ainsi en évidence la distinction entre pouvoir et propriété. Au nom de l'autonomie bancaire, le dépositaire n'a pas à s'interroger sur la nature des fonds déposés. Mais, dans les rapports entre époux, l'article 221 ne préjuge pas du propriétaire des valeurs en compte par application du régime matrimonial.

Jurisprudence

Un époux peut encaisser les capitaux provenant de la vente d'un bien commun soumis à cogestion, alors même que l'article 1424 prévoit que les époux ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant d'une telle opération. Chacun des époux a le pouvoir d'encaisser sur son compte personnel le montant d'un chèque établi à son ordre et à celui de son conjoint pourvu que celui-ci l'ait endossé. Le cas échéant, l'époux titulaire du compte peut transférer la somme, et ce paiement effectué par la banque n'est pas indu, alors même que la somme appartient pour moitié à l'autre conjoint *(Cass. civ. 1re, 16 mai 2013, n° 12-12.207)*.

Seul le titulaire du compte peut procéder à des opérations sur celui-ci.

Jurisprudence

La banque ne peut se prévaloir d'un mandat tacite entre époux, les règles relatives à la représentation mutuelle des époux dans leurs rapports avec les tiers étant sans application à l'égard du banquier dépositaire tenu de restituer les fonds au seul titulaire du compte, sauf procuration *(Cass. com., 11 mars 2003, n° 00-20.866)*.

Le banquier engage sa responsabilité si, à la demande de l'épouse, il transfère sur le compte de celle-ci des titres figurant au compte ouvert au nom du mari, alors que seul le titulaire du compte peut procéder à un tel virement *(Cass. civ. 1re, 3 juill. 2001, n° 99-19.868)*.
Il en va autrement si l'époux titulaire du compte a ratifié l'opération bancaire *(Cass. civ. 1re, 6 mai 2003, n° 00-18.891 : clôture par le mari du PEL de l'épouse qui a accusé réception de l'attestation des intérêts acquis et a souscrit un prêt à l'aide de ces intérêts)*.

La banque, qui a indemnisé son client, dispose d'un recours subrogatoire contre le conjoint fautif *(Cass. civ. 1re, 8 juill. 2009, n° 08-17.300)*.

À la dissolution de la communauté, les fonds et titres déposés qui ont la nature de biens communs font partie de l'indivision post-communautaire. Pour éviter tout blocage dans la gestion de ces fonds et titres, la **présomption de pouvoir s'étend même après la dissolution du mariage**. Il appartient alors aux héritiers de procéder à une saisie du compte s'ils estiment que le conjoint survivant porte atteinte à leurs intérêts.

IV. Les situations de crise conjugale

A L'autorisation judiciaire de conclure un acte

L'article 217 permet à un époux de passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement du conjoint est nécessaire si celui-ci est soit **hors d'état de manifester sa volonté** (démence, coma, emprisonnement, absence…) ou si **son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille**. Il ne s'agit pas d'un pouvoir de représentation mais d'une autorisation de passer outre l'exigence du consentement du conjoint.

L'autorisation permet de **déroger à la cogestion** qui impose l'accord des deux époux *(vente d'un immeuble ou d'un fonds de commerce commun, bail commercial sur un immeuble commun, etc. : C. civ., art. 1424)* ou le consentement du conjoint de l'époux contractant *(engagement des biens communs par un emprunt ou un cautionnement : C. civ., art. 1415 ; acte de disposition sur le logement familial : C. civ., art. 215 al. 3)*.

L'article 217 n'a pas vocation à s'appliquer lorsque les époux sont propriétaires indivis d'un bien dès lors que des règles similaires sont prévues en matière d'indivision *(C. civ., art. 815-4 et 815-5)*.

En revanche, et à la différence de l'habilitation judiciaire, **l'autorisation judiciaire ne peut porter sur un acte relevant du pouvoir exclusif d'un époux** (gestion des propres, gestion des gains et salaires).

L'acte passé dans les conditions fixées par le juge est opposable à l'époux dont le consentement fait défaut sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle. L'époux dont le consentement fait défaut n'est donc pas tenu en cas d'inexécution du contrat.

B L'habilitation judiciaire

(C. civ., art. 219, al. 1er)
« Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge. »

L'habilitation judiciaire n'est possible que si un époux est hors d'état de manifester sa volonté. Elle est donc exclue lorsque le conjoint de l'époux qui demande l'habilitation s'y oppose. Elle permet à l'époux requérant de représenter son conjoint pour les actes qui relèvent de ses **pouvoirs exclusifs** : gestion des biens propres ; gestion des gains et salaires. Toutefois, la généralité de l'article 219, alinéa 1er du Code civil rend possible son application aux actes soumis à **cogestion**, ce qui relève également du domaine de l'article 217 du Code civil. Or, à la différence de l'autorisation judiciaire, le mécanisme de la représentation permet d'engager le conjoint qui n'a pas consenti à l'acte.

Les demandes d'autorisation et d'habilitation, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, sont présentées au juge des tutelles. Dans les autres cas, elles sont formées par requête devant le juge aux affaires familiales *(CPC, art. 1286)*.

C La restriction des pouvoirs d'un époux

1 Les conditions

L'article 220-1 du Code civil permet au JAF de prescrire toute mesure urgente à trois conditions :

– l'un des époux **manque gravement à ses devoirs** (cohabitation, contribution aux charges),
– ce manquement **met en péril les intérêts de la famille**,
– il y a **urgence**.

2 Les mesures urgentes

Le JAF peut interdire à l'époux fautif de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles, ce qui permet de déroger aux articles 225, 1421 et 1428 du Code civil. Le juge peut encore interdire le déplacement des meubles, ordonner la mise sous séquestre de biens communs, désigner un administrateur provisoire pour gérer le patrimoine commun ou la société appartenant aux époux, bloquer un compte bancaire, etc. Les mesures visées par l'article 220-1 du Code civil ne sont pas exhaustives.

En revanche, l'article 220-1 ne permet pas au juge d'autoriser un époux à passer outre le consentement du conjoint pour accomplir un acte. En effet, la mesure ordonnée est **provisoire**. Elle doit pouvoir être modifiée par le juge si des circonstances nouvelles le justifient. En outre, la mesure urgente est **temporaire**. La durée des mesures doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation

éventuellement comprise, dépasser trois ans *(C. civ., art. 220-1, al. 2)*.

3 Les sanctions

Le conjoint requérant peut agir en **nullité des actes accomplis** en violation de l'ordonnance à condition de prouver la **mauvaise foi du tiers** *(C. civ., art. 220-3)*. L'action en nullité est ouverte à l'époux requérant pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée, si cet acte est sujet à publicité, plus de deux ans après sa publication.

Si l'ordonnance a été publiée parce qu'elle concerne des biens dont l'aliénation est sujette à publicité (immeuble, fonds de commerce), l'acte est annulable dès lors qu'il a été conclu postérieurement à l'ordonnance. Pour les autres biens, seule la signification de l'ordonnance à un tiers le constitue de mauvaise foi *(C. civ., art. 220-2, al. 2)*.

En outre, si l'ordonnance porte interdiction de disposer des meubles corporels, ou de les déplacer, elle doit être signifiée par le requérant à son conjoint pour rendre le meuble indisponible et rendre le conjoint gardien responsable des meubles dans les mêmes conditions qu'un saisi.

L'habilitation judiciaire peut également être fondée sur les articles 1426 et 1429 du Code civil, applicables en régime de communauté et qui font perdre au conjoint son pouvoir d'administration de la communauté *(C. civ., art. 1426)* et de ses biens propres *(C. civ., art. 1429)*, lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté ou lorsque sa gestion atteste de son inaptitude, sa négligence ou sa malveillance (fraude, détournement des revenus).

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– D. SADI, Quel avenir pour le devoir de secours ?, RRJ 2018-1, p. 95
– A. KARM, Permanence et évolutions du régime primaire depuis 1965, JCP N 2015, n° 28, p. 25
– J. LASSERRE CAPDEVILLE et E. NAUDIN, La modification de l'article 220 du code civil par la loi du 17 mars 2014, D. 2014, p. 1606
– A. TEHRANI, La preuve, par le banquier dépositaire, de l'existence d'une procuration entre époux, D. 2015, p. 1588
– M. COTTET, La double nature de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, RTD civ. 2021.1

Fiche n° 19 La détermination du régime matrimonial

⏭ L'ESSENTIEL

Le principe de liberté des conventions matrimoniales est au fondement de la détermination du régime matrimonial. Les époux sont libres de ne pas conclure de contrat de mariage, ce qui revient à adopter le régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Ils sont aussi libres de conclure un contrat de mariage qui fixera leur régime matrimonial sous réserve de ne pas déroger aux règles du régime primaire. Le contrat de mariage qui permet aux époux de choisir leur régime matrimonial est soumis à des conditions strictes (assistance de l'époux protégé, acte notarié, mention dans l'acte de mariage). Pendant le mariage, le régime matrimonial est soumis à un principe d'immutabilité qui interdit aux époux de modifier par un simple accord les effets du régime. Seul un acte notarié peut procéder au changement de régime.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La détermination initiale du régime matrimonial

I. La liberté des conventions matrimoniales

A Le principe

Les époux sont libres de ne pas conclure de contrat de mariage, ce qui conduit à l'application du **régime légal**. Depuis la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, élaborée par le doyen Carbonnier, le régime légal est celui de la communauté réduite aux acquêts.

Ils peuvent au contraire choisir leur régime matrimonial sous réserve des dispositions légales d'ordre public *(C. civ., art. 1387)*. Les époux peuvent opter pour l'un des régimes prévus par la loi, les combiner, les modifier en stipulant certaines clauses, voire déterminer un régime *sui generis*.

À défaut de stipulations spéciales dérogeant au régime de communauté, les règles supplétives applicables sont celles de ce régime *(C. civ., art. 1393, al. 2)*.

B L'absence de liberté en dehors des effets patrimoniaux entre époux

(C. civ., art. 1388)
« (…) les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle. »
Les époux ne peuvent déroger au régime primaire, ni aux effets personnels du mariage.
(C. civ., art. 1389 : prohibition des pactes sur succession future)
« (…) les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. »

II. Le contrat de mariage

A Les conditions

1 Les conditions de fond

Le contrat de mariage est soumis au droit commun des contrats. Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, par son tuteur ou son curateur *(C. civ., art. 1399)*. À défaut, l'annulation des conventions peut être poursuivie dans l'année du mariage, soit par la personne protégée elle-même, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par le tuteur ou le curateur. La personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure seule une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée. Quant au mineur, il doit être assisté des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage *(C. civ., art. 1398)*.

2 Les conditions de forme

À peine de nullité absolue, les conventions matrimoniales sont rédigées par **acte notarié**, en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires *(C. civ., art. 1394, al. 1er)*. La procuration doit être authentique et spéciale. Le contrat est rédigé avant le mariage et ne prend effet qu'au jour de la célébration.

Jurisprudence

Le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations. Méconnait son **obligation d'information et de conseil**, le notaire qui ne démontre ni que les futurs époux lui avaient fait part de raisons particulières de nature à les inciter à choisir un régime matrimonial assimilable à celui de la communauté universelle (communauté réduite aux acquêts avec stipulation d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant et d'une clause de donation entre époux portant sur l'universalité des biens composant la succession), ni qu'il leur avait donné un conseil adapté à leur situation professionnelle (l'épouse exerçait une profession libérale et s'était endettée afin de s'installer, si bien que son activité comportait un risque financier). Dès lors que la profession d'un époux comprend un risque financier, le notaire doit donc conseiller un régime de séparation de biens *(Cass. civ. 1re, 3 oct. 2018, n° 16-19.619)*.

3 Les conditions de publicité

Au moment de la signature, le notaire délivre un certificat qui doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration *(C. civ., art. 1394, al. 2)*. La mention du contrat de mariage figure dans l'acte de mariage. **À défaut de publicité**, les époux sont, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime légal, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage.

B La modification du contrat de mariage avant la célébration

Tous changements apportés au contrat de mariage avant la célébration doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes *(C. civ., art. 1396)*. La modification est sans effet à l'égard des tiers si elle ne figure pas à la suite de la minute du contrat de mariage. Et le notaire ne peut délivrer ni grosse ni expédition du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement.

§2 Le changement de régime matrimonial

I. L'immutabilité du régime matrimonial

A Le principe

Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un **jugement** à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation des biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un **acte notarié**, le cas échéant, homologué *(C. civ., art. 1396, al. 3)*.

Le **simple accord des époux ne peut donc modifier ni le régime matrimonial dans son ensemble, ni un effet du régime matrimonial**. La doctrine s'accorde, par exemple, à considérer que la vente d'un bien commun à un époux méconnaît le principe de l'immutabilité.
Les époux ne peuvent pas non plus conclure une **convention de liquidation anticipée du régime matrimonial**.

Jurisprudence

Doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui s'est fondée sur une convention entre époux pour requalifier un bien propre en bien commun *(Cass. civ. 1re, 24 nov. 1987, n° 85-18.479)* ou pour modifier les règles de calcul des récompenses *(Cass. civ. 1re, 28 juin 1983, n° 82-12.926)*.

Doit être cassé l'arrêt qui énonce, pour retenir que le bien litigieux était un bien propre de l'épouse, qu'il résulte de la clause de remploi, bien que l'acquisition soit intégralement financée par des deniers communs, que l'achat avait été effectué au nom propre de l'épouse, ce dont il s'induit que le mari avait voulu lui accorder un avantage matrimonial *(Cass. civ. 1re, 31 janv. 2006, n° 02-21.121)*.

La convention conclue entre les époux, avant l'introduction de l'instance en divorce, portant tant sur la prestation compensatoire que sur le partage du régime matrimonial, est nulle *(Cass. civ. 1re, 27 sept. 2017, n° 16-23.531)*.

B Les actes compatibles avec l'immutabilité du régime matrimonial

Certaines modifications indirectes du régime matrimonial ne portent pas atteinte au principe de l'immutabilité :

– Les **actes autorisés par la loi**, tels que le mandat entre époux *(C. civ., art. 218)*, les donations entre époux *(C. civ., art. 1096)* ou la constitution d'une société entre époux *(C. civ., art. 1832-1)*.

– La **convention de liquidation et de partage du régime matrimonial** est licite pendant l'instance en divorce *(C. civ., art. 265-2 et 1397-1)*. Elle est même obligatoire en cas de divorce par consentement mutuel *(C. civ., art. 229-3, 5° ; CPC, art. 1091)*. Ces conventions ne produisent leurs effets qu'après la dissolution du mariage.

  Après la dissolution du mariage par le divorce, les ex-époux sont libres de liquider leur régime matrimonial comme ils l'entendent et

de passer, à cet effet, toutes conventions transactionnelles *(Cass. civ. 1re, 9 mars 1994, n° 92-13.455),* sous réserve qu'elle ne donne pas lieu à un partage lésionnaire *(C. civ., art. 889)*.

– Le **choix de la loi applicable** au régime matrimonial (mariage international) en application de la Convention de La Haye ou du Règlement UE 2016/1103 peut entraîner un changement de régime, ce qui justifie sa publicité *(C. civ., art. 1397-3 et s.)*. L'acte de désignation doit faire l'objet d'une stipulation expresse et traduire la volonté non équivoque des époux de changer de régime et ne pas être prévu à l'occasion d'un acte poursuivant un autre objet, comme une vente ou une donation *(Cass. civ. 1re, 13 déc. 2017, n° 16-27.216)*.

Jurisprudence

La clause d'une donation d'un bien propre de l'épouse à son fils, par laquelle l'époux déclare intervenir à l'acte pour faire donation à son fils des récompenses qui seraient dues à la communauté au titre du financement de la construction sur le terrain propre de l'épouse, est une donation de créance, et non l'abandon d'un droit portant atteinte au principe de l'immutabilité *(Cass. civ. 1re, 6 févr. 2007, n° 04-13.282)*.

Un époux peut, au cours du mariage et avec des deniers communs, acquérir un immeuble, conjointement et indivisément avec un tiers (concubine), avec stipulation d'une tontine car, en toute hypothèse, l'immeuble ne deviendra jamais un propre de l'époux, de sorte que le principe d'immutabilité n'est pas méconnu *(Cass. civ. 1re, 11 janv. 1983, n° 81-16.307)* : en cas de prédécès de la concubine, l'immeuble devient un bien commun ; en cas de survie de la concubine, l'époux perd tout droit de propriété sur l'immeuble.

Jurisprudence

La renonciation à un droit peut être tacite dès lors que les circonstances établissent, de façon non équivoque, la volonté de renoncer. Renonce ainsi à se prévaloir du caractère propre de l'immeuble lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux, l'époux qui, lors de l'instance en divorce, pour l'appréciation de la prestation compensatoire, a soutenu que le bien litigieux constituait un bien commun, ce dont le juge du divorce avait tenu compte *(Cass. civ. 1re, 23 sept. 2015, n° 14-20.168)*.

II. Le changement conventionnel du régime matrimonial

A Les conditions

1 Les conditions de fond

Les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de modifier leur régime matrimonial, ou même d'en changer entièrement, par un **acte notarié**. À peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime modifié si elle est nécessaire *(C. civ., art. 1397, al. 1er)*.

Lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique, le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'**autorisation préalable du juge** des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué *(C. civ., art. 1397, al. 7)*.

2 Les conditions d'information et de publicité

Les **enfants majeurs de chaque époux**, ainsi que les parties au contrat initial autres que les époux (par ex. : les tiers ayant consenti des donations en vue du mariage), doivent être personnellement informés de la modification envisagée. En cas d'**enfants mineurs**

sous tutelle ou d'enfants majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection, l'information est délivrée à leur représentant. Les destinataires de l'information peuvent faire **opposition dans un délai de trois mois** *(C. civ., art. 1397, al. 2)*.

Les **créanciers** sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis sur un support habilité à recevoir des annonces légales. Ils peuvent faire **opposition dans un délai de trois mois suivant la publication** *(C. civ., art. 1397, al. 3)*. Les créanciers non opposants peuvent néanmoins attaquer le changement de régime matrimonial (ou le partage) en exerçant l'action paulienne *(C. civ., art. 1397, al. 9)* ; par exemple, en cas de partage simulé en vue de réaliser une donation déguisée.

3 L'homologation ou l'autorisation judiciaire

En cas d'opposition, la nouvelle convention matrimoniale doit être **homologuée par le JAF** de la résidence de la famille *(C. civ., art. 1397, al. 4 ; COJ, art. L. 213-3)*. L'opposition notifiée au notaire instrumentaire oblige les époux à saisir le juge par voie de requête *(CPC, art. 1300-1)*.

Le JAF vérifie la conformité de la convention avec l'intérêt de la famille qui doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble (intérêts et désavantages pour chaque époux et leurs enfants). Ainsi, le choix d'un régime de communauté universelle avec stipulation d'une clause d'attribution intégrale ne saurait être refusé du seul fait qu'il lèse un enfant. L'intérêt de la famille ne saurait non plus justifier une fraude aux droits d'un créancier, même si celle-ci résulte en pratique plutôt du partage de la communauté que du changement de régime matrimonial.

Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles s'il estime que le changement compromet les intérêts patrimoniaux du mineur *(C. civ., art. 1397, al. 5)*. Le juge décide, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou sa situation familiale, de soumettre le changement à son autorisation préalable *(C. civ., art. 387-3)*.

Lorsque le mariage a un caractère international, les époux peuvent choisir ou modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, ce qui peut entraîner un changement de régime matrimonial.

Les mariages célébrés depuis le 1er septembre 1992 sont soumis à la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Le Règlement UE « *Régimes matrimoniaux* » du 24 juin 2016 est applicable aux mariages célébrés après le 29 janvier 2019.

À défaut de choix, le régime matrimonial relève de la loi de la première résidence habituelle commune des époux, ou à défaut, de la loi de la nationalité commune des époux, ou à défaut, de la loi des liens les plus étroits *(Règl., art. 26)*. Les époux peuvent choisir la loi de la résidence habituelle de l'un des époux au jour de la convention de désignation de la loi applicable, ou la loi de la nationalité de l'un des époux à cette même date *(art. 22)*.

L'acte de désignation de la loi applicable est soumis aux règles de forme de l'article 23 du Règlement qui précise la loi applicable à la forme de l'acte, à savoir la loi de la résidence habituelle commune des époux, de sorte que l'acte est notarié si des époux étrangers résident en France. À défaut de résidence habituelle commune, il suffit que l'acte soit conforme à la loi de la résidence habituelle de l'un des époux ; mais si seul un époux réside dans un État membre, les formes supplémentaires prévues par la loi de cet État s'appliquent. Enfin, le formalisme supplémentaire prévu par la loi désignée est également applicable.

Quant à la publicité de l'acte en France, il faut distinguer selon que l'acte de mariage est conservé en France et/ou si un contrat de mariage a été passé en France *(C. civ., art. 1397-3 à 1397-5 ; CPC, art. 1303-1 et 1303-2)*.

B Les effets

Le changement a effet **entre les parties à la date de l'acte notarié ou du jugement d'homologation** *(C. civ., art. 1397, al. 6)*.

À l'égard des tiers, le changement prend effet trois mois après mention en marge de l'acte de mariage. Il est fait mention de la modification sur la minute du contrat de mariage modifié. En l'absence de la mention en marge de l'acte de mariage, le changement est opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir changé de régime.

Dès lors que le changement confère aux immeubles propres de l'un des époux le statut d'immeubles communs (adoption de la communauté universelle), la convention de changement doit être publiée au **fichier immobilier**.

Jurisprudence

Le changement de régime matrimonial n'emporte pas renonciation implicite de l'un ou l'autre des époux à se prévaloir du régime de communauté antérieur *(Cass. civ. 1re, 14 janv. 2009, n° 07-17.191)*. Il s'ensuit que le bien commun, qui n'a pas été pris en compte lors de la liquidation consécutive au changement de régime, doit être partagé en application de l'ancien régime, sauf preuve d'un partage amiable.

Jurisprudence

Même en cas d'homologation, la convention de changement du régime matrimonial peut être annulée pour des causes qui lui sont propres (dol, fraude). En revanche, le changement de régime matrimonial ayant produit effet s'impose à chacun des époux, de sorte que, à défaut d'invoquer un vice du consentement ou une fraude, aucun d'eux ne peut agir en nullité pour défaut d'intérêt de la famille au sens de l'article 1397, al. 1er *(Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, no 12-10.027 : constitution d'une société d'acquêts dans l'intérêt de l'épouse et excessivement défavorable pour l'époux)*.

III. Le changement forcé de régime matrimonial

Si, par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparait que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre **la séparation de biens en justice** *(C. civ., art. 1443 ; pour le régime de participation aux acquêts : C. civ., art. 1580)*. La séparation de biens judiciaire peut être demandée par un époux, par exemple, lorsque son conjoint aggrave excessivement le passif de la communauté ou dilapide les biens communs.

Jurisprudence

Si la liquidation judiciaire d'un époux ne fait pas obstacle à la demande de séparation de biens, elle n'établit pas, à elle seule, la mise en péril des intérêts de son conjoint *(Cass. civ. 1re, 19 oct. 2004, no 02-13.659)*.

Le jugement ne peut être rendu qu'un mois après la **mention de l'assignation en séparation de biens judiciaire en marge de l'acte**

de naissance des époux *(CPC, art. 1293)*. Le jugement qui prononce la séparation de biens judiciaire fait l'objet d'une **mention en marge de l'acte de mariage et sur la minute** du contrat de mariage, ainsi que d'une publicité dans un journal diffusé dans le ressort du tribunal *(CPC, art. 1294)*.

Les effets du jugement **remontent au jour de l'assignation** devant le JAF *(C. civ., art. 1445, al. 2)*.

La séparation de biens est nulle si les poursuites tendant à liquider les droits des parties n'ont pas été commencées dans les trois mois du jugement passé en force de chose jugée et si le règlement définitif n'est pas intervenu dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation *(C. civ., art. 1444)*. L'action en nullité est ouverte à chacun des époux et aux tiers.
Les créanciers d'un époux ne peuvent demander la séparation de biens *(C. civ., art. 1446)*, mais seulement intervenir à l'instance pour la conservation de leurs droits ou former tierce opposition contre le jugement même si la fraude ne s'est matérialisée que dans l'acte de partage des biens communs *(C. civ., art. 1447)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

- N. BAILLON-WIRTZ, La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, RJPF, 2019, n° 5, p. 5
- M. NADAUD, Entrée en application du règlement européen sur les régimes matrimoniaux : nouveaux réflexes et nouvelles questions pour la pratique notariale, RLDC, n° 167, févr. 2019

TITRE 1

LE RÉGIME LÉGAL

Fiche n° 20 Le régime légal : la composition de la communauté

Fiche n° 21 Le régime légal : l'administration des biens

Fiche n° 22 Le régime légal : la dissolution de la communauté

Fiche n° 20 Le régime légal : la composition de la communauté

⏭ L'ESSENTIEL

La communauté comprend un actif et un passif. La détermination de l'actif exige de dissocier les biens de la communauté et les biens propres des époux. Les biens communs sont les biens acquis à titre onéreux ou créés pendant le mariage, les gains et salaires, ainsi que les revenus des biens propres. Il y a quatre catégories de biens propres : les biens propres par nature qui se rattachent à la personne d'un époux, les biens acquis avant le mariage ou pendant le mariage à titre gratuit, les biens qui sont l'accessoire d'un propre ou acquis par subrogation, les biens acquis par un époux indivisaire par voie de licitation. Le bien, pour lequel le caractère propre ou commun ne peut être prouvé, est présumé commun. Certains biens propres voient toutefois leur valeur intégrée à l'actif de la communauté, c'est la distinction du titre et de la finance.

Selon le principe de la corrélation de l'actif et du passif, l'actif commun répond des dettes nées dans les mêmes conditions que celui-ci. Toutes les dettes nées pendant la communauté du chef d'un seul époux peuvent ainsi être poursuivies sur les biens communs (obligation à la dette), à l'exception des gains et salaires du conjoint et, sauf consentement exprès de ce dernier, pour les emprunts et

cautionnements. Les dettes nées pendant la communauté sont à la charge de celle-ci (contribution à la dette), à moins qu'un époux ne prouve que la dette a été contractée par son conjoint dans son intérêt personnel. Certaines dettes sont toutefois soumises à un régime particulier.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'actif de la communauté

I. Les acquêts

A L'identification des acquêts

Selon une définition classique, les acquêts sont les biens acquis à titre onéreux par les époux ensemble ou séparément au cours de la communauté, ainsi que les biens créés au cours du mariage par l'un des époux par son activité. Toutefois, l'article 1401 du Code civil est moins précis puisque la communauté se compose également des acquêts provenant des revenus des époux (gains et salaires ; revenus des propres).

1 Les biens acquis à titre onéreux et créés durant la communauté

Par exemple, entrent en communauté les **actions acquises pendant le mariage**, même si elles l'ont été par l'exercice de droits résultant de l'attribution au conjoint associé d'une option de souscription ou d'achat d'actions (stock-options), droits qui constituent des biens propres par nature en vertu de l'article 1404 du Code civil *(Cass. civ. 1re, 9 juil. 2014, n° 13-15.948)*.

Le fonds de commerce est un bien commun lorsque l'ouverture au public, qui entraîne la création d'une clientèle réelle et certaine, est postérieure au mariage, nonobstant l'obtention de l'autorisation de création de l'officine de pharmacie *(Cass. civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-28.076)* ou l'immatriculation de l'exploitant *(Cass. civ. 1re, 18 avr. 1989, n° 87-19.348)* avant le mariage *(et pour le fonds libéral acquis ou créé durant le mariage : Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, n° 99-11.336)*.

Le bénéfice de l'**assurance-vie contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint**, constitue un propre pour celui-ci. Par dérogation à l'article 1437 du Code civil, aucune récompense n'est due à la communauté, même si les primes ont été payées au moyen de deniers communs, sauf si les primes versées sont manifestement exagérées *(C. assur., art. L. 132-16)*.
Cette règle ne s'applique qu'aux époux mariés sous un régime communautaire et si le conjoint désigné bénéficie effectivement de la garantie, *i.e.* en cas de dissolution du mariage par décès de l'époux souscripteur. En cas de divorce, la **valeur de rachat du contrat au jour de la dissolution de la communauté fait partie de l'actif de celle-ci** *(Cass. civ. 1re, 31 mars 1992, Praslicka, n° 90-16.343)*.
La souscription d'un contrat d'assurance-vie au moyen de fonds communs au profit d'un **tiers bénéficiaire** ouvre à la communauté un droit à récompense contre l'époux souscripteur *(Cass. civ. 1re, 10 juill. 1996, n° 94-18.733 ; Cass. ass. plén., 12 déc. 1986, Veuve Pelletier, n° 84-17.867)*. De même, la communauté a droit à récompense si, à la suite du prédécès de l'époux bénéficiaire, l'assurance-vie profite à la succession du souscripteur *(Cass. civ. 1re, 22 mai 2007, n° 05-18.516 ; Cass. civ. 1re, 19 déc. 2012, n° 11-21.703)*.

Dans le même sens, si un compte d'épargne de retraite complémentaire a été alimenté par des fonds communs et désigne comme bénéficiaire le conjoint du souscripteur, celui-ci doit récompense à la communauté en cas de divorce *(Cass. civ. 1re, 1er févr. 2017, n° 16-11.599)* .

2 Les produits de l'industrie personnelle des époux

Les **gains et salaires** sont des biens communs, ainsi que **leurs substituts**, en particulier les indemnités qui trouvent leur source dans l'activité professionnelle de l'époux (indemnité légale ou transactionnelle de licenciement ; indemnités journalières, etc.).

Jurisprudence

L'indemnité allouée en réparation du préjudice professionnel (incidence professionnelle, perte de gains professionnels) est destinée à compenser une perte de revenus, de sorte qu'elle entre dans la communauté, à la différence de la réparation de l'incapacité permanente partielle (déficit fonctionnel) qui répare l'atteinte portée à l'intégrité physique *(Cass. civ. 1re, 5 avr. 2005, n° 02-13.402)*.

L'aide personnalisée au logement accordée à l'acquéreur d'un bien affecté à sa résidence principale, selon la composition et les ressources de son foyer, constitue pour son bénéficiaire un substitut de revenus, de sorte que celle-ci entre en communauté, peu important qu'elle soit versée directement à l'organisme prêteur, et qu'ainsi l'APL ne peut être déduite de la récompense due par son bénéficiaire au titre de la fraction de l'emprunt remboursé par la communauté *(Cass. civ. 1re, 1er déc. 2021, n° 20-10.956)* .

Les produits de la profession d'un époux sont également des biens communs *(clientèle, stocks provenant d'une exploitation viticole propre du mari : Cass. civ. 1re, 19 déc. 2012, n° 11-25.264)*.

Jurisprudence

Dans le régime de la communauté légale, l'époux qui **collabore sans rémunération** à l'activité professionnelle de son conjoint ne subit pas d'appauvrissement personnel car les gains et salaires, produits de l'industrie personnelle des époux, font p artie de la communauté *(Cass. civ. 1re, 17 avr. 2019, n° 18-15.486 ; Cass. civ. 1re, 30 juin 1992, n° 90-19.346)*. Il importe peu que l'entreprise soit commune ou propre au conjoint.

En revanche, l'époux séparé de biens, dont la collaboration, sans rémunération, à l'activité professionnelle de l'autre a servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien propre, a droit à une indemnité évaluée selon les règles de calcul des récompenses *(Cass. civ. 1re, 12 déc. 2007, n° 06-15.547)*.

L'**industrie personnelle d'un époux (castor)** commun en biens, destinée à la construction ou l'amélioration d'un bien propre, que celui-ci soit le sien *(Cass. civ. 1re, 26 oct. 2011, n° 10-23.994 ; Cass. civ. 1re, 5 avr. 1993, n° 91-15.139)* ou celui de son conjoint *(Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, n° 11-25.444)* n'ouvre pas droit à récompense au profit de la communauté. En effet, un époux ne doit récompense à la communauté que lorsqu'il a pris une somme sur celle-ci ou lorsqu'il a tiré un profit personnel des biens de la communauté. La solution se justifie aussi par l'entrée en communauté des revenus de ces propres.

3 Les fruits et revenus des biens propres

La communauté n'a droit qu'aux **fruits perçus et non à ceux consommés sans fraude** *(C. civ., art. 1403)*.

Jurisprudence

Ne sont pas consommés les revenus employés à l'amélioration d'un bien propre, si bien que cette utilisation donne lieu à récompense au profit de la communauté *(Cass. civ. 1re, 6 juill. 1982, n° 81-12.680)*.

Puisqu'ils constituent des biens communs, les loyers encaissés par la communauté ne compensent pas l'apport de deniers communs dont a bénéficié un époux pour acquérir l'immeuble dont il est seul propriétaire et qui donne lieu à récompense *(Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 05-18.066)*.

En contrepartie des fruits et revenus, les **charges de la jouissance** de l'immeuble sont supportées par la communauté.

Jurisprudence

Les **intérêts d'un emprunt** souscrit pour l'acquisition d'un bien propre et payés par la communauté ne donnent pas lieu à récompense et, au contraire, l'époux propriétaire qui a acquitté les intérêts avec des fonds propres dispose d'une récompense contre la communauté *(Cass. civ. 1re, 31 mars 1992, Authier, n° 90-17.212)*.

B La présomption d'acquêt de communauté

(C. civ., art. 1402, al. 1er)
« Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi. »

1 La mise en œuvre de la présomption

La présomption a d'abord vocation à s'appliquer lors de la dissolution de la communauté aux fins de **déterminer l'actif commun à partager** et le compte des récompenses. Le bien est présumé commun, même si lors de son acquisition par un seul époux, les époux étaient séparés de fait *(Cass. civ. 1re, 28 sept. 2001, n° 10-18.290)*. La fongibilité des sommes déposées sur un compte bancaire conduit à faire prévaloir la présomption même si des fonds propres ont alimenté le compte *(sous réserve d'un éventuel droit à récompense : C. civ., art. 1433, al. 2)*.

Jurisprudence

Sauf preuve contraire, les sommes déposées par une épouse sur le compte bancaire de son mari pour régler les mensualités d'un emprunt sont des acquêts, dès lors que la nature de propre de ces fonds ne peut être déduite du seul fait qu'ils proviennent d'un compte personnel, et qu'ainsi l'épouse ne saurait prétendre à une récompense pour ces versements *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2008, n° 07-16.545)*.

N'inverse pas la charge de la preuve, la cour d'appel qui retient que, dans l'impossibilité de distinguer les titres acquis par succession et ceux acquis pendant la communauté, avant et après le règlement de la succession, il y a lieu de qualifier d'acquêts les valeurs mobilières inscrites sur les comptes-titres communs *(Cass. civ. 1re, 30 avr. 2014, n° 13-13.579)*.

La présomption est également importante **à l'égard des tiers**. En effet, le paiement des dettes dont chaque époux est tenu peut être poursuivi sur les biens communs *(C. civ., art. 1413)*. Le créancier d'un époux peut ainsi profiter de la présomption lorsqu'il procède à une saisie. À l'inverse, le bénéficiaire d'une donation est tenu de prouver que l'objet de celle-ci est un propre pour échapper à l'action en nullité

de cette donation sur le fondement des articles 1422 et 1427 du Code civil *(Cass. civ. 1re, 6 nov. 2019, n° 18-23.913)*.

Enfin, chaque époux a le **pouvoir d'administrer et de disposer** seul des biens communs *(C. civ., art. 1421)*. Le cocontractant d'un époux peut donc s'appuyer sur la présomption pour ne pas vérifier le caractère propre ou commun du bien, objet du contrat.

2 Le renversement de la présomption

La présomption est simple. L'époux qui invoque le caractère propre d'un bien doit en principe en rapporter la **preuve par écrit**. Ce qui peut ne pas être suffisant dès lors qu'un acte sous signature privée n'a pas de date certaine.

Jurisprudence

Le bien acquis au moyen d'une promesse sous signature privée, qui n'a été réitérée en la forme authentique qu'après le mariage et n'a donc pas acquis date certaine avant celui-ci, doit être qualifié d'acquêt *(Cass. civ. 1re, 16 avr. 1996, n° 94-11.129)*.

L'exigence de l'écrit est écartée dans trois hypothèses :

- pour les biens portant en eux-mêmes la marque de leur origine (biens propres par nature, souvenirs de famille) ;
- à défaut d'inventaire ou de preuve préconstituée, le juge peut prendre en considération d'autres écrits (papiers domestiques, factures, documents de banque) ;
- selon le droit commun de la preuve, en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit ou lorsque la preuve

est rapportée par un tiers, la preuve par tous moyens est admise.

II. Les biens propres

A Les propres par nature

(C. civ., art. 1404)
« Forment des propres par nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, ***les vêtements*** *et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les* ***actions en réparation d'un dommage corporel ou moral****, les* ***créances et pensions incessibles****, et, plus généralement, tous les* ***biens qui ont un caractère personnel*** *et tous les* ***droits exclusivement attachés à la personne*** *».*

« Forment aussi des propres par leur nature, mais, ***sauf récompense*** *s'il y a lieu, les* ***instruments de travail nécessaires à la profession*** *de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté. »*

Même s'il a été acquis pendant la communauté, **un bien doit être qualifié de propre lorsqu'il se rattache à la personne d'un époux**. Par exemple, les dommages-intérêts versés au titre d'une action en réparation d'un **dommage corporel ou moral** sont propres, sauf en ce qui concerne l'indemnisation des **préjudices professionnels** qui constitue un substitut de rémunération.

Jurisprudence

Le contrat ouvrant droit à une **retraite complémentaire** est un propre par nature même si les cotisations ont été payées au moyen de deniers communs ; sa valeur n'a donc pas à être intégrée à l'actif de la communauté *(Cass. civ. 1re, 30 avr. 2014, n° 12-21.484)*.

Les droits résultant de l'attribution, pendant le mariage, à un époux commun en biens, d'une **option de souscription ou d'achat d'actions** (stock-options ; droits préférentiels de souscription) forment des propres par nature *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-15.948)*.

Le **bail rural**, strictement personnel au preneur, n'entrant pas en communauté et ne conférant de droits qu'à celui-ci, l'indemnité du preneur sortant ne constitue pas un actif de la communauté *(Cass. civ. 1re, 8 avr. 2009, n° 07-14.227)*.

L'époux de l'exploitant du fonds de commerce commun n'a pas la qualité de co-preneur du **bail commercial**, dès lors que son conjoint est seul titulaire de ce bail qui n'a fait l'objet d'aucune modification, si bien que le bailleur peut ne signifier le congé qu'à son seul preneur *(Cass. civ. 3e, 28 mai 2008, n° 07-12.277 ; égal. Cass. civ. 3e, 17 sept. 2020, n° 19-18.435)*.

Le capital versé au titre d'un contrat d'**assurance garantissant le risque d'invalidité**, réparant une atteinte à l'intégrité physique, a un caractère personnel de sorte qu'il constitue un bien propre par nature *(Cass. civ. 1re, 17 nov. 2010, n° 09-72.316 ; comp. lorsque l'assurance invalidité désigne le prêteur comme bénéficiaire : Cass. civ. 1re, 1er déc. 1987, n° 85-15.260)*.

Les instruments de travail d'un époux n'ont un caractère personnel qu'à la condition que l'entreprise soit propre à cet époux. En revanche, les instruments, qui sont l'accessoire d'un fonds de commerce, d'un fonds libéral ou d'un fonds rural appartenant à la communauté, constituent des biens communs.

Jurisprudence

Si les stocks sont des biens communs (produits de l'industrie), les tonneaux et fûts sont des instruments nécessaires à l'exploitation viticole propre de l'époux *(Cass. civ. 1re, 19 déc. 2012, n° 11-25.264)*.

L'article 1404 du Code civil ne prévoit de récompense au profit de la communauté que lorsque des deniers communs ont servi à acquérir les instruments nécessaires à la profession de l'époux qui en est propriétaire. *A contrario*, aucune récompense n'est due à la communauté qui a financé l'acquisition d'un bien propre par nature au sens de l'article 1404, alinéa 1er (prix d'un vêtement à usage personnel, cotisations de retraite complémentaire).

B Les propres acquis avant le mariage ou à titre gratuit

(C. civ., art. 1405, al. 1er)
« *Restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs.* »

Par application de la présomption d'acquêt, c'est à l'époux qui se prétend propriétaire d'établir que le bien a été acquis soit avant le mariage, soit pendant le mariage à titre gratuit ou par l'effet de la possession (prescription acquisitive) ayant commencé avant le mariage.

Par exception :

- le contrat de mariage peut stipuler une clause d'apport de biens propres à la communauté ;
- la libéralité peut stipuler une clause d'entrée en communauté selon laquelle les biens qui en font l'objet appartiendront à la communauté. Sauf stipulation contraire, les biens sont communs si la libéralité est faite aux deux époux conjointement *(C. civ., art. 1405, al. 2)*.

C Les propres par accessoire et par subrogation

Sauf récompense s'il y a lieu, forment des propres les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre *(C. civ., art. 1406, al. 1er)* : construction même financée par des deniers communs sur un terrain propre *(Cass. com., 24 juin 2003, n° 00-14.645)* ; véhicule professionnel acquis à titre accessoire d'un cabinet d'agent d'assurances *(Cass. civ. 1re, 22 nov. 2005, n° 02-14.927)*.

Jurisprudence

Les bénéfices réalisés par une société ne deviennent des fruits ou des revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont attribués sous forme de dividendes. Ce n'est pas le cas des bénéfices distribuables ayant servi à augmenter le capital avec attribution gratuite aux associés, après incorporation de réserves, de parts nouvellement créées qui constituent des propres *(Cass. civ. 1re, 12 déc. 2006, n° 04-20.663)*.

Forment des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi *(C. civ., art. 1406, al. 2)*.

La subrogation a lieu **de plein droit** en cas de remplacement. Par exemple, sont des propres, le prix de la vente d'un propre, l'indemnité d'assurance suite à la dégradation ou destruction d'un propre ou encore le bien de remplacement d'un propre en exécution de la garantie de conformité. C'est la raison pour laquelle la communauté doit récompense quand elle a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre *(C. civ., art. 1433)*. Enfin, est également un propre le bien acquis en échange d'un bien propre, à moins que la soulte mise à la charge de la communauté soit supérieure à la valeur du bien cédé *(C. civ., art. 1407)*.
En revanche, la subrogation est **subordonnée à une déclaration d'emploi** ou de remploi lorsqu'un époux acquiert un bien au moyen de deniers propres (v. *infra*).

Jurisprudence

Les titres acquis en contrepartie de l'apport en société d'un bien propre sont des propres, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une déclaration d'emploi *(Cass. civ. 1re, 27 mai 2010, n° 09-11.894)*.

En revanche, l'acquisition d'actions au moyen de deniers propres, sans la double déclaration d'origine des deniers et de remploi, ne permet pas la subrogation, de sorte que les actions ne sont propres qu'avec l'accord de deux époux *(Cass. civ. 1re, 8 oct. 2014, n° 13-24.546)*.
C'est dire qu'il faut distinguer **l'apport en nature (subrogation de plein droit)** et **l'apport en numéraire (subrogation par remploi)**.

Par l'effet de la subrogation réelle, le prix de vente qui remplace le bien propre cédé est lui-même un propre, ce qui exclut que la plus-value due à l'évolution du marché ou l'érosion monétaire, résultant de cette opération, puisse être assimilée à des fruits et revenus entrant dans la communauté *(Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 18-11.794)*.

D L'acquisition des parts indivises

La portion d'un bien indivis acquis, par licitation ou autrement, par l'**époux indivisaire** ne forme pas un acquêt *(C. civ., art. 1408)*. La règle est d'ordre public, de telle sorte que les époux dont l'un seulement est indivisaire ne peuvent acquérir ensemble les autres quotes-parts de l'indivision *(Cass. civ. 1re, 13 oct. 1993, n° 91-21.132)*.
Si des deniers communs ont servi à l'acquisition, la communauté a droit à récompense.
Par exception, l'article 1408 peut être écarté par une convention passée pendant l'instance de divorce ou après dissolution de la communauté.

Jurisprudence

Une clause de la convention de divorce peut stipuler que l'immeuble propre du mari, propriétaire d'un quart par succession et des trois quarts par licitation, est un bien commun, la communauté ayant fourni les deniers pour rembourser les emprunts contractés en vue de la licitation *(Cass. civ. 1re, 11 juin 2003, n° 99-14.612)*.

III. La distinction du titre et de la finance

Certains biens ne sont acquis qu'en considération de la personne d'un époux. Les prérogatives attachées à leur propriété (titre) appartiennent à ce seul époux qui est donc considéré, notamment à l'égard des tiers, comme le seul propriétaire du bien. Cependant, la valeur de ces biens (finance) entre en communauté.

- Les **titres donnant accès à une profession**, tels que les offices ministériels (huissier, notaire, avocat aux conseils) ou les autorisations administratives d'exploiter (transport routier de

marchandises, concession de parc à huître, licence d'exploitation d'une pharmacie), sont propres à l'époux qui en est titulaires. En revanche, leur valeur patrimoniale entre en communauté.

- L'époux qui acquiert des **parts sociales** durant le mariage a seul la qualité d'associé *(C. civ., art. 1832-2, al. 2, sauf notification du conjoint : art. 1832-2, al. 3)*. Mais la valeur de ces parts est portée à l'actif de la communauté, ainsi que les bénéfices et dividendes *(Cass. civ. 1re, 28 mars 2018, no 17-16.198)*.

Jurisprudence

La valeur des parts présente un caractère commun dès lors que la société a été immatriculée après le mariage, peu importe que les statuts aient été signés avant *(Cass. civ. 1re, 8 oct. 2014, no 13-21.879)*.

Seul l'associé a qualité pour percevoir les dividendes à l'exclusion de son conjoint *(Cass. civ. 1re, 5 nov. 2014, no 13-25.820)*.

Lors du partage consécutif à la dissolution de la communauté, les parts ne peuvent être attribuées qu'au titulaire des droits sociaux *(Cass. civ. 1re, 4 juil. 2012, no 11-13.384)*.

L'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle procède à une distinction proche de celle du titre et de la finance. Le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité (droit moral) reste propre à l'époux auteur ou à celui des époux à qui de tels droits ont été transmis.
En revanche, les produits pécuniaires provenant de l'exploitation ou de la cession totale ou partielle du droit d'exploitation (droits patrimoniaux) sont soumis au droit commun des régimes matrimoniaux lorsqu'ils ont été acquis pendant le mariage. En régime de communauté, les produits de l'exploitation ou de la cession d'une œuvre sont donc intégrés à l'actif de la communauté.

§2 Le passif de la communauté

I. Les dettes ordinaires

L'obligation à la dette contractée par un époux détermine les biens sur lesquels le créancier dispose d'un recours. Après paiement du créancier, la contribution à la dette permet d'attribuer la charge définitive de la dette soit à la communauté soit à l'époux débiteur. Une dette peut être commune quant à l'obligation (recours possible du créancier sur les biens communs), mais personnelle quant à la contribution (dette contractée dans l'intérêt personnel d'un époux). Si les biens communs ont servi à acquitter une telle dette, la communauté a un droit à récompense contre l'époux débiteur. À l'inverse, une dette peut être personnelle quant à l'obligation, mais commune quant à la contribution. Si une telle dette a été acquittée au moyen de biens propres, l'époux ayant fourni la « *valeur empruntée* » a droit à récompense.

A L'obligation à la dette

1 Le principe de l'engagement de la communauté pour toutes les dettes nées pendant la communauté

(C. civ., art. 1413)
*« Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, **pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté**, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu **fraude** de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, **sauf la récompense** due à la communauté s'il y a lieu. »*

(C. civ., art. 1414, al. 1er)
*« Les **gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint** que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. »*

La communauté se compose passivement des dettes nées pendant la communauté *(C. civ., art. 1409)*. Dès lors que le **fait générateur de la dette a eu lieu pendant la communauté**, celle-ci est engagée *(Cass. civ. 1re, 25 févr. 2003, no 00-22.672)*. Le créancier peut agir sur les biens propres de l'époux débiteur et sur les biens communs. Peu importe que la dette soit exigible ou non au jour de la dissolution de la communauté *(Cass. civ. 1re, 17 juin 1986, no 85-10.204)*. Peu importe qu'elle ait été souscrite dans l'intérêt personnel de l'époux contractant, celui-ci devra seulement récompense à la communauté. Peu importe enfin la nature de la dette (contractuelle ou extracontractuelle).

En revanche, les dettes communes contractées par un seul époux n'engagent **pas les biens propres du conjoint** *(C. civ., art. 1418, al. 1er)*, sauf en cas de solidarité ménagère *(C. civ., art. 220)*. Par exemple, la dette d'exploitation contractée par un seul époux, exploitant un fonds de commerce appartenant ou non à la communauté, engage les biens propres de cet époux et les biens communs mais pas les biens propres de son conjoint. Cependant, s'agissant d'une dette professionnelle, seul le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel est engagé, lequel

comprend les biens (propres ou communs) utiles à l'activité professionnelle indépendante, sauf renonciation *(C. com., art. L. 526-22 et s.)*.

Les **gains et salaires du conjoint**, qui constituent des biens communs, ne peuvent pas non plus être saisis par les créanciers, sauf en cas de solidarité ménagère *(C. civ., art. 1414)*. Cependant, le versement des gains et salaires sur un compte courant ou de dépôt risque de faire obstacle à leur individualisation car d'autres sommes saisissables peuvent y figurer. Si le compte fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire, il est laissé au conjoint de l'époux débiteur une somme équivalente, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédent la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédent la saisie *(CPC exéc., art. R. 162-9)*.

Enfin, si les deux époux s'engagent solidairement, la dette est réputée entrer en communauté du chef des deux époux *(C. civ., art. 1418, al. 2)*, de sorte que le créancier aura une action sur les biens propres des deux époux et sur les biens communs.

Lorsqu'un époux fait l'objet d'une **procédure collective**, les biens communs sont soumis à cette procédure. Par conséquent, les créanciers de l'époux *in bonis* doivent déclarer leurs créances pour espérer être payés sur la vente des biens communs. D'autant que ces créanciers sont soumis à la règle de la suspension des poursuites sur les biens communs *(Cass. ass. plén., 23 déc. 1994, n° 90-15.305)*. Ils ne peuvent pas non plus, après la mise en place de la procédure collective, inscrire une sûreté sur un bien commun *(Cass. com., 20 mai 1997, n° 94-10.997)*.

2 L'exception des cautionnements et emprunts

(C. civ., art. 1415)
« Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

a) L'exigence du consentement du conjoint pour engager la communauté

Le consentement exprès du conjoint de l'époux débiteur doit être donné au plus tard au moment de la conclusion du contrat. Il permet d'**étendre le droit de gage général du créancier aux biens communs.** Le conjoint n'engage pas ses biens propres.

À défaut de consentement, le créancier ne peut saisir que les biens propres de l'époux ayant contracté le cautionnement ou l'emprunt, ainsi que ses revenus, à condition que ces gains et salaires n'aient pas été transformés en acquêts *(Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-16.078 qui valide la saisie du compte de dépôt alimenté par les revenus, mais condamne le refus de mainlevée des saisies du plan d'épargne logement et du compte-titres ouverts au nom du mari)*.

C'est au créancier de prouver contre la présomption d'acquêts des sommes déposées sur un compte ouvert au nom de l'époux débiteur, en démontrant que le compte était alimenté exclusivement par les revenus de ce dernier *(Cass. civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 02-20.636)*. Le compte alimenté par les revenus des deux époux n'est à l'évidence pas saisissable.

Jurisprudence

Le consentement du conjoint n'a pas pour effet de lui conférer la qualité de partie à l'acte et aucune disposition légale ou réglementaire n'impose au créancier bénéficiaire du cautionnement de fournir des informations ou une mise en garde au conjoint de son cocontractant, préalablement à son consentement exprès *(Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-20.304)*.

Le consentement du conjoint requis par l'article 1415 n'est soumis à aucun formalisme *(Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-24.184)*. Toutefois, il doit être exprè s, ce qui exclut tout consentement tacite ou implicite.

Dès lors qu'un époux ne peut engager que ses biens propres par un emprunt immobilier contracté, sans le consentement de son conjoint, pour financer un bien commun, l'hypothèque légale du prêteur de deniers est inefficace à défaut de consentement du conjoint à l'emprunt *(Cass. civ. 1re, 5 mai 2021, n° 19-15.072, relatif au privilège du prêteur de deniers remplacé par une hypothèque légale par l'Ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés)*. Il s'ensuit que le commandement de payer valant saisie immobilière du bien grevé, délivré par le créancier impayé, est nul et la responsabilité du notaire engagée pour manquement à son obligation d'assurer l'efficacité de l'acte.

b) Le domaine de l'exigence du consentement

– L'article 1415 est applicable aux **sûretés personnelles** : garantie autonome *(Cass. civ. 1re, 20 juin 2006, n° 04-11.037)* ; aval d'un effet de commerce *(Cass. com., 4 févr. 1997, n° 94-19.908)*.

En revanche, le contrat de société civile (ou de toute société à risque illimité), qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, n'est pas assimilé à un cautionnement *(Cass. civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 02-16.595)*.

La jurisprudence a également exclu l'application de l'article 1415 à la sûreté réelle consentie par un époux et portant sur un bien commun pour garantir la dette d'autrui car cette sûreté n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui. C'est la raison pour laquelle l'article 1422, alinéa 2, prévoit désormais que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter un bien de la communauté à la garantie de la dette d'un tiers.

– L'article 1415 est applicable à **tout type d'emprunt** : découvert en compte courant *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-24.616)* ; emprunt souscrit pour le compte d'une société en formation et non repris après immatriculation *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-20.356)*.

– L'article 1415 est applicable aux **régimes de communauté ou assimilés** : communauté universelle *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-24.616)* ; biens qualifiés d'acquêts par le contrat de mariage (clause de société d'acquêts) lorsque les époux sont séparés de biens *(Cass. civ. 1re, 25 nov. 2003, n° 02-12.942)*.

Jurisprudence

Doit ainsi être cassé l'arrêt qui condamne l'épouse, mariée sous le régime de la communauté universelle, à payer au créancier une somme correspondant au solde débiteur du compte ouvert au nom de son mari, sans constater soit le consentement de celle-ci au fonctionnement du compte à découvert, soit que le découvert avait porté sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, préc.)*.

En revanche, **l'article 1415 n'est pas applicable** :

– Aux emprunts portant sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et dont le montant n'est pas excessif au regard du train de vie du ménage *(C. civ., art. 1409)* ;
– En cas d'engagements simultanés des époux.

Jurisprudence

La communauté est engagée lorsque les époux se sont engagés en termes identiques sur le même acte de prêt en qualité de caution pour la garantie de la même dette *(Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-18.644 ; contra, pour des cautionnements par actes séparés en garantie d'une même dette : Cass. civ. 1re, 8 mars 2005, n° 01-12.734 ; Cass. civ. 1re, 12 oct. 2004, n° 01-16.946)*.

Lorsque les cautionnements d'époux communs en biens ont été recueillis au sein du même acte pour garantir la même dette et que l'un des cautionnements est annulé, la seule signature au pied de cet engagement ne vaut pas consentement exprès au cautionnement de l'autre conjoint, emportant engagement des biens communs *(Cass. com., 29 sept. 2021, n° 20-14.213)*.

B La contribution à la dette

1 La présomption de dettes communes

Le critère de la contribution aux dettes est simple : le patrimoine qui a profité de la dépense doit en assumer la charge définitive. Néanmoins, **toute dette née durant la communauté est présumée avoir été faite dans l'intérêt commun**. Par conséquent, c'est à l'époux qui prétend que la dette doit s'imputer sur les propres de son conjoint d'établir que celui-ci a souscrit l'engagement dans son intérêt personnel *(Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 16-13.323 ; Cass. civ. 1re, 8 juil. 2010, n° 09-14.230)*. Ainsi, une dette d'emprunt non consentie par le conjoint, et qui, par conséquent, n'engage que les propres de

l'époux débiteur (personnelle quant à l'obligation) est, sauf preuve contraire, à la charge définitive de la communauté (commune quant à la contribution). La communauté devra donc récompense à l'époux ayant remboursé avec ses deniers propres, à moins que son conjoint démontre que l'emprunt a été contracté dans l'intérêt personnel de l'époux débiteur.

Jurisprudence

Peu importe que la dette souscrite par un époux soit manifestement disproportionnée aux revenus du couple et/ou qu'elle résulte d'un prêt ou d'un cautionnement, elle doit être supportée par la communauté, à titre définitif, dès lors qu'il n'est pas établi que l'époux débiteur a souscrit l'engagement dans son intérêt personnel ou en méconnaissance des devoirs du mariage *(Cass. civ. 1re, 17 oct. 2018, n° 17-26.713 ; Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 16-13.323)*. La contribution à la dette de la communauté ne dépend ni des critères de la solidarité ménagère *(C. civ., art. 220)*, ni de la condition du consentement du conjoint pour engager les biens communs par un e mprunt ou un cautionnement *(C. civ., art. 1415)*.

« Lorsque le divorce a été prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal peut décider d'en faire supporter la ***charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel*** *ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise » (C. civ., art. 1387-1)*. Le tribunal peut ainsi **transformer une dette commune en dette personnelle** mais, selon les premières décisions rendues par les juges du fond, uniquement au regard de la contribution à la dette.

2 Les dettes personnelles

La communauté qui a acquitté une dette personnelle de l'époux a droit à récompense :

– **Dette contractée dans l'intérêt personnel d'un *époux*** *(C. civ., art. 1416 et 1437)*. La dette est contractée dans l'intérêt personnel de l'époux lorsqu'elle a servi à **acquérir, conserver ou améliorer un bien propre.** Il suffit de démontrer que la dépense a enrichi les propres d'un époux au détriment de la communauté pour contrer la présomption de dettes communes.

  Récompense est due même si la dépense a été financée au moyen des revenus du bien propre acquis, conservé ou amélioré.

  En revanche, les dépenses d'entretien du propre, les intérêts du prêt ayant permis son acquisition ou encore l'impôt foncier qu'il génère font partie du passif définitif de la communauté car celle-ci profite des fruits et revenus des propres *(not. Cass. civ. 1re, 31 mars 1992, Authier, n° 90-17.212)*.

  Enfin, une dette peut être qualifiée de personnelle en dehors de l'enrichissement des propres d'un époux *(Cass. civ. 1re, 31 oct. 2007, n° 06-18.572)*.

Jurisprudence

Si la communauté a financé un bien appartenant à des tiers (parents de l'épouse) qui, par la suite, a fait l'objet d'une donation au profit de l'épouse, celle-ci ne doit pas récompense *(Cass. civ. 1re, 26 mai 1999, n° 97-13.064)*.

Jurisprudence

La dette commune (contractuelle), née de la violation d'une obligation de non-concurrence, et ainsi de l'exercice de la profession du mari qui a subvenu aux besoins du ménage, est à la charge définitive de la communauté, dès lors qu'elle n'a été contractée ni dans l'intérêt personnel de l'époux, ni au mépris des devoirs du mariage *(Cass. civ. 1re, 16 mars 2004, n° 02-12.073)*.

– **Dettes de responsabilité pénale et extracontractuelle** *(C. civ., art. 1417, al. 1er)*. La communauté a droit à récompense si elle a acquitté les amendes pénales dues par un époux, ainsi que les dommages-intérêts et dépens auxquels il a été condamné pour des délits ou quasi-délits. La solution devrait s'étendre à toute sanction ayant le caractère d'une punition (pénalités consécutives à un redressement fiscal, amende administrative ou civile). Le droit à récompense est toutefois exclu si la communauté a retiré un profit du comportement de l'époux. Ce profit doit être déduit de la récompense due par l'époux.

Jurisprudence

L'**impôt sur le revenu** des personnes physiques auquel sont assujettis des époux communs en biens pour les revenus qu'ils perçoivent pendant la durée de la communauté constitue une dette commune définitive. Il en va de même des dépenses relatives au redressement fiscal *(Cass. civ. 1re, 19 févr. 1991, no 88-19.303)*.
En revanche, **les pénalités dues par un époux à la suite du redressement restent à la charge définitive du patrimoine propre** *(Cass. civ. 1re, 20 janv. 2004, no 01-17.124)*.

La confiscation d'un bien commun prononcée en répression d'une infraction commise par l'un des époux emporte sa dévolution pour le tout à l'État, sans que ce bien demeure grevé des droits de l'époux non condamné pénalement, y compris lorsque ce dernier est de bonne foi *(Cass. crim., 9 sept. 2020, no 18-84.619 ; comp. lorsque le bien confisqué est indivis : Cass. crim., 3 nov. 2016, no 15-85.751)*.

– **Dettes contractées au mépris des devoirs du mariage** *(C. civ., art. 1417, al. 2)*. La présomption de dettes communes est exclue lorsque les deniers communs ont, par exemple, financé une dépense d'entretien d'une relation adultère ou des dettes de jeu.

II. Les dettes soumises à un régime particulier

A Les dettes communes par nature

La communauté se compose passivement, à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes ménagères au sens de l'article 220 du code civil *(C. civ., art. 1409, al. 1er)*.

1 Les dettes ménagères

a) L'obligation à la dette

L'article 220 du Code civil fixe les conditions de la solidarité légale qui permet d'engager les biens propres du conjoint de l'époux ayant contracté la dette. De son côté, l'article 1409 pose que la dette ménagère, **qu'elle soit solidaire ou non,** engage la communauté (comme une dette ordinaire). Cependant, les gains et salaires du conjoint de l'époux ayant contracté la dette ménagère ne peuvent être saisis *« que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220 » (C. civ., art. 1414, al. 1er)*. Le renvoi à l'article 220 est imprécis : pour que les gains et salaires du conjoint de l'époux contractant soient saisis, suffit-il que la dette soit ménagère ou faut-il de surcroît qu'elle soit solidaire ? À ce jour, la Cour de cassation n'a pas répondu à cette question.

b) La contribution à la dette

La même difficulté se présente pour la contribution à la dette puisque l'article 1409 prévoit que la dette contractée « *conformément à l'article 220* » est à la charge définitive de la communauté. Suffit-il que la dette soit ménagère ou faut-il de surcroît qu'elle soit solidaire ? La dette ménagère étant par hypothèse contractée dans l'intérêt de la communauté, elle devrait être à la charge définitive de celle-ci, peu important que les conditions de la solidarité prévues par l'article 220 ne soient pas réunies.

2 Les dettes alimentaires

Elles engagent la communauté et sont à la charge définitive de celle-ci qu'elles soient dues par les deux époux ou un seul d'entre eux. Dans ce dernier cas, les propres et revenus du conjoint de l'époux débiteur ne sont pas engagés *(C. civ., art. 1414, al. 1er)*. Il importe peu que le fait générateur de la dette soit antérieur ou postérieur au

mariage (pension alimentaire au profit d'enfants non issus du couple et nés avant le mariage). La prestation compensatoire est toujours une charge personnelle de l'époux débiteur *(Cass. civ. 1re, 3 nov. 1988, n° 87-11.018)*.
Par exception, la dette contractée en violation des devoirs du mariage n'est pas à la charge de la communauté *(C. civ., art. 1417, al. 2)*.

B Les dettes personnelles par nature

1 L'identification des dettes personnelles par nature

Sont personnelles *(C. civ., art. 1410)* :

- **Les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage**. Seule doit être prise en considération la naissance (fait générateur) de la dette. Ainsi, la dette reste personnelle lorsqu'elle devient exigible après le mariage. Par exemple, la dette qui a son origine dans un fait dommageable antérieur au mariage est personnelle, peu importe que la condamnation de l'époux responsable intervienne après le mariage. Le créancier ne pourra pas agir sur les biens communs.
- **Les dettes dont se trouvent grevées les successions et libéralités** qui leur échoient durant le mariage, telles que les frais de succession ou les dettes du défunt.

2 L'obligation à la dette

a) L'engagement des biens propres et des revenus

Il résulte de l'article 1411 du Code civil que le paiement des dettes nées avant le mariage et grevant les successions ou libéralités d'un époux ne peuvent être poursuivies que sur les biens propres de cet époux et sur ses revenus (gains et salaires ; revenus des propres). Bien que les revenus de l'époux débiteur soient des biens communs,

celui-ci peut les engager par une dette personnelle. La règle s'explique par la corrélation entre les pouvoirs exclusifs de l'époux pour disposer de ses revenus et l'obligation à la dette.

b) L'exception de confusion du mobilier

Le créancier d'une dette personnelle peut saisir les biens de la communauté lorsque le mobilier qui appartient à l'époux débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié à raison de la présomption d'acquêts de communauté *(C. civ., art. 1411, al. 2)*.

> **Attention** Cette exception est redoutable car elle permet au créancier de saisir tous les biens communs en cas de confusion d'un seul meuble propre de l'époux débiteur avec les biens communs ! Et c'est à l'époux débiteur de prouver l'absence de confusion *(Cass. civ. 1re, 16 mai 2000, n° 98-17.409)*. En pratique, les époux ont intérêt à faire l'inventaire de leurs meubles propres avant le mariage et en cas de libéralité, pour se ménager la preuve d'une absence de confusion.

3 La contribution à la dette

L'époux débiteur a la charge définitive de la dette personnelle. Par conséquent, *« récompense est due à la communauté qui a acquitté la dette personnelle d'un époux » (C. civ., art. 1412)*. Il en va ainsi notamment lorsque le créancier disposait d'un recours sur les biens communs (exception de confusion du mobilier ; saisie des revenus de l'époux débiteur).

OBLIGATION À LA DETTE CONTRACTÉE PAR UN SEUL ÉPOUX			
Catégorie de dettes	Biens propres de l'époux débiteur	Biens communs	Biens propres du conjoint
Dettes nées pendant la communauté	OUI	OUI Sauf (i) gains et salaires du conjoint, (ii) exception de fraude	NON
Cautionnement/Emprunt	OUI	NON Sauf consentement exprès du conjoint	NON
Dettes ménagères	OUI	OUI	OUI si solidarité
Dettes alimentaires	OUI	OUI	NON
Dettes antérieures ou grevant une succession ou libéralité	OUI	NON	NON

CONTRIBUTION À LA DETTE CONTRACTÉE PAR UN SEUL ÉPOUX		
Catégorie de dettes	Charge définitive de la communauté	Charge définitive de l'époux débiteur
Dettes nées pendant la communauté dans l'intérêt commun	OUI	NON
Dettes nées pendant la communauté dans l'intérêt personnel de l'époux débiteur	NON	OUI
Dettes ménagères et alimentaires	OUI	NON
Dettes antérieures ou grevant une succession ou libéralité	NON	OUI

POUR ALLER PLUS LOIN…

– E. BLARY-CLEMENT, Dettes professionnelles et divorce : retour sur l'article 1387-1 du Code civil, RJPF, n° 5, mai 2020
– E. BERRY, La contribution à la dette d'un emprunt contracté par un époux seul sans le consentement de son conjoint, RLDC 2019, n° 167, p. 23

– S. LAMBERT, Le sort du conjoint *in bonis* engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective, RTD com. 2007, p. 485
– M. NICOLLE, L'article 1413 du Code civil et les voies d'exécution, D. 2017, p. 593

Fiche n° 21 Le régime légal : l'administration des biens

⏭ L'ESSENTIEL

Suivant une logique de corrélation des pouvoirs et du passif, toute dette née pendant la communauté engageant celle-ci, il est logique (et pragmatique) que chaque époux puisse accomplir tout acte relatif aux biens communs (gestion concurrente). Cependant, cinq types d'actes graves portant sur les biens communs sont soumis à la règle de la cogestion. À l'inverse, chaque époux dispose d'un pouvoir exclusif de gestion sur ses gains et salaires et pour accomplir les actes nécessaires à l'exercice d'une profession séparée. Par principe, les époux disposent d'un pouvoir exclusif sur leurs biens propres. Mais il existe des exceptions (logement familial) et des tempéraments (mandat, transfert judiciaire). Surtout, l'époux qui acquiert un bien au moyen de deniers propres doit respecter la formalité du remploi s'il souhaite que le bien acquis soit lui-même qualifié de propre.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'administration des biens communs

I. Le principe de la gestion concurrente des biens communs

(C. civ., art. 1421, al. 1er)
« Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre. »

Chaque époux peut accomplir seul les actes de conservation, d'administration ou de disposition relatifs aux biens communs : vendre une voiture, consentir un bail d'habitation (sauf sur le logement familial), exercer la faculté de renonciation à un contrat d'assurance-vie souscrit par les deux époux, etc.

Les pouvoirs concurrents des époux sur les biens communs leur donnent qualité pour exercer toutes actions en justice relatives aux biens communs. Les décisions rendues à l'encontre d'un conjoint concernant les biens communs sont opposables à l'autre.

Jurisprudence

Si l'emploi par un époux des deniers communs est présumé avoir été fait dans l'intérêt de la communauté, il doit, lors de la liquidation, s'il en est requis, informer son conjoint de l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté *(Cass. civ. 1re, 14 févr. 2006, n° 03-20.082)*. Les juges du fond peuvent ainsi décider que, compte tenu de l'importance de la somme prélevée sur le compte commun par l'épouse (39 000 euros), et à défaut pour celle-ci de justifier de son affectation, les deniers prélevés devaient être réintégrés dans l'actif communautaire.

L'exercice fautif de la gestion concurrente peut donner lieu à **deux sanctions** :

– Chaque époux engage sa **responsabilité s'il commet une faute de gestion**, c'est-à-dire s'il conclut un ou plusieurs actes

manifestement contraires à l'intérêt de la communauté.

Jurisprudence

Commet une faute de gestion, l'épouse qui a souscrit vingt-cinq prêts à la consommation, a imité la signature de son mari en le laissant dans l'ignorance de l'endettement et n'a donné aucune explication quant à l'objet de ces prêts *(Cass. civ. 1re, 14 mars 2012, n° 11-15.369)*.

– **L'acte frauduleux est inopposable au conjoint** de l'époux contractant. La fraude suppose la connivence entre l'un des époux et un tiers en vue de conclure d'un acte contraire aux intérêts de la communauté.

Jurisprudence

La fraude commune à un époux et à un tiers entraîne la nullité des actes conclus entre eux et non pas seulement leur inopposabilité au conjoint *(Cass. civ. 1re, 31 janv. 1984, n° 82-15.044)*.

II. Les exceptions à la gestion concurrente des biens communs

A Les actes soumis à la cogestion

En raison de leur gravité, certains actes ne peuvent être conclus qu'avec le consentement des deux époux :

– **Donation de biens communs**.

(C. civ., art. 1422, al. 1er)
« Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté. »

Si le consentement de l'un des époux à la donation est vicié (vice du consentement, trouble mental), la victime ou ses héritiers peuvent agir en nullité dans les conditions du droit commun *(not. sur les conditions de l'action en nullité pour trouble mental : C. civ., art. 414-1 et s.)*.

Jurisprudence

Chaque époux a le pouvoir de disposer seul de ses **gains et salaires** *(C. civ., art. 223)*, à titre gratuit ou onéreux, après s'être acquitté de sa part des charges du mariage, à condition que ces sommes n'aient pas été économisées. L'époux qui a contribué aux charges du mariage (laisser la jouissance de son immeuble à son épouse, versement d'une pension alimentaire) peut donc verser régulièrement une partie de ses gains et salaires à sa maîtresse pour lui constituer un patrimoine foncier *(Cass. civ. 1re, 29 févr. 1984, n° 82-15.712)*. Mais si les gains et salaires ont été épargnés, l'époux doit de nouveau obtenir le consentement de son conjoint pour en disposer à titre gratuit. Les libéralités consenties par un époux commun en biens, sans le consentement de son épouse, au moyen de sommes provenant de ses gains et salaires sont nulles lorsque ces sommes ont été économisées *(Cass. civ. 1re, 20 nov. 2019, n° 16-15.867)*.

Un époux peut procéder seul à un **legs sur des biens communs** mais celui-ci ne peut excéder la part du disposant dans la communauté *(C. civ., art. 1423)*. Si le legs porte sur un bien particulier, le légataire ne peut le réclamer en nature que si ce bien tombe, après partage, dans le lot des héritiers du testateur. À défaut, le légataire n'a droit qu'à la valeur du bien légué prise sur la succession du testateur (*i.e.* sa part dans la communauté et ses biens personnels). L'article 1423 n'est pas applicable aux héritiers, de sorte qu'un testament-partage ne peut pas porter sur des biens communs. Si un ascendant peut partager, par anticipation, sa succession, cette faculté est limitée aux biens dont il est propriétaire et ne peut être étendue aux biens communs ni aux biens propres de son époux *(Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 17-17.493)*, étant entendu que le testament conjonctif est prohibé en droit français *(C. civ., art. 968)*. En revanche, la donation-partage conjonctive ou la donation-partage consentie avec l'accord du conjoint peut porter sur un bien commun.

– **Affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers.**

(C. civ., art. 1422, al. 2)
« [Les époux] ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens [communs] à la garantie de la dette d'un tiers », i.e. consentir une sûreté réelle pour autrui.

– **Aliénation et constitution de droits réels sur certains biens communs.** Le consentement des deux époux est exigé pour aliéner (vente, échange) ou grever de droits réels (usufruit, servitude, sûreté réelle) certains biens communs : immeubles ; fonds de commerce et exploitations ; droits sociaux non négociables (parts sociales) ; meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité (bateau, aéronef, n.b. : l'immatriculation n'ayant qu'une

valeur administrative, l'accord des conjoints n'est pas requis pour la vente d'une voiture).

(C. civ., art. 1424, al. 1er)
« Les époux (…) ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les ***capitaux provenant de telles opérations.*** *»*

Jurisprudence

Est nulle la cession de parts sociales d'une entreprise artisanale opérée par le mari sans le consentement de son épouse, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la cession était nécessaire à la poursuite de l'activité professionnelle *(Cass. civ. 1re, 28 févr. 1995, n° 92-16.794)*.

– Transférer un bien commun dans un patrimoine fiduciaire.

(C. civ., art. 1424, al. 2)
« De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire. »

– Consentir certains baux sur les biens communs.

(C. civ., art. 1425)
« Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté. »

Nature des actes soumis à la cogestion	Biens communs soumis à la cogestion
Libéralités entre vifs (donations)	Tous biens communs, sauf les gains et salaires non économisés
Sûreté réelle pour autrui ; Transfert dans un patrimoine fiduciaire	Tous biens communs
Aliénation (vente, compromis d'arbitrage tendant au partage, échange) ; Constitution d'un droit réel (usufruit, servitude, sûreté réelle) ; Perception des capitaux provenant de l'opération (prix)	Immeuble ; Fonds rural, de commerce, artisanal ou libéral ; Droits sociaux non négociables ; Meubles corporels dont la cession est soumise à publicité
Bail commercial, artisanal ou rural	Immeuble

Un époux ne peut **employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables** sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte *(C. civ., art. 1832-2)*. La violation de cette obligation d'information entraîne la nullité de l'acte comme en cas de violation des règles de la cogestion. Le conjoint averti peut notifier à la société son intention d'être personnellement associé pour la moitié des parts. À défaut, l'époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition est seul associé. Si la notification a lieu lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si elle est postérieure, l'époux associé ne participe pas à la délibération sur l'agrément et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Les clauses d'agrément sont opposables au conjoint.

B Les actes relevant du pouvoir exclusif d'un époux

1 Les actes nécessaires à la profession séparée d'un époux

(C. civ., art. 1421, al. 2)
*« L'époux qui exerce une **profession séparée** a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. »*

Même si le fonds de commerce est un bien commun, l'époux exploitant a seul le pouvoir d'accomplir l'ensemble des **actes d'exploitation** (achat de matériels, vente des stocks, congé donné au bailleur, location-gérance).
Par exception, certains actes sont soumis à la **cogestion des biens communs** : cession de l'exploitation ; nantissement du fonds *(C. civ., art. 1424)*. Ainsi, l'exploitant ne peut céder ou nantir le fonds de commerce commun sans le consentement de son conjoint.

De plus, l'exploitant ne peut, sans le consentement de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de **conjoint travaillant dans l'entreprise** (collaborateur ou salarié), aliéner ou grever de droits réels les **éléments du fonds** de commerce ou artisanal dépendant de la communauté qui sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner le fonds en **location-gérance** *(C. com., art. L. 121-5)*. La règle s'applique au partenaire lié par un Pacs et au concubin.

Par ailleurs, si le conjoint du chef d'entreprise a la qualité de collaborateur, il peut accomplir des actes de gestion et d'administration (v. Fiche n° 18).

2 La gestion des gains et salaires

Chaque époux dispose du **pouvoir exclusif de percevoir ses gains et salaires et d'en disposer** *(C. civ., art. 223)*. Cependant, les gains et salaires économisés deviennent des biens communs.

Les époux disposent également d'un pouvoir de gestion exclusif sur les **revenus de leurs biens propres** qui résulte de la règle selon laquelle chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels *(C. civ., art. 225 et 1428)*.

Jurisprudence

L'épouse n'a pas qualité à agir en remboursement du compte courant d'associé dont son mari est seul titulaire, peu important que la somme provenant d'un tel remboursement dût figurer à l'actif de la communauté *(Cass. civ. 1re, 9 févr. 2011, n° 09-68.659)*.

3 L'exercice d'un droit personnel

Suivant la distinction du titre et de la finance, certains biens sont propres à un époux mais leur valeur patrimoniale fait partie de l'actif de la communauté. L'époux dispose sur ces biens d'un pouvoir de gestion exclusif. Par exemple, la qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition *(C. civ., art. 1832-2, al. 2)*.

En matière d'assurance-vie souscrite au moyen de biens communs, l'époux souscripteur dispose d'un droit personnel pour désigner le bénéficiaire et exercer la faculté de rachat ou d'arbitrage. En revanche, le contrat d'assurance-vie étant un bien commun (sauf s'il profite au conjoint bénéficiaire après dissolution du mariage par le décès du souscripteur), le souscripteur ne peut pas l'affecter à la garantie de la dette d'un tiers (cogestion).

C La sanction du dépassement de pouvoir d'un époux

(C. civ., art. 1427, al. 1er)
« Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. »

L'acte conclu par un époux en méconnaissance des règles de la cogestion ou de la gestion exclusive encourt la nullité.

L'action en nullité relative est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté *(C. civ., art. 1427, al. 2)*.

L'annulation ne laisse subsister aucune clause destinée à sanctionner l'inexécution du contrat. Le fait pour un époux de conclure un contrat en violation de la règle de cogestion ne constitue pas une faute. C'est dire qu'il appartient au cocontractant de l'époux de vérifier les pouvoirs de ce dernier.

Jurisprudence

La prescription spéciale de l'article 1427, alinéa 2, ne s'applique pas l'action tendant à l'annulation des actes subséquents à l'acte illicite, tels que la cession consentie au profit du sous-acquéreur *(Cass. civ. 1re, 17 févr. 2010, n° 09-11.447)*.

Si la prescription de l'action en nullité prévue à l'article 1427 est acquise, le conjoint de l'époux contractant ne peut agir sur le fondement de la fraude sanctionnée par l'article 1421, aliéna 1er dont le domaine est subsidiaire et réservé à l'hypothèse de la gestion concurrente *(Cass. civ. 1re, 23 mars 2011, n° 09-66.512)*.

III. Le transfert des pouvoirs d'un époux

(C. civ., art. 1426, al. 1er)
« Si l'un des époux se trouve, de manière durable, ***hors d'état de manifester sa volonté****, ou si sa* ***gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude****, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs (…) »*

L'habilitation judiciaire permet à l'époux requérant d'exercer les pouvoirs qui relève en temps normal de la gestion exclusive de son conjoint et/ou de priver ce conjoint de son pouvoir de gestion concurrente de la communauté.
Pour les actes soumis en temps normal à la cogestion, l'époux habilité doit en outre obtenir une autorisation judiciaire *(C. civ., art. 1426, al. 2)*.

L'époux privé de ses pouvoirs pourra en demander la restitution en établissant que leur transfert à l'autre conjoint n'est plus justifié *(C. civ., art. 1426, al. 3)*.

§2 L'administration des biens propres

I. Les pouvoirs de l'époux sur ses propres

A L'exclusivité des pouvoirs de l'époux sur ses propres

(C. civ., art. 1428)
« Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement. »

Ce principe connait deux tempéraments :

– La règle de la cogestion du logement familial et des meubles meublants est applicable que ces biens soient communs ou propres *(C. civ., art. 215, al. 3)*.
– L'époux qui a négligé de percevoir ou a consommé frauduleusement les fruits de ses propres doit les payer dans la limite de cinq années à titre de récompense à la communauté à la dissolution de celle-ci *(C. civ., art. 1403, al. 2)*.

B Le transfert des pouvoirs de l'époux

1 Le mandat exprès ou tacite

L'époux propriétaire peut **donner mandat** à son conjoint d'administrer ses propres *(C. civ., art. 218 et 1431)*. L'époux mandataire est, toutefois, dispensé de rendre compte des fruits, lorsque la procuration ne l'y oblige pas expressément.

L'époux qui gère les biens propres de l'autre, au su de celui-ci et sans opposition, est censé avoir reçu un **mandat tacite**, couvrant les actes d'administration et de jouissance, mais non les actes de disposition *(C. civ., art. 1432)*.

Jurisprudence

En sa qualité de souscripteur du contrat d'assurance, l'époux peut exercer une action contre un assureur pour obtenir l'indemnisation des conséquences d'un sinistre touchant les propres de son conjoint *(Cass. civ. 1re, 6 oct. 1993, n° 91-13.291)*.

Les actes de disposition peuvent toutefois être validés par application de la théorie du mandat apparent ou par ratification de l'époux

propriétaire *(pour un bail rural : Cass. civ. 3e, 18 mars 1998, n° 96-14.840)*.

2 Le transfert judiciaire des pouvoirs

L'époux propriétaire peut être dessaisi des droits d'administration et de jouissance de ses propres s'il se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire *(C. civ., art. 1429)*.

À moins que la nomination d'un administrateur judiciaire apparaisse nécessaire, le jugement confère au conjoint le pouvoir d'administrer les propres de l'époux dessaisi, ainsi que d'en percevoir les fruits. Les revenus des propres ainsi gérés doivent servir à payer les charges du mariage et l'excédent doit être employé au profit de la communauté.

L'époux dessaisi peut seulement disposer de la nue-propriété, et demander par la suite d'être rétabli dans ses droits si les causes du dessaisissement n'existent plus.

II. La subrogation réelle d'un propre

A La formalité du remploi

Tout bien acquis à titre onéreux pendant la communauté est commun, même s'il a été financé en tout ou partie par des fonds propres à un époux. Cependant, le bien acquis est propre si l'époux recourt à la subrogation par emploi (de deniers propres) ou remploi (lorsque les deniers proviennent de la vente d'un propre) dans les formes fixées par les articles 1434 et suivants du Code civil.

La formalité du remploi peut intervenir à trois moments :

1 **Lors de l'acquisition**, l'époux doit déclarer dans l'acte
– l'origine des deniers propres,
– que ces deniers servent à acquérir un bien propre.

La **double déclaration** est unilatérale, aucune intervention du conjoint n'est exigée. Il n'est pas nécessaire que les sommes utilisées soient exactement celles provenant de l'aliénation du bien propre, de sorte qu'il importe peu que le prix ait été payé au moyen d'un chèque tiré sur un compte ouvert au nom des deux époux *(Cass. civ. 1re, 5 janv. 1999, n° 96-11.512)*.

2 **L'emploi ou le remploi par anticipation** *(C. civ., art. 1435)*. L'époux acquéreur procède à une double déclaration unilatérale mais les fonds utilisés sont communs. Il doit alors, dans un délai de cinq ans à compter de la signature de l'acte, **rembourser la communauté** qui a financé l'acquisition du bien. À l'instar du remploi classique, le remploi par anticipation n'est pas subordonné au consentement du conjoint.

3 **Le remploi *a posteriori*** exige l'**accord des époux** pour qualifier de propre un bien acquis au moyen de deniers propres. Toutefois, le bien n'aura la qualité de propre que dans les rapports entre époux *(C. civ., art. 1434)*. **À l'égard des tiers, le bien sera commun**, relèvera de la gestion concurrente des époux et pourra être saisi par les créanciers du conjoint de l'époux propriétaire.

Jurisprudence

L'héritier n'étant pas un tiers, il lui appartient, s'il entend se prévaloir de l'existence d'une donation déguisée, d'établir que la somme remployée était en réalité commune *(Cass. civ. 1re, 25 sept. 2013, n° 12-21.280)*.

B Le remploi partiel

Le remploi est partiel lorsqu'une partie du prix a été payée par la communauté, celle-ci a alors droit à récompense. Toutefois, **si la contribution de la communauté excède le financement par remploi alors le bien acquis tombe dans la communauté**, sauf la récompense due à l'époux *(C. civ., art. 1436)*. Les juges du fond apprécient souverainement si la part des deniers propres dans le financement du bien excède ou non celle de la communauté *(Cass. civ. 1re, 5 mars 2008, n° 07-12.392)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

– E. NAUDIN, Apport en numéraire de deniers propres et absence de formalités du remploi, Rev. sociétés, 2015, n° 4, p. 249
– F. VAUVILLÉ, La cession de parts d'une SCI constituée au cours du mariage est soumise à cogestion, RJPF 2012, n° 3, p. 14
– S. CASTAGNÉ, Un mariage à trois : le commerçant, son conjoint, le fonds de commerce, JCP N 2006, n° 45, p. 1951

Fiche n° 22 Le régime légal : la dissolution de la communauté

⏭ L'ESSENTIEL

Si la dissolution du lien matrimonial par le jugement de divorce est instantanée, il en va autrement de la liquidation et du partage du régime matrimonial qui peuvent se prolonger plusieurs années. La dissolution de la communauté a d'abord pour effet d'ouvrir une indivision dont font notamment partie les biens communs et les dettes de la communauté. Outre la reprise des biens propres par les époux, la liquidation de la communauté implique de déterminer les récompenses dues à la communauté et par la communauté. Bien souvent, les récompenses sont des dettes de valeur, ce qui impose de revaloriser leur montant nominal en fonction du profit que la dépense a généré dans le « patrimoine emprunteur ». Une fois déterminé l'actif net de la communauté, celui-ci est partagé entre les époux ou entre un époux et les héritiers de son conjoint. L'égalité du partage est toutefois rompue au détriment de l'époux receleur. Enfin, s'il reste des dettes à acquitter après le partage, le conjoint de l'époux débiteur n'est tenu que de la moitié de ces dettes et dans la limite de son émolument.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les causes de dissolution de la communauté

La communauté se dissout :
1° par la mort de l'un des époux ;

2° par l'absence déclarée ;

3° par le divorce ;

4° par la séparation de corps ;

5° par la séparation de biens ;

6° par le changement de régime matrimonial *(C. civ., art. 1441)*.

Les causes de dissolution sont d'ordre public, de sorte qu'il ne peut y avoir lieu à la continuation de la communauté, malgré toutes conventions contraires.

Emporte également dissolution de la communauté à l'égard des époux seulement, l'annulation du mariage lorsqu'au moins l'un des époux est de bonne foi ; la communauté légale n'a pas d'existence à l'égard des tiers. Si les époux sont de mauvaise foi, la communauté est réputée n'avoir jamais existé et les intérêts pécuniaires seront liquidés comme entre concubins. L'époux de bonne foi bénéficie de la putativité du mariage, ce qui lui permet, si tel est son intérêt, d'invoquer les règles de liquidation du régime matrimonial (récompenses, bénéfice d'émolument, etc.) qui devront alors s'appliquer de façon réciproque.

DATE D'EFFET DE LA DISSOLUTION		
Causes de la dissolution	**Date de la dissolution à l'égard des époux et/ou des tiers**	
Décès de l'un des époux	Jour du décès	
Absence déclarée	Jour de la transcription du jugement déclaratif d'absence	
Mariage putatif	Jour où le jugement d'annulation a acquis force de chose jugée	
Séparation de biens judiciaire	Jour de la demande en justice	
Changement de régime matrimonial	Pour les époux : Date de l'acte ou de l'homologation	Le changement est opposable au tiers avant sa mention si dans l'acte passé avec ce tiers, les époux déclarent avoir modifié le régime
	Pour les tiers : Trois mois après la mention en marge de l'état civil	
Divorce	Pour les époux : Dépôt de la convention au rang des minutes ; Demande en divorce	
	Pour les tiers : Mention en marge de l'état civil	
Quelle que soit la cause de la dissolution, les époux peuvent, l'un ou l'autre (ou leurs héritiers), demander que, **dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer** (C. civ. art. 1442 ; v. Fiche sur le divorce).		

§2 Les effets de la dissolution

I. L'indivision post-communautaire

La dissolution de la communauté a pour effet immédiat d'ouvrir une indivision jusqu'au partage. L'indivision post-communautaire existe soit entre époux, soit, si l'un des époux est décédé, entre le conjoint survivant et les héritiers du défunt.

A La composition de l'indivision post-communautaire

1 L'actif de l'indivision post-communautaire

Tous les **biens communs au jour de la dissolution de la communauté** font partie de l'indivision.

Font également partie de l'indivision :

– par l'effet d'une **subrogation réelle**, les créances et indemnités qui remplacent les biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis *(C. civ., art. 815-10, al. 1er)* ;
– les **fruits et revenus des biens indivis** *(C. civ., art. 815-10, al. 2)* ;
– les **créances nées au cours de l'indivision** à l'égard des indivisaires (avances sur les droits de l'indivisaire dans le partage ; créance d'indemnité contre un indivisaire pour jouissance privative ; indemnité pour dégradation du bien indivis) ;
– les **créances communes** (n.b. chaque époux a le droit de demander le règlement de sa quote-part dans les créances communes).

En revanche, les revenus des indivisaires (gains et salaires, revenus des propres) sont exclus de l'indivision, à moins que leur fait générateur ne soit antérieur à la dissolution.

Les fruits et revenus (y compris l'indemnité d'occupation) perçus par un indivisaire doivent être réclamés dans un délai de cinq ans après la date à laquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être *(C. civ., art. 815-10, al. 2)*. Toutefois, ce délai ne court qu'à compter du jour où le jugement de divorce a acquis autorité de la chose jugée et se trouve, de surcroît, interrompu par le procès-verbal de difficultés jusqu'à la fin de l'instance en partage. Dans ces conditions, l'époux bénéficiant de la jouissance privative doit une indemnité d'occupation à l'indivision post-communautaire à compter de la dissolution de la communauté *(Cass. civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 16-28.686)*.

Jurisprudence

À la dissolution de la communauté, la qualité d'associé attachée à des parts sociales non négociables dépendant de celle-ci ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui n'en recueille que leur valeur *(Cass. civ. 1re, 12 juin 2014, n° 13-16.309)*.

Les bénéfices et dividendes perçus par l'associé pendant l'indivision post-communautaire sont des fruits accroissant l'indivision *(Cass. civ. 1re, 28 mars 2018, n° 17-16.198)*.

2 Le passif de l'indivision post-communautaire

a) Les créanciers de l'indivision

(C. civ., art. 815-17, al. 1er)
« Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. »

– Le passif de l'indivision se compose des **dettes de la communauté**. Les créanciers qui pouvaient poursuivre leur paiement sur un bien commun avant la dissolution ont désormais la qualité de créanciers de l'indivision. Ils ont le droit d'être payés par prélèvement sur l'actif indivis avant le partage ou de poursuivre la saisie et la vente des biens indivis *(C. civ., art. 815-17, al. 1er)*.

Ils peuvent toujours saisir les biens personnels de l'époux qui a contracté la dette.

Jurisprudence

Les créanciers de l'indivision peuvent **saisir les biens personnels du conjoint de l'époux débiteur à hauteur de la moitié des dettes communes** *(Cass. civ. 1re, 1er mars 1988, n° 86-13.337)*. La solution est fondée sur l'article 1483 du Code civil selon lequel, après la dissolution de la communauté, « *chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint* ».

L'état d'indivision post-communautaire aggrave ainsi la situation du conjoint puisque, pendant la communauté, la dette contractée par un seul époux n'engage pas les biens propres de son conjoint *(C. civ., art. 1418)*. En outre, ce conjoint peut être tenu au-delà du bénéfice d'émolument puisque celui-ci ne peut être invoqué qu'après le partage *(C. civ., art. 1483, al. 2)*.

Jurisprudence

L'épouse ayant reçu, en vertu de l'article 217 du Code civil, l'autorisation judiciaire de signer seule, pour le compte de la communauté, l'acte de prêt garanti par l'affectation hypothécaire des biens communs, la banque bénéficiait sur ces biens, devenus indivis après la dissolution de la communauté consécutive au divorce des époux, d'une hypothèque constituée du chef de tous les indivisaires lui permettant d'exercer son droit de poursuite sur ces biens par application de l'article 815-17, al. 1er du Code civil *(Cass. civ. 1re, 24 mai 2018, n ° 16-26.378)*.

– Font également partie du passif de l'indivision, **les dettes nées au cours de l'indivision de la conservation ou de la gestion des biens indivis**.

– Enfin, un **époux indivisaire peut avoir une créance d'indemnité contre l'indivision** lorsqu'il a, au moyen de ses deniers personnels, amélioré l'état du bien indivis ou exposé des dépenses nécessaires pour conserver ce bien. En revanche, il ne naît pas de créance contre l'indivision chaque fois que celle-ci a tiré profit des biens personnels d'un indivisaire *(comp. C. civ., art. 1433)*.

(C. civ., art. 815-13, al. 1er)
« *Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des dépenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés.* »

À la différence du calcul des récompenses, l'indemnité est fixée en fonction de l'équité et n'est pas impérativement égale, en présence

d’une dépense d’amélioration ou de conservation, au profit subsistant. En outre, l’indivisaire peut en poursuivre le paiement avant le partage de la communauté.

Jurisprudence

Le règlement d'échéances d'emprunts immobiliers effectué par un époux au moyen de ses deniers personnels, au cours de l'indivision post-communautaire, constitue des **dépenses nécessaires à la conservation** de l'immeuble indivis et donnent lieu à une indemnité sur le fondement de l'article 815-13, al. 1 er *(Cass. civ. 1re, 7 juin 2006, no 04-11.524)*.

Le règlement des cotisations d'une assurance habitation (MRH) par un indivisaire (en l'espèce, un concubin) participe à la conservation de l'immeuble et s'impute au passif de l'indivision, après déduction de la fraction correspondant aux garanties couvrant les dommages subis personnellement par le titulaire du contrat et sa responsabilité civile *(Cass. civ. 1re, 20 oct. 2021, no 20-11.921)*.

Les juges du fond peuvent, selon l'équité, fixer l'indemnité due par l'indivision à une somme supérieure à la dépense faite (qui constitue l'indemnité plancher) mais inférieure au profit subsistant *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2014, no 13-18.197)*.

Le profit subsistant se calcule alors par rapport à la valeur du bien à sa date d'acquisition et non à la date de dissolution de la communauté *(Cass. civ. 1re, 1er févr. 2017, no 16-11.599)*.

Doit être cassé l'arrêt qui a jugé que l'indemnité du chef d'une dépense nécessaire à la conservation ne pouvait être moindre que le profit subsistant *(Cass. civ. 1re, 11 mai 2012, no 11-17.497)*.

La **dépense d'amélioration** effectuée par un indivisaire est indemnisée, selon l'équité, à hauteur de la plus-value (profit subsistant). Si les travaux d'amélioration ont été réalisés personnellement par l'indivisaire, les juges du fond peuvent souverainement estimer que le montant de la plus-value apportée à l'immeuble indivis correspondait à la rémunération de l'activité de l'indivisaire *(Cass. civ. 1re, 13 mars 2007, no 05-13.320)*.

En revanche, les travaux d'entretien des biens indivis, qui ne constituent pas des dépenses d'amélioration ou de conservation, n'ouvrent pas droit à indemnité *(Cass. civ. 1re, 28 mars 2006, no 04-10.596)*.

b) Les créanciers des indivisaires

Les créanciers antérieurs à l'indivision qui ne pouvaient poursuivre que les biens propres d'un époux, devenu indivisaire, peuvent toujours saisir les biens propres de leur débiteur. En revanche, ils ne peuvent saisir ni les biens indivis, ni la part de leur débiteur dans l'indivision *(C. civ., art. 815-17, al. 2)*. Ils peuvent seulement provoquer le partage des biens indivis au nom de leur débiteur ou intervenir dans le partage provoqué par ce dernier *(C. civ., art. 815-17, al. 3)*. Les créanciers antérieurs se retrouvent ainsi dans la situation de n'importe quel créancier personnel d'un indivisaire.

B La gestion de l'indivision post-communautaire

Les règles de gestion de la communauté laissent place à celles de l'indivision. Pendant la communauté, le principe est celui de la gestion concurrente, la cogestion étant l'exception. Pendant l'indivision post-communautaire, le principe est celui de la cogestion.

(C. civ., art. 815-3, al. 7)
« (…) le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°. »

En outre, la majorité des deux tiers applicable aux catégories d'actes listés à l'article 815-3 ne peut pas s'appliquer à l'indivision post-communautaire qui est composée des deux ex-époux indivisaires. Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis *(C. civ., art. 815-2)*. L'acte passé par un indivisaire au-delà de ses pouvoirs est inopposable aux indivisaires qui n'y ont pas consenti.

Jurisprudence

La cession d'un bien indivis par un époux seul est donc inopposable à l'autre, de sorte que doit être portée à l'actif de la masse à partager la valeur des actions cédées *(Cass. civ. 1re, 7 oct. 2015, n° 14-22.224)*.

Toutefois, la cession d'un bien indivis par un seul indivisaire est valable et opposable aux indivisaires à concurrence de la quote-part du cédant, de sorte que l'inopposabilité se limite aux parts des indivisaires qui n'ont pas consenti à l'acte *(Cass. civ. 1re, 5 avr. 2005, n° 02-15.459 ; Cass. civ. 3e, 12 mai 2010, n° 08-17.186)*. Si lors du partage, le bien aliéné est attribué à celui des époux qui en a disposé seul, l'acte sera rétroactivement validé. En revanche, si ce bien est attribué à l'autre époux, l'acte sera considéré comme nul.

(C. civ., art. 221, al. 2)
Par exception aux règles de gestion de l'indivision : « *À l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et titres en dépôt.* »

Pour les autres règles de gestion, il convient de renvoyer aux règles de l'indivision *(not. transfert judiciaire de la gestion en cas de crise : C. civ., art. 815-4 et -5 ; gestion de l'indivision par un indivisaire et droit à rémunération : C. civ., art. 815-12 ; mandat tacite de gestion : C. civ., art. 815-3 ; jouissance par un indivisaire contre indemnité : C. civ., art. 815-9)*.

II. La liquidation de la communauté

Pour déterminer la masse à partager, il convient de procéder à la liquidation (chiffrage) de la communauté qui comprend deux étapes :
– Identification des biens des propres et des biens communs ;

– Établissement d'un compte des récompenses.

Corollaire du principe de l'immutabilité du régime matrimonial, le principe de **nullité des liquidations anticipées** prohibe toute convention de liquidation conclue avant la dissolution de la communauté (sur les tempéraments notamment en instance de divorce et après dissolution de la communauté : V. Fiche n° 19). Ainsi, la convention comportant, ne serait-ce que pour partie, des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ne peut être conclue avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce *(Cass. civ. 1re, 27 sept. 2017, n° 16-23.531)*.

A La reprise en nature des propres

(C. civ., art. 1467, al. 1er)
« La communauté dissoute, chacun des époux reprend ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens qui y ont été subrogés. »

La présomption d'acquêts oblige chaque époux à rapporter la preuve du caractère propre du bien repris. En l'absence de toute contestation, le liquidateur peut retenir le caractère personnel d'un meuble. En cas de contestation, la preuve du caractère propre est rapportée dans les conditions prévues par l'article 1402 du Code civil (V. Fiche n° 20).

B Les récompenses

(C. civ., art. 1468)
« Il est établi, au nom de chaque époux, un compte des récompenses que la communauté lui doit et des récompenses qu'il doit à la communauté (…) »

1 La valeur juridique des règles applicables aux récompenses

Le principe de liberté des conventions matrimoniales autorise les époux à stipuler librement sur les récompenses par contrat de mariage (exclusion des récompenses au profit des époux et/ou de la communauté ; modification des règles d'évaluation de l'article 1469). Ces stipulations peuvent toutefois constituer un avantage matrimonial exposé à l'action en retranchement de l'article 1526 du Code civil. Le principe de nullité des liquidations anticipées interdit aux époux de modifier les règles relatives aux récompenses en dehors des exceptions applicables à ce principe.

2 Le débiteur de la récompense

a) Les récompenses dues par la communauté

- Le fait générateur de la récompense

La communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres *(C. civ., art. 1433, al. 1er)* :

– En cas d'encaissement par la communauté de deniers propres ou provenant de la vente d'un propre, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi *(C. civ., art. 1433, al. 2)*.
– Lorsque des propres ont servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien commun.
– Lorsque des propres ont servi à acquitter une dette commune qui est à la charge définitive de la communauté.

En revanche, la communauté ne doit pas récompense lorsque le profit tiré d'un propre lui appartient. Ainsi, l'économie de loyers que représente pour la communauté la mise à disposition d'un immeuble propre ne donne pas lieu à récompense car les fruits et revenus des biens propres sont des biens communs *(Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 05-18.066)*. L'époux qui utilise les revenus d'un propre pour l'améliorer doit donc une récompense à la communauté.

Jurisprudence

N'ouvre droit à aucune récompense, les échéances de remboursement des prêts contractés par la communauté pour financer la construction d'une maison sur un terrain propre de l'épouse prises en charge par les assureurs au titre de l'invalidité de l'époux, dès lors que ces sommes ne sont jamais entrées dans le patrimoine propre de celui-ci, de sorte que ni la communauté, ni aucun des deux époux n'ont déboursé ces fonds *(Cass. civ. 1re, 12 avr. 2012, n° 11-14.653)*.

- La preuve de la récompense

Il incombe à l'époux qui réclame une récompense de rapporter, d'une part, la preuve de l'**existence d'un bien propre** et, d'autre part, que **ce bien a profité à la communauté**. Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré profit de biens propres peut être administrée **par tous moyens** *(C. civ., art. 1433, al. 3)*.

Jurisprudence

Doit donc être cassé l'arrêt qui a jugé qu'en l'absence de clause de remploi dans le titre d'acquisition de l'immeuble commun, l'époux ne rapportait pas la preuve de la provenance des fonds alors qu'il pouvait faire la preuve par tous moyens que ses fonds propres avaient financé l'acquisition *(Cass. civ. 1re, 25 mai 2016, n° 15-18.573 ; égal. Cass. civ. 1re, 20 mars 2013, n° 11-20.212)*. En effet, la clause de remploi permet de qualifier le bien acquis de propre ; elle n'est pas nécessaire à la preuve que des fonds propres ont financé un bien commun.

Jurisprudence

L'époux qui a déposé ses deniers propres sur un compte bancaire ouvert à son seul nom ne peut prétendre à récompense sans démontrer le profit tiré par la communauté, ce qui suppose d'identifier la destination des fonds encaissés. Par exemple, il n'y a pas de preuve de profit de la communauté lorsque le compte ouvert au nom du mari, recevant tant des fonds propres (succession) que des fonds communs (revenus), et dont le solde créditeur au jours des effets du divorce a été porté à l'actif de la communauté, a servi certes à alimenter les comptes joints des époux mais aussi à de nombreuses autres opérations dont il n'était pas démontré qu'elles concernaient la communauté *(Cass. civ. 1re, 15 févr. 2012, n° 11-10.182 ; v. également, Civ. 1re, 3 févr. 2010, n° 09-65.345)*.

En revanche, et sauf preuve contraire, le profit de la communauté résulte du seul encaissement par celle-ci de deniers propres, à défaut d'emploi ou de remploi *(Cass. civ. 1re, 8 févr. 2005, n° 03-13.456 – règlement d'impositions communes et apurement du découvert d'un compte joint au moyen de fonds propres portés au crédit de ce compte)*. L'enrichissement de la communauté se déduit ainsi du versement de fonds propres sur un compte commun. C'est au conjoint qui s'oppose à la récompense de prouver que les sommes n'ont pas profité à la communauté (paiement d'une dette personnelle, financement d'un propre).

Enfin, la nature propre des fonds versé par un époux sur le compte de son conjoint ou sur un compte joint ne peut être déduite du seul fait que ces fonds provenaient de son compte personnel *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2008, n° 07-16.545)*.

b) Les récompenses dues à la communauté

- Le fait générateur de la récompense

Toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense *(C. civ., art. 1437, in fine)* :

– **Paiement d'une dette personnelle** (dette contractée dans l'intérêt personnel de l'époux, amendes, dommages-intérêts extracontractuels, dette résultant de la violation des devoirs du mariage) ;

– **Dépense d'acquisition, de conservation ou d'amélioration d'un propre**.

En revanche, n'ouvre pas droit à récompense, les **charges d'entretien et de jouissance** d'un propre auxquelles sont assimilées l'assurance de ce bien, ainsi que les taxes et impôts qui lui sont liés car ces dépenses sont une **contrepartie de la qualification d'acquêts des revenus des propres**. En cas de remboursement par la communauté du prêt destiné à l'achat d'un propre, seul le remboursement du capital donne lieu à récompense, à l'exclusion des intérêts *(Cass. civ. 1re, 31 mars 1992, Authier, préc. ; Cass. civ. 1re, 3 févr. 2010, no 08-21.054)*.

N'ouvre pas non plus droit à récompense les travaux financés par des deniers communs sur un **bien appartenant à un tiers**, même si, par la suite, ce bien a été donné à l'un des époux *(Cass. civ. 1re, 12 févr. 2014, no 13-10.654)*.

Doit être cassé l'arrêt qui fixe une récompense à la valeur d'un immeuble propre financé par la communauté, alors que la valorisation de celui-ci résulte en partie de l'industrie personnelle d'un époux « castor » dans la réalisation de travaux dont la valeur doit être déduite de la récompense *(Cass. civ. 1re, 13 oct. 2021, no 19-24.008)*.

Enfin, les dépenses relatives aux **biens propres à caractère personnel** n'ouvrent pas non plus droit à récompense *(C. civ., art. 1404, al. 1er : vêtements et linges à usage personnel, créances et pensions incessibles)*.

– **Donation de biens communs par un époux.** Si chaque époux a la libre disposition de ses gains et salaires (non économisés), ceux-ci n'en sont pas moins des biens communs, de sorte que la donation dont ils font l'objet donne lieu, à la charge de l'époux gratifiant et au profit de la communauté, à une récompense. Le consentement de l'époux à la donation d'un bien commun par son conjoint ne fait pas non plus obstacle à la récompense.

Cependant, lorsque deux époux conjointement, ou l'un d'eux avec le consentement de l'autre, ont fait une donation à un enfant commun, à l'aide de biens communs, la charge définitive de la libéralité incombe à la communauté, sauf clause contraire *(Cass. civ. 1re, 22 juin 2004, n° 01-18.030 ; déduisant le consentement de l'absence d'opposition du conjoint lors de la conclusion de l'acte notarié : Cass. civ. 1re, 1re févr. 2017, n° 16-11.599)*.

– **Défaut de perception des fruits des propres.** Récompense est due à la communauté pour les fruits de propres que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement dans la limite des cinq dernières années *(C. civ., art. 1403, al. 2)*.

Jurisprudence

Nulle récompense ne naît au profit de la communauté à raison de la plus-value procurée par le travail personnel d'un **époux (castor)**, ayant réalisé lui-même certains travaux sur un bien qui lui est propre *(Cass. civ. 1re, 5 avr. 1993, n° 91-15.139 ; Cass. civ. 1re, 26 oct. 2011, n° 10-23.994)* ou qui est propre à son conjoint *(Cass. civ. 1re, 30 juin 1992, n° 90-19.346 ; Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, n° 11-25.444)*.

• La preuve de la récompense

Il incombe à l'époux qui réclame une récompense au nom de la communauté de prouver, par tous moyens, que les biens communs ont profité à son conjoint. Mais, à la différence de la preuve de la récompense due par la communauté, le caractère commun des biens ayant profité au conjoint n'a pas à être prouvée à raison de la présomption de communauté. C'est donc à l'époux qui s'est enrichi personnellement de démontrer que cet enrichissement n'a été financé qu'au moyen de propres.

3 Le montant des récompenses

a) Les règles d'évaluation selon la nature de la dépense

- La règle générale

(C. civ., art. 1469, al. 1er)
« La récompense est, en général, égale à ***la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant****. »*

La règle générale a une portée pratique limitée puisqu'elle est exclue si la dépense est nécessaire ou s'il s'agit d'une dépense d'acquisition, de conservation ou d'amélioration d'un bien qui se retrouve dans le patrimoine emprunteur. Elle justifie l'exclusion de tout droit à récompense en cas d'acquisition de biens non nécessaires qui ne se retrouve plus dans le patrimoine emprunteur au jour de la liquidation de la communauté. Par exemple, l'époux a acheté une télévision à 3 000 euros qui a fini à la poubelle plusieurs années avant la dissolution de la communauté. La communauté a financé le voyage de l'épouse pour assister à un mariage à l'étranger, etc.

- Les dépenses nécessaires

La récompense ne peut être moindre que la **dépense faite** quand celle-ci était nécessaire *(C. civ., art. 1469, al. 2)*. Les dépenses nécessaires ne sont pas seulement celles qui sont indispensables pour éviter le dépérissement d'un bien, mais aussi celles qui en garantissent l'utilité (ex. : réparation de la voiture familiale). Ainsi, les dépenses nécessaires à rendre un immeuble normalement habitable pour la famille ouvrent droit à une récompense qui ne peut être inférieure à la dépense faite *(Cass. civ. 1re, 25 janv. 2000, n° 98-10.747 ; Cass. civ. 1re, 6 mars 2001, n° 98-17.723)*. Les juges du fond

apprécient souverainement si les travaux effectués étaient nécessaires pour assurer l'habitabilité de l'immeuble. Par exemple, la réfection d'une cuisine (dépense faite : 5 000 € ; profit subsistant : 2 000 €) est, le plus souvent, une dépense nécessaire pour la famille, de sorte que la récompense sera égale à la dépense faite. L'achat de matériels professionnels peut également être qualifié de dépense nécessaire à la profession du conjoint *(Cass. civ. 1re, 14 nov. 2007, n° 05-18.570)*.

- Les dépenses d'acquisition, de conservation et d'amélioration

La récompense ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer **un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur** *(C. civ., art. 1469, al. 3)*. Si le bien a été aliéné avant la liquidation, le profit subsistant est évalué au jour de l'aliénation. Si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien *(C. civ., art. 1469, in fine)*.

La dépense d'acquisition recouvre le paiement, même partiel, du prix d'achat ou d'une soulte de donation-partage, mais également le remboursement du prêt destiné à l'achat d'un propre *(Cass. civ. 1re, 25 mai 1992, n° 90-18.931)* ou d'un bien commun *(Cass. civ. 1re, 10 oct. 2012, n° 11-20.585)*. Il importe peu que le prêt ait été souscrit avant ou après le mariage. Les frais d'acquisition (droits de mutation, honoraires, commissions) sont également qualifiés de dépense d'acquisition *(frais d'enregistrement d'une libéralité : Cass. civ. 1re, 4 juill. 1995, n° 93-12.347)*.

En revanche, ne constitue pas des dépenses d'acquisition mais des charges de la jouissance, le paiement des intérêts de l'emprunt destiné à l'achat d'un propre *(Cass. civ. 1re, 31 mars 1992, Authier,*

n° 90-17212, préc.) ou de l'indemnité de remboursement anticipé du prêt *(Cass. civ. 1re, 7 nov. 2018, n° 17-25.965)*.

Jurisprudence

La valeur empruntée ayant servi à acquérir un bien comprend les frais liés à cette acquisition *(Cass. civ. 1re, 19 oct. 2016, n° 15-27.387)*. Par conséquent, le paiement des frais ne donne pas droit à une récompense distincte de celle due à raison de la dépense d'acquisition. La récompense ne peut donc pas dépasser le profit subsistant. Par exemple, un époux paye le prix (100) et les frais (10) d'un immeuble commun. Au moment de la dissolution, l'immeuble commun vaut 115. L'époux a droit à une récompense de 115, et non de 115 + 10. Ce qui est logique puisque les frais sont intégrés à la dépense d'acquisition. Si l'époux avait payé 50 % du prix et 10 de frais, il aurait droit à 60/110e (environ 54,5 %) de la valeur actuelle du bien.

Les dépenses d'amélioration et de conservation se distinguent des dépenses d'entretien. La dépense d'amélioration offre une plus-value au bien (ex. : ajout d'une construction). La dépense conservatoire est nécessaire pour éviter la perte du bien *(ex. : action en justice pour faire obstacle à une prescription acquisitive : Cass. civ. 1re, 14 nov. 2007, n° 05-18.570)*. La dépense d'entretien permet la jouissance normale du bien. Elle est une charge de la jouissance du bien propre par la communauté et ne donne donc pas droit à récompense au profit de celle-ci.

- Les dépenses nécessaires d'acquisition, de conservation et d'amélioration d'un bien

En l'absence de profit subsistant, la dépense d'acquisition, de conservation ou d'amélioration d'un bien ne donne lieu à aucune récompense *(C. civ., art. 1469, al. 1er et 3)*. D'où l'intérêt de qualifier la dépense de nécessaire (ou dépense mixte). En combinant les

alinéas 2 et 3, la récompense sera égale à **la plus forte des deux sommes que représentent le profit subsistant ou la dépense faite** *(Cass. civ. 1re, 15 déc. 2010, n° 09-17.217)*.

b) La mise en œuvre de l'évaluation des récompenses

– La dépense faite

La dépense faite correspond au montant nominal (nominalisme monétaire) de la somme prélevée dans une masse au profit d'une autre. Elle peut résulter d'un paiement ou même du simple encaissement (par exemple, le montant du prix de la vente d'un propre versé sur le compte joint).

– Le profit subsistant

Lorsque la récompense est égale au profit subsistant, elle correspond à une dette de valeur. Le profit subsistant s'apprécie au jour de la liquidation de la communauté. Son calcul s'effectue au moyen d'une règle de trois ou de proportionnalité.

– En cas d'**acquisition à titre gratuit dont les frais ne sont pas financés par la masse bénéficiaire**, la récompense due à la masse prêteuse est égale à la fraction de l'apport (frais/valeur du bien lors de l'acquisition) rapportée à la valeur actuelle du bien *(Cass. civ. 1re, 4 juill. 1995, n° 93-12.347)*. Par exemple, la communauté finance les frais d'enregistrement (20) d'une donation (100). La communauté aura droit à une récompense égale à 20 % (et non 20/120) de la valeur actuelle de la donation.

– En cas d'**acquisition à titre onéreux**, les frais s'ajoutent à la valeur du bien. Soit un propre acquis au prix de 90 et 10 de frais. La communauté a financé 20. Au moment de la liquidation et à la date la plus proche du partage, le propre a une valeur de 200.

Calcul : (20 / 100) × (?/200). Récompense = (20 × 200) / 100 = 40.

– Le calcul est plus complexe en cas de **dépense d'amélioration** en raison de la valorisation propre de la plus-value apportée par l'amélioration. Par exemple, la construction d'une maison a été financée intégralement par la communauté (100) sur un terrain propre (50). Si au moment de la liquidation, l'immeuble vaut 300, la récompense devrait être égale à 200. Cependant, la valorisation du terrain (75) est inférieure à celle de la maison (215). Le juge doit donc déterminer la **valeur actuelle de l'immeuble avec et sans la maison**.

Jurisprudence

Si la récompense due à la communauté doit être fixée d'après la proportion dans laquelle les fonds empruntés à la communauté ont contribué au financement de la nouvelle construction, la plus-value procurée au patrimoine enrichi doit être déterminée, non par une revalorisation de la dépense faite, mais en déduisant de la valeur actuelle de l'immeuble la valeur actuelle de ce bien dans sa consistance antérieure aux travaux ouvrant droit à récompense *(Cass. civ. 1re, 13 févr. 2013, n° 11-24.825)*.

Soit un terrain propre (50), la construction d'une maison (60 communauté ; 40 propre). Part de la valeur empruntée dans la plus-value (60 %). Valeur actuelle du bien (400) sans la valeur actuelle du terrain (300). Récompense = (60 × 300)/100 = 180.

S'il y a acquisition et amélioration, il faut calculer deux récompenses :

- une récompense d'acquisition = (dépense d'acquisition / coût total de l'acquisition) × valeur du bien au jour de la dissolution selon son état au jour de l'acquisition ;
- une récompense d'amélioration = (dépense d'amélioration / coût total de l'amélioration) × (valeur du bien amélioré au jour de la dissolution – valeur du bien sans les travaux au jour de la dissolution).

Si la démolition d'un ancien bâtiment a précédé l'amélioration, la plus-value actualisée est égale à la valeur actuelle de l'immeuble (terrain et maison) moins la valeur actuelle de l'ancien immeuble (terrain et ancien bâtiment). Ainsi, l'évaluation du profit subsistant tient compte de la consistance du bien antérieurement aux travaux ouvrant droit à récompense *(Cass. civ. 1re, 13 janv. 1993, n° 91-13.984)*.

– En cas d'**acquisitions successives**, le profit subsistant doit être déterminé pour chaque aliénation.

Par exemple, si le bien (100) financé par la communauté (20) a été vendu (150) et a permis l'acquisition d'un bien nouveau d'une valeur de 300 qui au jour de la liquidation vaut 400. La détermination du profit subsistant s'effectue en deux temps :
(i) Récompense virtuelle = (20 × 150)/100 = 30 ;
(ii) Récompense = (30 × 400)/300 = 40.
Si la communauté a également financé une partie (60) du bien nouveau (300), une seconde récompense doit être calculée (60x400/300 = 80). Au total, la communauté aura droit à 120 après un investissement de 80.

– En cas de **vente partielle** d'un bien propre financé par la communauté, il faut appliquer le taux de contribution de la

communauté (ex. : 20%) à la valeur du bien non aliéné au jour de la liquidation et au prix de la portion du bien vendu. La récompense est égale à la somme des deux résultats obtenus *(Cass. civ. 1re, 14 oct. 2020, n° 19-13.702)*.

4 Le règlement des récompenses

a) Les intérêts des récompenses

(C. civ., art. 1473)
« Les récompenses dues par la communauté ou à la communauté portent intérêts de plein droit du jour de la dissolution.
Toutefois, lorsque la récompense est égale au profit subsistant, les intérêts courent à compter de la liquidation. »

b) Le rapport à la masse commune et le prélèvement

Lors de la liquidation du régime matrimonial, un compte des récompenses est établi au nom de chaque époux *(C. civ., art. 1468)*.

À la différence des créances entre époux, le **paiement des récompenses ne peut être réclamé avant la liquidation**. Par conséquent, le droit à récompense, qui s'exerce à l'occasion du partage, ne peut se prescrire tant que le partage peut être demandé. Les créanciers d'un époux ne peuvent réclamer le paiement d'une récompense tant que celle-ci n'est pas exigible. Jusqu'à la liquidation, la récompense est **indisponible et insaisissable**.

- **Si le solde du compte est en faveur de l'époux**, celui-ci a le choix soit d'en exiger le **paiement**, soit de **prélever des biens communs** jusqu'à due concurrence *(C. civ., art. 1470, al. 2)*. Les prélèvements sur les biens communs s'opèrent dans l'ordre suivant : argent

comptant puis meubles puis immeubles *(C. civ., art. 1471)*. Si les biens communs ne suffisent pas à régler les récompenses dues aux époux, les prélèvements sont proportionnels au montant des récompenses qui leur sont dues *(C. civ., art. 1472)*.

Toutefois, si l'insuffisance de la communauté est imputable à la **faute d'un époux**, l'autre conjoint peut exercer ses prélèvements avant lui sur l'ensemble des biens communs et subsidiairement sur les biens propres de l'époux responsable.
Si les deux époux sont créanciers et souhaitent prélever le même bien, il est procédé par tirage au sort.

Enfin, les prélèvements en biens communs constituent une opération de partage qui n'accorde à l'époux aucune préférence par rapport aux créanciers de la communauté *(C. civ., art. 1474)*, de sorte que l'époux doit supporter le concours de ces autres créanciers.

Dans les liquidations amiables, le notaire liquidateur soustrait de l'actif de la communauté le montant des récompenses dues par elle. Les récompenses dues à chaque époux sont ensuite ajoutées à leur demi-part dans l'actif net de la communauté. Les biens communs sont ensuite répartis entre les copartageants.

EXEMPLE DES MÉTHODES DE RÈGLEMENT	
Soit une communauté composée de 20 (argent comptant), 30 (meubles), 100 (immeuble). Après calcul, le compte de récompenses de l'épouse affiche un solde de 50.	
Méthode légale	**Méthode notariale**
L'épouse peut prélever les liquidités et les meubles. L'immeuble appartiendra en indivision aux deux époux.	Actif net de la communauté : 150 - 50 Attribution des biens selon leurs parts respectives (Epoux : 50 ; Epouse : 100). L'épouse peut se faire attribuer l'immeuble.

– **Si le solde est en faveur de la communauté**, l'époux débiteur en rapporte le montant à la masse commune *(C. civ., art. 1470, al. 1er)*. La récompense due par l'époux vient augmenter l'actif de la communauté si bien que l'attribution de la moitié de la masse commune à l'époux débiteur aura pour effet d'éteindre sa dette par confusion. **L'époux débiteur règle ainsi sa dette en moins prenant**.

Par exemple, à l'occasion d'une séparation de biens, la masse partageable est de 500. Le solde du compte de l'époux fait apparaître une récompense de 100 au profit de la communauté. L'actif commun à partager est de 600. Chaque époux recevra 300, mais l'époux débiteur ne recevra en pratique que 200 de biens communs, puisque 100 seront payés par confusion ou imputation.

Une seconde méthode permet au conjoint de l'époux débiteur de **prélever sur la masse** partageable (500) le montant de la récompense (100). L'actif net sera ensuite divisé par moitié. L'époux débiteur recevra 200 et son conjoint 100 + 200. Attention, si les deux époux sont débiteurs, les récompenses ne doivent pas être compensées car cela peut produire des erreurs de partage notamment lorsque l'insuffisance de l'actif est imputable à la faute d'un époux.

Enfin, la récompense peut faire l'objet d'un **paiement** au profit du conjoint de l'époux débiteur. C'est le cas lorsque la récompense (200) excède l'actif à partager (100). Dans l'exemple, chaque époux reçoit 150, mais après partage l'époux débiteur doit encore 50 et son conjoint reste créancier de 50.

III. Le partage de la communauté

A Le partage de l'actif

1 La réalisation du partage

Après exécution de tous les prélèvements sur la masse, le reliquat se partage par moitié entre les époux *(C. civ., art. 1475)*. La masse à partager est obtenue au moyen d'un état liquidatif type :

I – Reprises et récompenses	
A – De Madame ou Monsieur (…) (ou de leur succession)	
1° Reprises (détermination des biens propres)	
2° Compte de récompenses	
a. Montant des récompenses	
• Récompenses dues à la communauté :	
- (opération)	… €
TOTAL	… €
• Récompenses dues par la communauté :	
- (opération)	… €
TOTAL	… €
BALANCE	… €
b. Intérêts des récompenses	
• Intérêts des récompenses dues à la communauté	
- (opération)	… €
TOTAL	… €
• Intérêts des récompenses dues par la communauté	
- (opération)	… €
TOTAL	… €
BALANCE	… €
SOLDE du compte de récompenses	
(dû par la communauté ou à la communauté)	… €
B – De Madame ou Monsieur (…)	
Idem (…)	
SOLDE du compte de récompenses	
(dû par la communauté ou à la communauté)	… €

II - Communauté	
A – Actif	
• Biens communs	… €
• Solde des comptes de récompenses	… €
Actif brut	… €
B – Passif	
• Dettes communes quant à la contribution	… €
• Solde des comptes de récompenses	… €
• Frais de liquidation et partage	… €
TOTAL passif	… €
ACTIF net de communauté	… €
Part de chacun des époux (ou sa succession)	… €
C – Droits des parties dans la communauté et passif restant à acquitter	
1° Droits de Madame ou Monsieur (ou de sa succession)	
- Moitié du boni de communauté	… €
- Plus ou moins le solde de son compte de récompenses	… €
TOTAL	… €
2° Droits de Madame ou Monsieur	
Idem	
3° Passif restant à acquitter	
- Passif non réglé au partage	… €
(Droits des parties + passif restant à acquitter = Actif brut de communauté)	
1° Madame ou Monsieur (ou sa succession) : composition du lot	
2° Madame ou Monsieur : composition du lot	
3° Affectation à l'acquit du passif : sommes avec lesquelles les créanciers seront payés	

L'évaluation des biens prend en compte leur valeur au jour de la jouissance divise, c'est-à-dire au jour le plus proche du partage *(C. civ., art. 829)*. Mais les copartageants sont libres de s'accorder sur une autre évaluation.

Le partage est soumis au droit commun *(C. civ., art. 816 et s.)* : effet déclaratif du partage qui fait remonter la propriété au jour de la dissolution de la communauté *(C. civ., art. 883)* ; composition des lots *(C. civ., art. 830 et s.)*.

Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit en cas de divorce, séparation de corps ou séparation de biens *(C. civ., art. 1476, al. 2 ; sur les attributions préférentielles : C. civ., art. 831 et s.)*. En

outre, le défaut de paiement d'une éventuelle soulte par l'attributaire n'entraîne pas la déchéance au droit à l'attribution préférentielle *(Cass. civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 16-26.892)*.

2 Le recel de communauté

a) Le domaine du recel de communauté

(C. civ., art. 1477)
« Celui des époux qui aurait détourné ou recelé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets.
De même, celui qui aurait dissimulé sciemment l'existence d'une dette commune doit l'assumer définitivement. »

La déchéance prévue par l'article 1477 est une peine civile d'interprétation stricte. Le délit civil de recel ne peut donc s'appliquer ni aux fruits et revenus d'un immeuble dépendant d'une indivision post-communautaire perçus par un époux après la dissolution de la communauté qui ne sont pas des effets de la communauté *(Cass. civ. 1re, 9 janv. 2008, n° 05-16.313)*, ni aux biens acquis indivisément par les époux mariés sous le régime de la séparation de biens faute de communauté *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2008, n° 06-16.346)*, ni aux biens acquis par les époux mariés sous le régime de participation aux acquêts qui sont toujours des propres *(Cass. civ. 1re, 4 mai 2011, n° 10-15.787)*.

En revanche, dès lors qu'il porte sur des effets de la communauté, le recel peut être commis avant ou après la dissolution jusqu'au jour du partage.

b) Les conditions du recel

– **L'élément matériel.** Les juges du fond apprécient souverainement si l'acte, positif ou négatif, est de nature à minorer indûment, et au détriment du conjoint de l'époux fautif, l'actif commun à partager. Par exemple, l'élément matériel peut résulter de l'appropriation par un époux d'un effet de la communauté (comme la dissimulation des revenus), ou encore du fait de dissimuler avoir vendu un bien commun à un prix supérieur à celui indiqué dans l'acte. De même, l'époux qui, au moyen de faux documents, impute une dette personnelle à la communauté.

– **L'élément moral.** L'intention frauduleuse réside dans la volonté de porter atteinte à l'égalité du partage. Le repentir peut faire obstacle au recel en cas de restitution spontanée et antérieure aux poursuites.

c) Les sanctions du recel

Le receleur est privé de sa part de l'actif recelé, de sorte que l'époux victime est seul propriétaire des biens recelés. Le bien est restitué en nature ou, en cas d'impossibilité, en valeur. L'action en restitution peut être dirigée contre les héritiers de l'époux receleur, même s'ils sont de bonne foi.
En tant que faute civile, le recel peut conduire à l'octroi de dommages-intérêts mais dans la limite du préjudice subi, c'est-à-dire dans la limite de la valeur des effets divertis. L'action peut être dirigée contre un tiers complice, notamment en cas de défaillance du receleur.

Enfin, l'époux receleur perd le bénéfice d'émolument *(C. civ., art. 1483, al. 2)*. Par conséquent, son patrimoine est engagé pour toutes les dettes entrées dans la communauté.

B Le règlement du passif après le partage

En pratique, les notaires cherchent, lors du partage, à opérer le règlement du passif commun sur les liquidités de l'indivision afin de ne partager que l'actif net. Toutefois, des dettes, en particulier les dettes non échues, peuvent subsister.

1 L'obligation à la dette

Les **créanciers personnels d'un époux** qui, pendant la communauté, ne pouvaient poursuivre que les propres et les revenus de leur débiteur, voient leur gage augmenté à raison de la part reçue par celui-ci dans le partage.

Les **créanciers de la communauté** n'ont plus, après le partage qui met fin à l'indivision post-communautaire, de droit sur les biens indivis mais peuvent agir contre chacun des époux. L'époux du chef de qui la dette est entrée en communauté reste tenu du paiement de l'intégralité de la dette *(C. civ., art. 1482)*. À moins qu'il s'agisse d'une dette solidaire, **son conjoint ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de l'époux débiteur** *(C. civ., art. 1483, al. 1er)*. Il peut en outre invoquer le bénéfice d'émolument *(C. civ., art. 1483, al. 2)*. Toutefois, si le conjoint du débiteur se voit attribuer à l'issue du partage un immeuble grevé d'une hypothèque, il est tenu de payer l'intégralité de la dette garantie (indivisibilité de l'hypothèque), sauf son recours contre son ex-conjoint pour la moitié de la dette *(C. civ., art. 1489)*.

2 La contribution à la dette

Les **dettes de communauté** qui n'ouvrent pas droit à récompense, c'est-à-dire celles qui étaient à la charge définitive de la communauté, sont supportées par chacun des époux jusqu'à concurrence de la

moitié *(C. civ., art. 1485, al. 1er)*. Si un époux paye, avant ou après le partage, l'intégralité d'une telle dette (par ex. parce qu'il l'a contractée seul), il dispose d'un recours contre son conjoint pour la moitié de la dette.

Les **dettes contractées dans l'intérêt personnel d'un époux** sont à sa charge définitive. Avant la dissolution, leur paiement par la communauté ouvre droit à récompense. Après la dissolution, l'époux dans l'intérêt duquel la dette a été contractée en supporte seul la charge *(C. civ., art. 1485, al. 2)*. Si une telle dette a été payée par son conjoint, celui-ci dispose d'un recours pour le tout *(C. civ., art. 1487)*. Si la dette a été payée avant le partage sur l'actif de l'indivision, l'époux débiteur doit en rembourser la moitié à son conjoint.

Enfin, l'article 1387-1 du Code civil permet au juge de faire supporter la charge exclusive d'une dette ou d'une sûreté consentie dans le cadre de la gestion d'une entreprise à l'époux qui conserve le patrimoine professionnel (V. Fiche n° 20).

3 Le bénéfice d'émolument

a) Les conditions

Le bénéfice d'émolument peut être invoqué par un époux si **quatre conditions** sont réunies *(C. civ., art. 1483, al. 2 et 1484)* :

– Après le partage ;
– L'époux n'a pas commis de recel ;
– Un inventaire notarié et contradictoire des biens communs est réalisé dans les neuf mois suivant le jour de la dissolution ;
– L'époux établit, à l'intention des créanciers, un compte comprenant un actif (biens recueillis lors du partage et leurs fruits) et un passif (passif commun déjà réglé par l'époux bénéficiaire).

b) Les effets

- **Obligation à la dette.** L'époux qui invoque le bénéfice d'émolument n'est tenu de la moitié des dettes contractées par son conjoint **que dans la limite de son émolument**. Il paiera les créanciers dans l'ordre où ils se présentent jusqu'à épuisement de son compte. Le bénéfice d'émolument n'opère qu'en valeur de sorte que les créanciers ne sont, le cas échéant, pas tenus de limiter leur saisie aux biens attribués au conjoint poursuivi.
- **Contribution à la dette.** L'époux qui peut se prévaloir du bénéfice d'émolument *« ne contribue pas pour plus que son émolument aux dettes qui sont entrées en communauté du chef de l'autre époux, à moins qu'il ne s'agisse de dettes pour lesquelles il aurait dû récompense » (C. civ., art. 1486)*. Cet époux ne sera ainsi tenu de la moitié des dettes qui étaient à la charge de la communauté que dans la limite de son émolument. En revanche, les dettes contractées dans son intérêt personnel restent à sa charge définitive même au-delà de son émolument.

IV. Les créances entre époux

A La notion de créance entre époux

Le fait générateur de la créance entre époux a lieu pendant la communauté. Par conséquent, les créances antérieures à la communauté échappent au régime des créances entre époux. La créance entre époux suppose un transfert de valeur entre propres ; la communauté n'est pas impliquée. Il ne s'agit donc pas d'une récompense dont le règlement est reporté jusqu'à la dissolution de la communauté. L'**exigibilité des créances entre époux n'est pas différée**, de sorte que ces créances peuvent donner lieu à un paiement immédiat. Mais la prescription est suspendue entre époux

(C. civ., art. 2236), de sorte que le point de départ est reporté au jour de la dissolution du mariage (ex. au jour où le divorce a acquis l'autorité de la chose jugée).

Les causes de la créance sont diverses. Par exemple, est débiteur l'époux qui a bénéficié d'un prêt sur les propres de son conjoint aux fins d'acquérir un propre ou d'acquitter une dette personnelle, ou l'époux qui, ayant reçu mandat de gérer les propres de son conjoint *(C. civ., art. 1478)*, a négligé d'en percevoir les fruits ou les a consommés frauduleusement *(C. civ., art. 1432, al. 2)*, ou encore, pour la moitié de la dot, l'époux dont le conjoint a consenti à un enfant commun une donation sur un bien personnel *(C. civ., art. 1438, al. 2)*.

B Le régime de la créance entre époux

1 L'évaluation des créances entre époux

Sauf convention contraire, les créances entre époux sont évaluées selon la règle (elle-même supplétive) prévue à l'article 1469, alinéa 3, applicable aux récompenses *(C. civ., art. 1479, al. 2)*.

Le renvoi au seul article 1469, alinéa 3, conduit à évaluer la créance entre époux plus favorablement que la récompense. En effet, si la valeur prêtée a servi à acquérir, conserver ou améliorer un propre du conjoint, la créance ne peut être moindre que le profit subsistant, ni inférieure à la dépense faite lorsque le profit subsistant est inférieur à celle-ci *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2008, n° 07-19.710)*. En matière de récompense, le plancher de la dépense faite ne concerne que les dépenses nécessaires.

Jurisprudence

La valorisation des créances entre époux n'est pas applicable aux créances entre époux postérieures à la dissolution de la communauté, de sorte que l'époux devenu créancier après la dissolution ne peut prétendre qu'au montant des sommes versées *(Cass. civ. 1re, 4 nov. 2015, n° 14-11.845)*.

Contrairement aux récompenses, les créances entre époux portent intérêt de plein droit non pas du jour de la dissolution, mais du jour de la sommation *(C. civ., art. 1479, al. 1er)*, sauf pour les intérêts des créances évaluées en considération du profit subsistant qui courent à compter de la liquidation *(C. civ., art. 1479, al. 2)*.

2 Le règlement des créances entre époux

Les créances entre époux peuvent être réglées pendant la communauté. Après le partage, l'époux créancier exerce sa créance sur la part qui est échue à l'époux débiteur dans la communauté ou sur ses biens personnels *(C. civ., art. 1478)*. La créance ne donne pas lieu à prélèvement *(C. civ., art. 1479)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

- B. VAREILLE, Communauté légale : liquidation et partage, Rép. Dalloz
- A. TISSERAND, Régime légal : la liquidation-partage, JCP N 2015, n° 28, p. 49
- B. VAREILLE, Brèves réflexions critiques à propos de l'article 1469 du Code civil, JCP N 2014, n° 31-35, p. 13

– R. MÉSA, Recel de communauté et recel successoral : non bis in idem, RLDC 2018, n° 156, p. 28
– E. FRAGU, Remboursement d'un emprunt pendant l'indivision post-communautaire, RJPF 2017, n° 12, p. 32

TITRE 2

LES RÉGIMES CONVENTIONNELS

Fiche n° 23 La communauté conventionnelle

Fiche n° 24 La séparation de biens et le régime de participation aux acquêts

Fiche n° 23 La communauté conventionnelle

⏭ L'ESSENTIEL

Le contrat de mariage peut modifier les règles de la communauté légale, sous réserve de ne pas porter atteinte au régime primaire. Les règles de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties *(C. civ., art. 1497, in fine)*. Les clauses matrimoniales réglementées par la loi ne sont pas limitatives. En stipulant une clause relative à la composition de la communauté, les époux peuvent prévoir que tous les biens seront communs (communauté universelle), que tous les meubles seront communs (communauté de meubles et acquêts) ou encore que certains biens seront communs par dérogation au régime légal (clause d'apport). Selon le principe de la corrélation de l'actif et du passif, toutes les dettes (communauté universelle) ou une fraction des dettes de chaque époux (autres communautés conventionnelles) seront communes. Au contraire, les époux peuvent stipuler que certains biens n'entreront pas en communauté (clause d'exclusion). Les clauses relatives à la liquidation et au partage de la communauté sont nombreuses : clause relative aux récompenses, faculté offerte à un époux de se faire attribuer un bien moyennant ou non versement d'une indemnité, clauses de partage inégal. Par exemple, la combinaison de la communauté universelle avec une clause

d'attribution intégrale permet d'avantager le conjoint survivant. La stipulation d'une clause alsacienne s'impose pour éviter qu'un époux s'enrichisse grâce à la communauté universelle, par exemple, en obtenant un divorce peu de temps après le mariage. La plupart de ces clauses sont des avantages matrimoniaux qui échappent aux règles de la réserve héréditaire, sous réserve de l'action en retranchement.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les clauses relatives à la composition de la communauté

I. La communauté de meubles et acquêts

A L'actif de la communauté de meubles et acquêts

L'actif commun comprend
- les **biens communs selon le régime de la communauté légale**,
- les **meubles** dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de leur mariage ou qui leur sont échus depuis par succession ou libéralité *(C. civ., art. 1498)*.

Par exception, le donateur ou testateur peut toujours stipuler que le bien sera propre au bénéficiaire de la libéralité (**clause d'exclusion** de la communauté).

Sont exclus de la communauté les **meubles propres par nature** *(C. civ., art. 1498, al. 2)* et les biens qui leur sont subrogés, ainsi que les droits d'auteur, à l'exception des produits pécuniaires résultant de l'exploitation de l'œuvre et de l'œuvre elle-même qui entrent en communauté *(CPI, art. L. 121-9)*.

En principe, les immeubles sont propres ou communs selon les règles du régime de la communauté légale. Cependant, l'immeuble acquis après la conclusion du contrat de mariage, contenant stipulation de communauté de meubles et acquêts, mais avant la célébration du mariage, est commun, sauf clause contraire du contrat de mariage *(C. civ., art. 1498, al. 3)*.

B Le passif de la communauté de meubles et acquêts

Le passif commun est composé :
- des **dettes communes selon le régime légal**,
- une **fraction des dettes présentes**, dont les époux étaient déjà tenus au moment du mariage, **et des dettes futures**, dont se trouvent chargées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage *(C. civ., art. 1499)*.

1 L'obligation à la dette

Les **créanciers dont la créance est née durant la communauté** peuvent poursuivre leur paiement sur les biens communs selon les mêmes conditions que dans le régime légal, et sur les propres du ou des époux débiteurs.

Les **créanciers antérieurs** (dettes présentes) peuvent toujours saisir les propres de l'époux débiteur, ainsi que ses revenus *(C. civ., art. 1501 ; combinaison des articles 1497, dernier al. et 1411)*.

Les **créanciers antérieurs et ceux dont la créance grève une succession ou libéralité** (dettes futures) peuvent toujours saisir les **meubles qui sont entrées en communauté** en application de l'article 1498, même au-delà de la fraction du passif que celle-ci doit supporter *(C. civ., art. 1501)*. De plus, si les meubles entrés en

communauté ont été **confondus avec les autres biens communs**, leur droit de gage s'étend à **tous les biens communs** *(C. civ., art. 1501)*. Il est donc impératif d'établir un inventaire des meubles propres entrés en communauté lors du mariage et à l'occasion d'une succession ou libéralité.
Enfin, **en l'absence de confusion**, ces mêmes créanciers peuvent toujours agir sur n'importe quel bien commun jusqu'à concurrence de la **fraction des dettes mises à la charge définitive de la communauté** *(C. civ., art. 1499)*.

2 La contribution à la dette

La communauté supporte, à titre définitif, une fraction du passif correspondant à la **fraction de l'actif reçu par la communauté** *(C. civ., art. 1499)* :

- par rapport au patrimoine de l'époux (**meubles entrés en communauté / patrimoine de l'époux**) pour les dettes présentes au jour du mariage ;
- par rapport à l'ensemble des biens objet de la succession ou de la libéralité recueillie par l'époux (**meubles entrés en communauté / valeur de l'ensemble des biens revenant à l'époux**) pour les dettes futures.

Si des deniers communs ont servi à acquitter des dettes présentes lors du mariage ou grevant une succession ou libéralité au-delà de la fraction de l'article 1499, récompense sera due par l'époux concerné à la communauté.

II. La communauté universelle

A La composition de la communauté universelle

1 L'actif commun

Tous les biens entrent en communauté. Par exception, échappent à la communauté :

– les biens donnés ou légués grevés d'une **clause d'exclusion** de la communauté, et
– sauf clause contraire, les **biens propres par nature** au sens de l'article 1404 *(C. civ., art. 1526)*.

En toute hypothèse, lorsque la distinction du titre et de la finance est applicable, le titre (titre professionnel, autorisation d'exploitation, qualité d'associé) reste exclusivement attaché à la personne.

2 Le passif commun

Selon le principe de la corrélation entre actif et passif, **toutes les dettes présentes et futures sont communes quant à l'obligation et quant à la contribution à la dette** *(C. civ., art. 1526, al. 2)*. Ainsi, la communauté est tenue de régler la prestation compensatoire due à un précédent conjoint *(Cass. civ. 1re, 15 oct. 1996, n° 94-19.418)*.

a) L'obligation à la dette

Les articles 1413 à 1415 sont applicables. Par conséquent, la communauté n'est engagée par un emprunt contracté par un époux seul que si cet emprunt portait sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante ou si le conjoint de l'époux contractant y avait expressément consenti *(Cass. civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-24.616)*. **En l'absence de consentement exprès du conjoint, le créancier ne pourra saisir que les propres et les revenus de l'époux ayant souscrit un cautionnement ou un emprunt**. En pratique, le gage du créancier se réduira aux revenus de l'époux débiteur.

L'article 1414 du Code civil **interdit au créancier qui peut poursuivre son paiement sur les biens communs de saisir les gains et salaires du conjoint de l'époux débiteur**.

Le bénéfice d'émolument prévu par l'article 1483 du Code civil est applicable, de sorte que le conjoint qui n'a pas souscrit la dette ne sera tenu, **après partage**, que dans la double limite de 50 % des dettes entrées en communauté du chef de son conjoint et de sa part dans le partage.
Cependant, l'époux survivant, bénéficiaire d'une **clause d'attribution intégrale** de la communauté, ne peut invoquer l'article 1483, et doit acquitter **définitivement toutes les dettes sur tout son patrimoine** *(Cass. civ. 1re, 16 mars 2004, n° 01-17.292)*.

b) La contribution à la dette

En principe, toutes les dettes sont à la charge définitive de la communauté. Par exception, le paiement des dettes délictuelles et des dettes grevant les biens propres ouvrent droit à récompense.

B La gestion de la communauté universelle

Comme pour le régime légal, le principe est la gestion concurrente des biens communs *(C. civ., art. 1421)*. La cogestion s'impose néanmoins pour les actes graves comme en régime légal. La gestion exclusive prévaut toujours pour les gains et salaires *(C. civ., art. 223)*.

Jurisprudence

Lorsque la communauté recueille la part d'héritage d'un époux, l'époux héritier appelé à la succession peut seul exercer, en demande et en défense, une action qui ne tend qu'au partage des biens indivis *(Cass. civ. 1re, 2 avr. 2008, no 07-11.254)*.

Conformément à l'article 1423, le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté, et le légataire ne peut réclamer le bien commun que si celui-ci tombe dans le lot des héritiers du testateur, sinon il n'a droit qu'à la valeur du bien légué. Or, si les époux ont stipulé une clause d'attribution intégrale, le legs est frappé de caducité puisqu'aucun bien commun n'entrera dans la succession du disposant. Toutefois, le légataire peut, même en présence d'une clause d'attribution intégrale, se prévaloir du legs si les héritiers du disposant exercent la faculté de reprise des biens tombés dans la communauté du chef de leur auteur *(C. civ., art. 1525, al. 2)*.

III. La clause d'apport de propre à la communauté

La clause d'apport ou clause d'entrée en communauté permet de stipuler que des biens qualifiés de propres selon le régime applicable seront communs. La clause peut viser des biens en particulier ou certaines catégories de biens. Par exemple, la clause d'apport à la communauté de meubles et acquêts d'un immeuble acquis par un époux avant le mariage. Un tel apport **n'ouvre pas droit à récompense au profit de l'époux apporteur**, à moins que la clause ne soit complétée par une stipulation de reprise en valeur lors de la dissolution. La communauté devenue propriétaire ne peut prétendre à aucune récompense dans le cas où des deniers communs ont financé des dépenses d'acquisition ou d'amélioration du bien.

Jurisprudence

L'apport d'un immeuble stipulé dans un contrat de mariage n'implique aucun mouvement de valeur entre la masse propre de l'époux et la masse commune réalisé au cours de l'application du régime matrimonial, de sorte que la communauté ne doit pas récompense à l'époux apporteur *(Cass. civ. 1re, 3 oct. 2019, n° 18-20.430)*.

La clause permet également de favoriser le conjoint survivant, notamment si l'apport porte sur la résidence de ce conjoint qui pourra en demander l'attribution préférentielle *(C. civ., art. 831-2 et -3)*. La doctrine soutient que l'article 1501 du Code civil s'applique par analogie à la clause d'apport, de sorte que les créanciers antérieurs conservent le droit de saisir les biens qui formaient auparavant leur gage.

IV. Les clauses d'exclusion de biens de la communauté

La licéité de la clause d'exclusion a pour seule limite l'existence même de la communauté. Certains biens, tels que les gains et salaires, seraient par essence communs. Au contraire, la clause d'exclusion des revenus de propres est licite. La clause peut viser un ensemble de biens ou un bien déterminé.

La clause de stipulation de propre permet, par anticipation, de **qualifier de propre un futur bien commun, ou de qualifier de propre un bien commun à l'occasion d'un changement de régime matrimonial**. Par exemple, l'acte d'acquisition stipulant un remploi ne peut écarter la règle de l'article 1436 du Code civil selon laquelle le bien acquis tombe en communauté si la contribution de celle-ci est

supérieure à celle de l'époux acquéreur *(Cass. civ. 1re, 19 mai 1998, n° 95-22.083)*. En revanche, le contrat de mariage peut déroger à cette disposition. **Sauf clause contraire, la communauté a alors un droit à récompense**.

V. Les clauses relatives à la contribution de la communauté au passif commun

La clause d'exclusion de dette permet de sortir du passif commun une dette qui aurait dû être à la charge définitive de la communauté, telle qu'une dette alimentaire *(C. civ., art. 1409)* ou une prestation compensatoire *(C. civ., art. 1526, al. 2)*.

Par ailleurs, les époux qui choisissent un régime de communauté conventionnel (communauté universelle ou de meubles et acquêts) peuvent avoir intérêt à stipuler une clause de séparation de dettes. Les dettes présentes (au jour du mariage) ou futures (grevant une succession ou une libéralité) seront à la charge définitive de l'époux débiteur.

Ces clauses **ne modifient pas les règles d'obligation à la dette**. Si la communauté a réglé la dette, elle aura droit à récompense.

§2 Les clauses relatives à la gestion de la communauté

I. Les règles impératives

Les époux ne peuvent, par convention, déroger aux dispositions du régime impératif : libre disposition des gains et salaires *(C. civ., art. 223)* ; autonomie bancaire *(C. civ., art. 221)*, présomption de pouvoir sur les meubles *(C. civ., art. 222)* ; protection du logement familial *(C. civ., art. 215, al. 3)* ; cas de restrictions de pouvoir, d'autorisation

ou d'habilitation judiciaires *(C. civ., art. 217, 219 et 220-1)*. L'aménagement des pouvoirs ne peut résulter que du mandat librement révocable prévu à l'article 218. De même, la gestion des biens propres relève du pouvoir exclusif de l'époux propriétaire *(C. civ., art. 225),* sous réserve du mandat *(C. civ., art. 1431)*. Il s'ensuit, par exemple, qu'un époux ne saurait s'obliger, par avance, à exercer ou non la faculté d'emploi ou de remploi de propres.

II. La clause d'administration conjointe de la communauté

Les époux peuvent convenir qu'ils administreront conjointement la communauté. Les actes d'administration et de disposition des biens communs sont faits sous la signature conjointe des deux époux et ils emportent de plein droit solidarité des obligations. Les actes conservatoires peuvent être faits séparément par chaque époux *(C. civ., art. 1503)*. La cogestion des biens communs devient ainsi le principe. Par exemple, les époux ne pourront l'un sans l'autre accomplir un acte d'administration et de disposition nécessaire à l'exercice de la profession d'un époux *(dérogation à l'article 1421, al. 2 du Code civil)*. Non seulement une telle clause alourdit considérablement la gestion de la communauté, mais la méconnaissance de la cogestion serait sanctionnée par la nullité *(C. civ., art. 1427 par analogie)*.

§3 Les clauses relatives à la liquidation et au partage de la communauté

I. Les clauses d'aménagement des récompenses et des créances entre époux

La convention matrimoniale peut dispenser de toute récompense l'époux qui s'enrichirait aux dépens de la communauté et/ou la

communauté qui s'enrichirait au détriment des propres d'un époux. En revanche, les époux ne peuvent, par simple contrat, déroger au régime des récompenses pendant la communauté, alors que toute convention relative au partage conclue au cours de l'instance en divorce est licite. Bien entendu, la clause peut exclure une récompense dans un cas précis, par exemple, pour les dépenses d'amélioration et de conservation d'un propre servant de logement familial.

Jurisprudence

La clause peut modifier l'évaluation légale des récompenses : « *les dispositions de l'article 1469 qui fixent le mode de calcul des récompenses, s'imposent, lorsqu'elles n'ont pas été écartées par le contrat de mariage ou par une convention passée pendant l'instance en divorce ou postérieurement à la dissolution de la communauté* » *(Cass. civ. 1re, 28 juin 1983, n° 82-12.926)*.

Une clause peut également imposer une récompense au profit de la communauté en cas d'amélioration d'un propre résultant de l'industrie personnelle d'un époux castor. À défaut d'une telle clause, ce travail n'ouvre pas droit à récompense *(Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, n° 11-25.444 ; Cass. civ. 1re, 13 oct. 2021, n° 19-24.008)*.

Dans la même veine, une clause peut prévoir une récompense au profit de la communauté à raison du paiement des intérêts de l'emprunt contracté pour l'acquisition d'un propre. En effet, la solution retenue par l'arrêt *Authier* peut se révéler injuste lorsque la communauté est dissoute avant le remboursement du prêt, et que les échéances réglées ont surtout servi à payer les intérêts.

Enfin, le contrat de mariage peut modifier les règles d'évaluation des créances entre époux.

II. La clause d'attribution d'un bien contre indemnité

A La clause de prélèvement moyennant indemnité

Le contrat de mariage peut stipuler que le conjoint survivant, ou l'un des époux seulement en cas de dissolution de la communauté, pourra, avant tout partage, **prélever contre indemnité un ou plusieurs biens communs** *(C. civ., art. 1511)*. Le bien, objet du prélèvement, doit être déterminé ou déterminable.
Si l'avantage matrimonial est stipulé au profit du conjoint survivant, il est révoqué de plein droit en cas de divorce *(C. civ., art. 265)*. En revanche, la faculté de prélèvement accordée à l'un des époux peut être stipulée dans tous les cas de dissolution de la communauté, et ne profite qu'à un seul époux.

Le prélèvement est une **faculté de l'époux bénéficiaire**. Elle lui est personnelle si bien que ni ses créanciers, ni ses héritiers ne peuvent exiger le prélèvement. À peine de caducité, elle doit être exercée dans un délai d'un mois à compter du jour où l'autre époux ou ses héritiers auront mis en demeure l'époux bénéficiaire de prendre parti *(C. civ., art. 1513)*. Cette mise en demeure peut intervenir après la dissolution mais toujours avant le partage global de la communauté.

Le prélèvement est une **opération de partage**, de sorte que les biens prélevés s'imputent sur la part dans la communauté de l'époux bénéficiaire *(C. civ., art. 1514)*. L'indemnité est donc réglée en moins prenant, sous réserve du paiement d'une soulte si la valeur du prélèvement excède la part de l'époux bénéficiaire. L'article 1512 prévoit que le contrat de mariage peut fixer des bases d'évaluation et

des modalités de paiement de la soulte. De plus, la valeur des biens est appréciée au jour du partage, mais les époux peuvent en convenir autrement *(C. civ., art. 1511 in fine)*. De fait, le prélèvement peut s'effectuer par anticipation, avant le partage global de la communauté, et s'apparente alors à un partage partiel car l'époux bénéficiaire devient propriétaire du bien prélevé.

B La clause commerciale

La clause de prélèvement moyennant indemnité *(C. civ., art. 1511)* se distingue de la clause d'attribution d'un propre (dite commerciale car souvent relative à un fonds de commerce) selon laquelle le conjoint survivant a la **faculté d'acquérir ou de se faire attribuer dans le partage certains biens propres du prédécédé, contre indemnité** *(C. civ., art. 1390)*. Inventée au 19e siècle par la pratique notariale, la clause commerciale a été jugée illicite car constitutive d'un pacte sur succession future *(Cass. civ., 11 janv. 1933)* avant d'être validée par la loi **uniquement au profit du conjoint survivant**. Les biens doivent être déterminés par le contrat de mariage qui peut, en outre, en fixer les modalités d'évaluation et de paiement *(C. civ., art. 1391)*. La faculté ouverte au survivant est caduque s'il ne l'a pas exercée, par une notification faite aux héritiers, dans le délai d'un mois à compter du jour où ceux-ci l'auront mis en demeure de prendre parti *(C. civ., art. 1392)*.

III. La clause de préciput (ou de prélèvement sans indemnité)

Le contrat de mariage peut stipuler que le survivant des époux (clause bilatérale), ou l'un d'eux s'il survit (clause unilatérale), sera autorisé à **prélever sur la communauté, avant tout partage, un ou plusieurs biens déterminés, sans que ce prélèvement soit imputé sur son lot dans le partage de la communauté** *(C. civ., art. 1515)*.

Le préciput n'est pas une donation *(C. civ., art. 1516),* mais un avantage matrimonial pouvant éventuellement donner lieu à une action en retranchement *(C. civ., art. 1527, al. 2)* et qui est révoqué de plein droit en cas de divorce *(C. civ., art. 265)*.

(C. civ., art. 1518)
« Lorsque la communauté se dissout du vivant des époux, il n'y a pas lieu à la délivrance du préciput ; mais l'époux au profit duquel il a été stipulé, conserve ses droits pour le cas de survie, sous réserve de l'article 265 (…) »

En cas de dissolution de la communauté pour une cause autre que le décès et le divorce, l'avantage est donc maintenu et prendra effet au décès du conjoint de l'époux préciputaire, de telle sorte que le partage définitif de la communauté n'interviendra qu'à cette date. C'est la raison pour laquelle l'époux préciputaire peut exiger une caution de son conjoint en garantie de ses droits pour la période comprise entre le partage provisoire et le partage définitif *(C. civ., art. 1518)*.

La délivrance du préciput est une opération de partage : le préciputaire est réputé propriétaire depuis l'ouverture de la succession (effet déclaratif du partage), et le préciput ne peut être prélevé que sur l'actif net.

(C. civ., art. 1519)
« Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux sur le reste de la communauté. »

Le préciputaire peut donc poursuivre le paiement d'une valeur équivalente au préciput sur le reste des biens communs.

IV. L'inégalité du partage

Les clauses de partage inégal (parts inégales ; attribution intégrale) ne sont pas des donations mais des avantages matrimoniaux *(C. civ., art. 1525)*. Par conséquent, l'efficacité de la clause n'est pas limitée par la réserve héréditaire, sauf l'exercice de l'action en retranchement réservée aux enfants non communs.

A La clause de stipulation des parts inégales

Le contrat de mariage peut stipuler qu'un époux ou ses héritiers n'auront qu'une certaine part dans la communauté *(C. civ., art. 1521)*. La clause peut indiquer que seule la dissolution par décès donnera lieu à cet avantage aux fins de favoriser le conjoint survivant. La clause peut aussi être stipulée au profit d'un seul des époux ou de ses héritiers, et quelle que soit la cause de dissolution.

En cas de divorce, l'avantage est révoqué de plein droit, sauf volonté contraire de l'époux l'ayant consenti dans les formes prévues par l'art. 265, al. 2 (convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce).
La loi ne fixe pas de limite à la part de l'époux bénéficiaire (3/4 de la communauté, intégralité de la part du conjoint en usufruit…), mais l'attribution intégrale de la communauté à un époux n'est autorisée qu'en cas de survie d'un époux *(infra, C. civ., art. 1524)*.

Selon le principe de corrélation actif-passif, l'article 1521 du Code civil impose que **l'époux bénéficiaire supporte les dettes proportionnellement à sa part de l'actif commun**. Toute clause

contraire est réputée nulle. Après la dissolution, l'époux ayant consenti la stipulation de partage inégal sera tenu des dettes qu'il a souscrites et d'une part des dettes communes dans la limite du ratio (Part dans la communauté / Actif commun) et de son émolument. Quant à la contribution à la dette, l'époux bénéficiaire a la charge définitive des dettes communes proportionnellement à sa part (ex. 2/3 des dettes s'il a reçu 2/3 de la masse commune).

B La clause d'attribution intégrale de la communauté

Le contrat de mariage peut prévoir, **uniquement en cas de dissolution par décès**, l'attribution de la communauté entière au profit soit de l'époux désigné, soit du conjoint survivant *(C. civ., art. 1524)*.

Conformément au principe de corrélation actif-passif, l'époux qui retient la totalité de la communauté est obligé d'en acquitter **toutes les dettes**. L'époux bénéficiaire ne peut invoquer le bénéfice d'émolument *(Cass. civ. 1re, 16 mars 2004, n° 01-17.292)*.

Quant à la charge de la dette commune, la contribution à la dette entrée en communauté du chef du conjoint prédécédé repose sur le conjoint survivant bénéficiaire d'une clause d'attribution intégrale de la communauté, **dès lors qu'il n'est pas établi que l'époux prédécédé a souscrit cet engagement dans son intérêt personnel** *(Cass. civ. 1re, 5 déc. 2018, n° 16-13.323)*. Il appartient donc à l'époux bénéficiaire de démontrer que la dette a été contractée dans l'intérêt personnel du conjoint prédécédé. À défaut, il sera tenu de cette dette, peu importe qu'il s'agisse d'un emprunt souscrit sans le consentement du conjoint qui n'engage pas la communauté.

Les héritiers du conjoint prédécédé ont un **droit de reprise de s apports et capitaux tombés en communauté** du chef de leur auteur *(C. civ., art. 1525, al. 2)*. Les héritiers doivent établir la consistance des apports, c'est-à-dire des biens dont était propriétaire leur auteur avant leur apport à la communauté, et des capitaux, c'est-à-dire des biens acquis à titre gratuit par leur auteur pendant l'union et entrés en communauté selon les règles du régime matrimonial applicable. Les héritiers ont alors la qualité de copartageants. La reprise est en principe effectuée en nature, sous réserve d'une indemnité à la communauté si le bien a été conservé ou amélioré. Selon la doctrine, les héritiers ne sont tenus que des dettes grevant l'apport. En revanche, ils ne sont pas tenus des autres dettes communes.

Le contrat de mariage peut exclure le droit de reprise *(C. civ., art. 1525, al. 2)*, ce qui est essentiel car le droit de reprise peut faire purement et simplement obstacle à la stipulation de l'inégalité du partage. L'héritier perd alors sa qualité de copartageant. En outre, il n'aura aucune créance à faire valoir sur la succession du conjoint survivant au titre de la valeur du droit de reprise dont il a été évincé *(Cass. civ. 1re, 25 sept. 2013, n° 12-23.111)*.

C La clause de reprise d'apports

En régime de communauté universelle, la clause de reprise d'apports (ou clause alsacienne) permet à chacun des époux, **en cas de divorce, de reprendre les biens qu'il a apportés à la communauté**, c'est-à-dire les biens présents au jour de l'adoption de la communauté et/ou les biens acquis à titre gratuit pendant l'union. Par exemple, si un époux indigent se marie avec une épouse fortunée sous le régime de la communauté universelle et obtient le divorce un an après. En l'absence de clause alsacienne, l'époux récupérera la moitié de la fortune. Avec la clause, il retrouvera sa situation patrimoniale d'avant mariage.

L'article 265, selon lequel le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage, dispose à son troisième alinéa que « *si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ». Pour autant, la clause ne confère **aucun avantage matrimonial** *(Cass. civ. 1re, 17 nov. 2010, n° 09-68.292)*. Elle ne s'applique qu'en cas de **dissolution de la communauté pour une cause autre que le décès**. La reprise peut porter sur les biens apportés ou ceux qui leur ont été subrogés. Si les biens repris ont été conservés, améliorés ou acquis grâce à des deniers communs, récompense sera due à la communauté.

§4 Les avantages matrimoniaux

I. La notion d'avantage matrimonial

(C. civ., art. 1527, al. 1er)
« Les avantages que l'un des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations. »

L'éviction de la qualification libérale des avantages matrimoniaux est expressément prévue pour les clauses de préciput, de partage inégal ou d'attribution intégrale de la communauté.

Jurisprudence

Les avantages matrimoniaux résultent directement du fonctionnement du régime matrimonial et sont constitués par les seuls profits que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle ou qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes *(Cass. civ. 1re, 3 déc. 2008, n° 07-19.348)*.

II. Le régime de l'avantage matrimonial

A L'éviction du droit des libéralités

En l'absence d'enfants non issus des deux époux, **les avantages matrimoniaux ne sont pas limités par la réserve héréditaire** et ne sauraient dès lors être réduits. Ils **ne s'imputent pas sur les droits successoraux du conjoint survivant, ni sur sa quotité disponible spéciale**.

Enfin, les avantages matrimoniaux ne sont pas assujettis aux droits de mutation à titre gratuit applicables aux libéralités entre conjoints.

Jurisprudence

N'étant pas une donation, l'avantage matrimonial n'est pas révocable pour cause d'ingratitude *(Cass. civ. 1re, 7 avr. 1998, n° 96-14.508, assassinat de l'épouse)*.

B L'action en retranchement

En présence d'**enfants non issus des deux époux**, toute convention qui a pour conséquence de donner à l'un des époux **au-delà de la**

quotité disponible spéciale de l'article 1094-1 du Code civil est sans effet pour tout l'excédent *(C. civ., art. 1527, al. 2)*.

La quotité dont peut disposer un époux ayant des enfants ou descendants au profit de son conjoint correspond soit à la quotité disponible (ordinaire) de l'article 913 du Code civil, soit à un quart des biens en propriété et les trois autres quarts en usufruit, soit à la totalité de ses biens en usufruit *(C. civ., art. 1094-1)*.

Si l'avantage matrimonial excède la quotité disponible de l'article 1094-1, les enfants de l'époux prédécédé non issus du conjoint survivant peuvent exiger la réduction de ces avantages. L'action en réduction est divisible : chaque héritier (non issus des deux époux) peut l'exercer pour récupérer sa part de réserve.

(C. civ., art. 921, al. 2)
« Le délai de prescription de l'action en réduction est fixé à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, ou à deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès. »

Néanmoins, chaque titulaire de l'action en retranchement peut renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant *(C. civ., art. 1527, al. 3)*. La renonciation est établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires.

Pour savoir si l'avantage matrimonial excède la quotité disponible spéciale, il faut procéder, d'une part, à la liquidation des droits du conjoint selon le régime conventionnel et, d'autre part, à la

liquidation fictive de ses droits selon le régime légal. Si la différence entre la valeur respective des droits du conjoint survivant dans ces deux régimes (*i.e.* l'avantage matrimonial) excède la quotité de l'article 1094-1, alors les droits du conjoint survivant doivent être réduits dans la mesure des droits des héritiers réservataires. En d'autres termes, l'avantage matrimonial s'impute sur la quotité disponible spéciale entre époux, l'excédent revenant aux héritiers réservataires. La quotité disponible est calculée à partir de l'actif net successoral (biens existants au décès – passif + réunion fictive des donations et avantages matrimoniaux), toutes évaluations devant s'effectuer au jour de l'ouverture de la succession.

C Le sort de l'avantage matrimonial et des donations en cas de divorce

– Le divorce est sans incidence sur les **avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage** *(C. civ., art. 265, al. 1er)* : clauses relatives à la composition active ou passive de la communauté. En revanche, le divorce emporte révocation des avantages **matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial** : clauses relatives au partage de la communauté. L'époux qui a consenti l'avantage peut exprimer sa volonté de le maintenir *(C. civ., art. 265, al. 2)*. Enfin, la clause alsacienne n'étant pas un avantage matrimonial, elle produit son effet en cas de divorce.

– À l'instar des avantages matrimoniaux, les donations de biens présents ne sont pas révoquées par l'effet du divorce *(C. civ., art. 1096, al. 2 et 256, al. 1er)*. En revanche, les dispositions à cause de mort (legs, institution contractuelle) sont révoquées de plein droit par l'effet du divorce, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties *(C. civ., art. 256, al. 2)*. Par exemple, si le contrat de

mariage prévoit que le conjoint survivant a droit à l'intégralité des biens propres de l'époux prédécédé, cette disposition est révoquée de plein droit en cas de divorce.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

- R. MÉSA, Détermination du passif dans le régime de la communauté universelle et relativité de la protection du conjoint survivant attributaire de la communauté, RLDC 2019, n° 169, p. 18
- E. ROUSSEAU, Remarques sur la responsabilité du notaire dans le choix du régime matrimonial, D. 2018, p. 2474
- S. PELLET, De l'avantage conjugal, D. 2019, p. 265

Fiche n° 24 La séparation de biens et le régime de participation aux acquêts

⏭ L'ESSENTIEL

Dans le régime de séparation de biens, il n'y a pas de communauté. Par conséquent, l'actif des époux n'est constitué que de biens propres, ce qui n'empêche pas que certains biens soient indivis notamment lorsque leur caractère propre n'est pas prouvé. Seul l'époux ayant contracté une dette est engagé tant au regard de l'obligation à la dette que de la contribution à la dette. Cela explique que le régime séparatiste soit particulièrement adapté lorsqu'un époux exerce une profession qui l'expose à des risques financiers. Le régime de participation aux acquêts fonctionne comme la séparation de biens pendant le mariage : il n'y a pas de communauté. Mais, à la dissolution du régime, chaque époux peut réclamer à son conjoint ou à ses héritiers une créance de participation correspondant à l'enrichissement de ce conjoint pendant le mariage qui, en régime de communauté, aurait profité à la communauté.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La séparation de biens

La séparation de biens peut résulter du contrat de mariage, d'un changement de régime matrimonial, de la séparation de biens judiciaire ou de la séparation de corps.

Lorsque la séparation de biens a une origine conventionnelle, les époux peuvent stipuler certaines clauses pour moduler le régime séparatiste : clause de présomption de propriété *(C. civ., art. 1538, al. 2)* ; clause commerciale *(C. civ., art. 1390)* ; clause de société d'acquêts, aménagement des récompenses, clause de préciput, etc.

I. La composition des patrimoines

A L'actif

1 La propriété exclusive des époux

Chaque époux a la propriété exclusive des biens acquis pendant le mariage et de ses revenus (gains et salaires, revenus des propres).

Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien *(C. civ., art. 1538, al. 1er)*. Mais c'est surtout le titre qui établit la propriété. De jurisprudence constante, **le bien appartient à celui dont le titre établit la propriété sans égard à son financement** *(Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-16.612)*. En outre, une facture, même non acquittée, est de nature à établir, sauf preuve contraire, l'acquisition d'un bien par celui au nom duquel elle est établie (même arrêt). En revanche, la carte grise d'un véhicule ne constitue qu'une pièce administrative qui a pour seul objet de permettre la mise en circulation des véhicules et ne vaut pas titre de propriété.

L'époux qui prouve avoir financé en tout ou partie le bien acquis par son conjoint dispose d'une créance contre ce dernier *(Cass. civ. 1re, 23 janv. 2007, n° 05-14.311)*.

Jurisprudence

La preuve par un époux de sa propriété exclusive sur un bien ne peut résulter de la possession : les règles de preuve de la propriété entre époux séparés de biens édictées par l'article 1538 excluent l'application de l'article 2276 du Code civil *(Cass. civ. 1re, 8 oct. 2014, n° 13-22.938, qui exclut la présomption de don manuel ; Cass. civ. 1re, 7 nov. 1995, n° 92-10.051)*.

2 La présomption conventionnelle de propriété

Le contrat de mariage peut établir des **présomptions de propriété qui ont effet tant à l'égard des tiers que des époux** *(C. civ., art. 1538, al. 2)*. Ces présomptions ne peuvent pas être stipulées irréfragables. La **preuve contraire est de droit** et se fait par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux.

Par exemple, le contrat de mariage peut prévoir que tous les meubles liés à l'activité professionnelle d'un époux sont sa propriété exclusive. Elle peut même désigner comme propriétaire des biens qu'elle vise le conjoint survivant.

Jurisprudence

Les époux peuvent, par acte sous seing privé et sans remettre en cause le principe de la présomption, déroger à la présomption en décidant que certains biens seront la propriété exclusive de l'autre époux *(Cass. civ. 1re, 30 juin 1993, no 90-17.602)*.

La clause peut stipuler qu'à défaut de preuve contraire, les effets, bijoux, fourrures et objets à usage personnel de l'un ou de l'autre des époux sont présumés appartenir à celui d'entre eux qui en a l'usage *(Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007, no 0 4-20.626)*.

3 La propriété indivise des époux

L'indivision entre époux peut résulter d'une convention d'indivision, du contrat de mariage ou de la présomption légale.

– En cas d'**achat en indivision**, chaque époux est propriétaire de la moitié du bien, sauf si le titre en dispose autrement. Les époux peuvent tenir compte de l'apport de chacun dans le financement du bien, mais ils peuvent également déterminer des quotes-parts qui ne sont pas proportionnelles à leurs apports. L'acte d'acquisition peut stipuler une clause de tontine.

– Le contrat de mariage peut stipuler une clause de **présomption d'indivision** selon laquelle certains biens ou catégories de biens seront la propriété indivise des époux (ex. : les meubles meublants).

– *« Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont **réputés leur appartenir indivisément**, à chacun pour moitié » (C. civ., art. 1538, al. 2, comp. art. 515-5, al. 2).*

Jurisprudence

La présomption (conventionnelle ou légale) est opposable aux tiers, de sorte que le créancier qui souhaite saisir un bien présumé indivis doit établir que son débiteur en est le seul propriétaire *(pour la saisie-attribution d'un compte commun : Cass. civ. 1re, 20 mai 2009, n° 08-12.922)*.

4 La société d'acquêts

Le contrat de mariage peut stipuler que certains biens (ex. : logement familial) ou catégories de biens (immeubles, meubles ou biens professionnels, gains et salaires) seront soumis au régime de la communauté légale (propriété, gestion, avantages matrimoniaux, etc.). La clause peut néanmoins préciser les conditions dans lesquelles la qualification d'acquêts sera écartée (par ex. le bien acquis en son nom personnel par un époux).

Jurisprudence

La société d'acquêts n'étant pas une simple indivision entre époux, les biens qui la composent sont soumis aux règles de la communauté légale, de sorte qu'un époux ne peut engager l'immeuble commun par un cautionnement ou un emprunt qu'avec le consentement exprès de son conjoint *(Cass. civ. 1re, 25 nov. 2003, n° 02-12.942)*.

La société d'acquêts étant une communauté conventionnelle, elle prime la présomption d'indivision de l'article 1538 *(Cass. civ. 1re, 28 nov. 1978, n° 77-12.253)*.

B Le passif

1 L'obligation à la dette

Selon le principe de la corrélation de l'actif et du passif, **chaque époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage** *(C. civ., art. 1536, al. 2)*. Peu importe que l'un des époux ait profité des dettes contractées par son conjoint.

Par exception, certaines dettes engagent **solidairement les époux** même séparés de biens :

– Les dettes ménagères *(C. civ., art. 220)* ;
– Les loyers du logement familial *(C. civ., art. 1751)* ;
– Les dettes fiscales en cas d'imposition commune ;
– Les dettes contractées solidairement (n.b. : la solidarité ne se présume pas).

Jurisprudence

Lorsqu'un époux faisait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, l'article L. 624-6 du Code de commerce permettait au mandataire judiciaire ou au liquidateur d'exiger que les biens acquis par le conjoint de l'époux débiteur au moyen de valeurs fournies par celui-ci soient réunies à l'actif de la procédure. L'action en réunion d'actifs était accueillie dès lors que le prix avait été partiellement payé par les deniers de l'époux débiteur. De plus, la preuve du financement par l'époux débiteur pouvait résulter de présomptions (présomption d'indivision notamment des fonds figurant sur un compte joint, absence de ressources de l'époux propriétaire pour payer le prix). Le Conseil constitutionnel a jugé ce texte inconstitutionnel *(Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212, QPC)* en raison, non du principe même de la réunion d'actifs, mais de l'insuffisance (et donc de la généralité) des conditions d'application, ce qui constituait une atteinte disproportionnée au droit de propriété du conjoint de l'époux débiteur.

2 La contribution à la dette

La charge définitive de la dette **incombe à l'époux qui l'a contractée**. L'époux qui a sciemment réglé la dette de son conjoint dispose d'un recours contre celui-ci à la condition que ce paiement ne soit pas libéral. Ainsi, l'époux caution ou codébiteur solidaire non intéressé à la dette dispose d'un recours. Il en va de même de l'époux *solvens* qui prouve l'existence d'une obligation de restitution à la charge de son conjoint (prêt, reconnaissance de dette) ou une gestion d'affaire.

Chaque époux contribue aux charges du mariage à proportion de ses facultés respectives *(C. civ., art. 214)*. L'époux qui a souscrit une obligation relevant des charges du mariage peut donc exiger la contribution de son conjoint. Si le contrat de mariage ne peut exonérer les époux de leur obligation de contribuer aux charges du mariage, il peut fixer une répartition différente de celle prévue à l'article 214. En pratique, les époux mariés sous le régime de la séparation de biens stipulent, dans leur contrat de mariage, une **clause selon laquelle chaque époux est réputé avoir acquitté au jour le jour sa contribution aux charges du mariage**, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature.

Jurisprudence

Les juges du fond disposent du pouvoir souverain d'estimer s'il ressortait de la volonté des époux que la présomption instaurée par la clause de contribution aux charges était irréfragable, ce qui interdisait à un époux de reprocher à l'autre de ne pas avoir exécuté son obligation de contribuer aux charges ou de prétendre que sa participation avait excédé ses facultés contributives.
En particulier, la clause stipulée irréfragable interdit à l'époux ayant financé l'acquisition du domicile conjugal de réclamer à l'autre, au moment de la liquidation du régime matrimonial, le versement d'une indemnité compensatrice au titre d'un prétendu excès de contribution aux charges du mariage pour avoir financé (seul ou majoritairement) l'acquisition de ce bien indivis *(Cass. civ. 1re, 25 sept. 2013, n° 12-21.892 ; Cass. civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 17-13.276)* ou appartenant en propre à son conjoint *(Cass. civ. 1re, 18 nov. 2020, n° 19-15.353)*.

Cependant, sauf convention matrimoniale contraire, l'apport en capital provenant de la vente de biens personnels pour financer un bien indivis ne participe pas de l'exécution de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, et ouvre droit à une créance entre époux *(Cass. civ. 1re, 3 oct. 2019, n° 18-20.828, en l'espèce, le contrat de mariage stipulait la clause classique relative à la contribution au jour le jour, laquelle ne permet donc pas de déroger au droit à l'indemnité de l'époux ayant réalisé l'apport en capital)*.

La clause stipulée irréfragable pose une difficulté car, selon l'article 1356, *in fine*, du Code civil, les contrats *« ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable »*. Un arrêt l'a alors qualifié de **clause de non-recours** entre les parties qui a la portée d'une fin de non-recevoir *(Cass. civ. 1re, 13 mai 2020, n° 19-11.444)*. La clause de non-recours en contribution aux charges du mariage ne fait pas obstacle, pendant la durée du mariage, au droit de chaque époux d'agir en justice pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage *(Cass. civ. 1re, 13 mai 2020, préc.)*. Mais, en pratique, l a question de la contribution aux charges se pose à la dissolution du mariage, *i.e.* après que la dépense a été faite.

Si la clause ne précise pas que les époux n'ont pas de recours, il est possible de soutenir qu'elle n'institue qu'une présomption simple autorisant chaque époux à prouver la disproportion de sa contribution aux charges du mariage.

Les époux séparés de biens font l'objet d'une imposition commune, les déclarations distinctes n'étant permises que s'ils ne vivent pas sous le même toit *(CGI, art. 6.4)*. Par conséquent, chacun des époux est tenu solidairement au paiement de l'impôt sur le revenu. Mais **l'impôt sur le revenu n'est pas une charge du mariage**, à laquelle « *chacun des époux était, selon leur convention matrimoniale, réputé avoir fourni sa part contributive* » *(Cass. civ. 1re, 19 mars 2002, n° 00-11.238)*. L'époux qui a acquitté l'intégralité de l'impôt peut donc demander à son conjoint le remboursement de sa part. Pour éviter de calculer la part de chaque époux dans l'imposition commune sur plusieurs années, le contrat de mariage peut prévoir que les époux sont réputés avoir participé au règlement de l'imposition commune à hauteur de leurs parts respectives et qu'aucun recours ne sera admis pour contester cette présomption.

II. La gestion des patrimoines

A Le principe de l'indépendance patrimoniale

Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels *(C. civ., art. 225 et 1536)*.

La règle de la gestion exclusive est inapplicable au bien indivis dont la gestion en présence de deux indivisaires est nécessairement soumise à la cogestion *(C. civ., art. 815-3)*, sauf désignation d'un gérant de l'indivision *(C. civ., art. 1873-5)* ou sauf s'ils ne disposent pas de droits indivis égaux.

B Les tempéraments

1 La cogestion du logement familial *(C. civ., art. 215, al. 3)*

2 Le mandat

(C. civ., art. 1539)
« Si pendant le mariage, l'un des époux confie à l'autre l'administration de ses biens personnels, les règles du mandat sont applicables. L'époux mandataire est, toutefois, dispensé de rendre compte des fruits, lorsque la procuration ne l'y oblige pas expressément. »

(C. civ., art. 1540, al. 1er)
« Quand l'un des époux prend en main la gestion des biens de l'autre, au su de celui-ci, et néanmoins sans opposition de sa part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration et de gérance, mais non les actes de disposition. »

Le mandat peut ainsi être exprès ou tacite. L'époux mandataire répond de sa gestion mais n'est comptable que des fruits existants et de ceux qu'il aurait négligé de percevoir ou consommé frauduleusement dans la limite de cinq années. En l'absence de fraude, l'époux gérant est donc dispensé de rendre compte des fruits qui n'existent plus. Toutefois, s'il s'est immiscé dans la gestion malgré l'opposition de son conjoint, l'époux gérant est responsable de tous les dommages consécutifs à son immixtion, ce qui impose la restitution de tous les fruits sans limitation *(C. civ., art. 1540, al. 3)*. Ces règles sont identiques en régime de communauté *(C. civ., art. 1432)*.

Jurisprudence

Les règles du mandat tacite ne peuvent être invoquées par le banquier dépositaire lequel est tenu, en sa qualité de professionnel, de ne restituer les fonds déposés qu'à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à celui qui a reçu procuration pour les recevoir *(Cass. civ. 1re, 29 juin 2011, n° 10-11.683)*. Est donc responsable, la banque qui a laissé le conjoint du dépositaire procéder à des retraits successifs et à des virements au préjudice de ce dernier sans vérifier l'existence d'une procuration.

3 La situation de crise conjugale

Chaque époux peut invoquer les règles du régime primaire : habilitation judiciaire *(C. civ., art. 219)*, mesures urgentes *(C. civ., art. 220-1)*. Ainsi, un époux ne peut être dessaisi de ses pouvoirs que dans les limites de l'article 220-1. En particulier, un manquement grave aux devoirs du mariage doit être caractérisé. À la différence du régime de communauté, il ne suffit pas qu'un époux mette en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire *(C. civ., art. 1429)*.

4 Les présomptions légales de pouvoir *(C. civ., art. 221 et 222)*

C L'emploi et le remploi de propres

De toute évidence, un époux n'est pas garant du défaut d'emploi ou de remploi des biens de son conjoint *(C. civ., art. 1541)*. Le conjoint qui ne réinvestit pas le produit de la cession d'un propre, et n'en fait usage qu'au profit de la vie commune, n'a pas de droit à récompense comme il en existe en régime de communauté en cas d'encaissement de ce produit par la communauté *(C. civ., art. 1433, al. 2)*.

Cependant, la loi pose **trois exceptions** dans lesquelles le conjoint de l'époux propriétaire est garant de l'investissement ou du réinvestissement d'un propre :

- Si ce conjoint s'est immiscé dans les opérations d'aliénation ou d'encaissement ;
- S'il est prouvé qu'il a reçu les derniers provenant des propres de son époux ;
- Si ces deniers ont tourné à son profit.

En effet, la vie commune peut conduire à une forme de confusion des patrimoines qui ne doit pas tourner au profit de l'un des époux. Par exemple, l'époux qui encaisse le prix de la vente d'un propre de son conjoint est garant du remploi de ces sommes.

III. La liquidation et le partage en régime de séparation de biens

En l'absence de dissolution de communauté, les opérations de liquidation en régime séparatiste portent sur l'identification de la propriété des biens et des créances entre époux et sur la liquidation d'une éventuelle société d'acquêts. Peut s'ajouter le partage des biens indivis. Les époux ne sont d'ailleurs pas obligés d'attendre la dissolution du mariage pour procéder à ces opérations.

A Les créances entre époux

1 L'identification d'une créance entre époux

Les créances entre époux ne concernent que les **créances entre les patrimoines personnels de chacun des époux nées pendant l'union**. Elles peuvent, par exemple, résulter de toute dépense d'acquisition, de conservation, d'amélioration d'un propre du

conjoint, du paiement d'une dette du conjoint ou encore du préjudice causé au conjoint notamment en cas de faute dans la gestion de ses propres.

Les créances antérieures au mariage, les créances postérieures à sa dissolution ou encore celles relatives à un bien indivis ne sont pas des créances entre époux.

Jurisprudence

L'époux qui finance au-delà de sa part un bien indivis peut réclamer une indemnité sur le fondement de l'article 815-13 du Code civil, mais ne dispose pas d'une créance évaluée selon la règle posée à l'article 1543 du même code : cassation de l'arrêt ayant retenu une créance de l'époux en considération du profit subsistant *(Cass. civ. 1re, 26 sept. 2012, n° 11-22.929)*.

2 L'évaluation des créances entre époux

Les créances entre époux sont évaluées selon les règles d'évaluation applicables aux récompenses *(C. civ., art. 1543)*. L'article 1479 auquel renvoie l'article 1543 ne vise que la règle d'évaluation de l'article 1469, al. 3, ce qui permet d'exclure la règle du double plafond de l'article 1469, alinéa 1er. La créance entre époux est donc égale à la plus forte des deux sommes que représentent le profit subsistant (dette de valeur de l'article 1469, alinéa 3) et la dépense faite (nominalisme monétaire).

Jurisprudence

En l'absence de profit subsistant, l'époux séparé de biens ayant financé la construction de l'immeuble de son conjoint a droit au paiement de sa créance au montant nominal de la dépense faite *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2008, n° 07-19.710)*. L'époux séparé de biens qui finance une construction sur le terrain de son conjoint a une créance égale au profit subsistant, ce qui exclut l'application de l'article 555 du Code civil qui laisse au propriétaire le choix d'indemniser le constructeur à hauteur soit de la plus-value, soit du coût de la construction *(Cass. civ. 1re, 8 avr. 2009, n° 07-20.029)*.

Comme en matière de récompense, si un époux a participé à l'acquisition et à l'amélioration d'un bien de son conjoint, il est procédé au calcul d'une créance d'acquisition et d'une créance d'amélioration. Le calcul du profit subsistant s'effectuant, pour la première, en établissant la proportion de la contribution au paiement du coût global de l'acquisition puis en l'appliquant à la valeur du bien au jour de la liquidation de la créance selon son état lors de l'acquisition et, pour la seconde, en établissant la proportion de sa contribution au paiement des travaux puis en l'appliquant à la différence existant entre la valeur au jour de la liquidation du bien amélioré et celle qui aurait été la sienne sans les travaux *(Cass. civ. 1re, 22 juin 2022, n° 20-20.202)*.

3 Le règlement des créances entre époux

(C. civ., art. 2236)
La prescription de l'action « *ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité.* »

Les créances entre époux peuvent être réglées à tout moment, ce qui les distingue des récompenses qui sont indisponibles et insaisissables jusqu'à la dissolution de la communauté. Par conséquent, les intérêts ne courent pas, contrairement aux récompenses, du jour de la

dissolution de la communauté mais du jour de la sommation de payer.

Jurisprudence

Le règlement des créances entre époux séparés de biens ne constitue pas une opération de partage, de sorte qu'une épouse peut être condamnée à payer les sommes dont elle est débitrice envers son conjoint sans que soit forcément établi un compte des créances entre époux *(Cass. civ. 1re, 26 sept. 2012, n° 11-22.929)*.

4 L'interaction avec l'enrichissement injustifié

L'époux qui a fourni un travail au profit de son conjoint sans recevoir de rémunération et au-delà de la contribution aux charges du mariage a droit à une indemnité sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Il en va ainsi lorsqu'un époux a apporté une **aide effective et bénévole dans l'entreprise de son conjoint allant au-delà de la contribution aux charges du mariage** *(Cass. civ. 1re, 10 oct. 2012, n° 11-19.292)*.

Mais l'appauvri n'a droit qu'à la plus faible des deux sommes entre l'appauvrissement et l'enrichissement *(C. civ., art. 1303)*.

C'est pourquoi la jurisprudence retient que l'époux ayant fourni un travail bénévole dispose d'une **créance entre époux lorsqu'il en est résulté une plus-value pour l'entreprise du conjoint**. Par conséquent, lorsqu'un époux séparé de biens, dont la collaboration, sans rémunération, à l'activité professionnelle de l'autre a servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien figurant dans le patrimoine de ce dernier au jour de la liquidation du régime matrimonial, réclame une partie de la plus-value réalisée par le bien, l'indemnité

due doit être évaluée **selon la règle prescrite par l'article 1543 qui exclut la mise en œuvre des règles qui gouvernent l'enrichissement sans cause** *(Cass. civ. 1re, 23 févr. 2011, n° 09-70.745 ; Cass. civ. 1re, 12 déc. 2007, n° 06-15.547)*.

B Le partage des biens indivis

L'indivision peut prendre fin à tout moment et donc avant la dissolution du régime matrimonial *(C. civ., art. 815)*. Le partage des biens indivis peut être demandé soit par un époux, soit par un créancier personnel de l'un d'eux. Nonobstant les dispositions de l'article 215, alinéa 3, du Code civil, les époux conservent le droit de demander le partage des biens indivis servant de logement à la famille.

Les règles de l'indivision successorale sont applicables en cas de partage *(C. civ., art. 1542)*. Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit. Et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant *(C. civ., art. 1542, al. 2)*.

Jurisprudence

Par l'effet déclaratif du partage, l'époux à qui est attribué l'immeuble indivis est réputé en être seul propriétaire depuis la date de son acquisition (et non la date de la dissolution de la communauté comme c'est le cas pour le partage de communauté). Par conséquent, doit être ordonnée la mainlevée de l'hypothèque inscrite sur l'immeuble indivis après la date d'acquisition du chef du conjoint de l'époux attributaire *(Cass. civ. 1re, 5 avr. 2005, n° 02-11.011)*.

§2 Le régime de participation aux acquêts

A Le fonctionnement du régime

(C. civ., art. 1569)
« (…) Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens (…) »

1 L'indépendance de gestion patrimoniale

Les règles du régime séparatiste sont applicables. Toutefois, la loi limite les actes d'un époux de nature à compromettre la créance de participation de l'autre. Si, à la dissolution du régime, les biens existants ne suffisent pas à remplir l'époux créancier de ses droits, il peut **poursuivre le recouvrement de sa créance sur les biens que son conjoint avait aliéné seul à titre gratuit ou en fraude de ses droits** *(C. civ., art. 1573 et 1577)*. L'indépendance de gestion est donc limitée.

2 La séparation des patrimoines

Il n'y a pas de communauté. Les patrimoines des époux sont séparés comme sous le régime de la séparation de biens.

B La dissolution du régime

1 La date de la dissolution

La dissolution a lieu au jour du décès d'un époux ou, s'il y a divorce, séparation de corps ou liquidation anticipée des acquêts, le régime matrimonial est réputé dissous au jour de la demande *(C. civ., art. 1572, al. 1er)*.

2 La créance de participation

a) La détermination de la créance

La créance de participation a pour fonction de placer les époux dans une situation patrimoniale identique en valeur à celle consécutive à la dissolution d'une communauté. Chaque époux dispose ainsi d'une **créance de participation égale à la moitié de l'enrichissement de son conjoint pendant le mariage** :

b) Les tempéraments au principe de la créance

Les époux sont libres de déroger par contrat de mariage aux règles qui gouvernent la détermination de la créance de participation *(C. civ., art. 1581)* :

- Clause de partage inégal (dérogation à la division par moitié des acquêts nets) ;
- Clause d'attribution intégrale des acquêts nets au conjoint survivant ou à l'un des époux s'il survit ;
- Clause d'exclusion des biens professionnels du calcul des patrimoines originaux et finaux en cas de dissolution du régime matrimonial pour une cause autre que le décès (mais jugeant que cette clause constitue un avantage matrimonial révoqué de plein droit par le divorce : *Cass. civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-26.337)*.

	Biens inclus	Biens exclus
ACTIF ORIGINAIRE **(art. 1570)** **La consistance du patrimoine originaire est prouvée par un état descriptif. A défaut, elle est prouvée selon les règles de l'article 1402 (présomption d'acquêt).**	Biens présents au jour du mariage. Biens acquis par succession ou libéralité. Biens propres par nature. Biens subrogés aux propres.	Revenus des propres. Biens inclus dont l'époux a disposé par donation entre vifs pendant le mariage.
	Evalués d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition, et d'après leur valeur au jour de la liquidation (art. 1571).	
Actif (ou patrimoine) originaire net : Déduction des dettes (présentes et futures) grevant les biens inclus		
ACTIF FINAL **(art. 1572)**	**Biens existants**	**Biens réunis fictivement**
	Ensemble des biens appartenant à l'époux au jour de la dissolution, y compris les créances contre le conjoint et les biens acquis par licitation. Si l'acquisition d'un bien dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme pas un acquêt, les parts du bien indivis dont un époux a fait l'acquisition pendant le mariage ne font pas partie du patrimoine originaire mais final (Civ. 1re, 31 mars 2016, n° 14-24.556).	Biens existants (acquêts) dont l'époux a disposé par donation entre vifs sans le consentement de son conjoint (art. 1573). Tout bien aliéné en fraude
	Evalués d'après leur état au jour de la dissolution du régime et d'après leur valeur au jour de sa liquidation (art. 1574).	Evalués d'après leur état au jour de l'aliénation et la valeur qu'ils auraient eue au jour de la liquidation.

Actif (ou partrimoine) final net : Déduction de toutes les dettes non encore acquittées (y compris les dettes envers le conjoint)		
Patrimoine final net – Patrimoine originaire net = **Acquêts nets**	**Résultat positif.** Acquêts nets / 2 = Créance de participation du conjoint	**Résultat déficitaire**. Le conjoint n'a pas de créance de participation et ne participe pas aux dettes (sauf dans la mesure où il est privé de créance de participation).

À la demande de l'un des époux, le juge peut en outre déroger aux règles d'évaluation de la créance si leur application devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité *(C. civ., art. 1579)*.

Jurisprudence

La clause du contrat de mariage excluant de la créance de participation les biens professionnels des époux en cas de dissolution d'un mariage pour une autre cause que le décès est un avantage matrimonial qui favorise l'époux ayant vu croître ses actifs professionnels de manière importante, et qui est révoqué de plein droit en cas de divorce, sauf volonté contraire de l'époux ayant consenti l'avantage *(Cass. civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-26.337)*.

c) Le règlement de la créance

Après compensation entre les créances de participation respectives des époux, l'époux qui reste créancier est en droit d'en exiger le paiement immédiat. Chaque époux peut inscrire une hypothèque légale pour la sûreté de sa créance de participation pendant le fonctionnement du régime et dans l'année qui suit sa dissolution *(C. civ., art. 2394)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

- F. COLLARD, La séparation de biens avec société d'acquêts : un contrat d'avenir, JCP E 2017, n° 37-38, p. 36
- B. ROMAN, La participation aux acquêts ; une séparation de biens comme les autres ?, JCP N 2017, n° 16, p. 30
- D. AUTEM, La fonction duale de la clause usuelle relative à la contribution aux charges du mariage des époux séparés de biens, Defrénois 2010.1336, art. 39131
- Q. GUIGUET-SCHIELÉ, Les clauses menacées par les nouvelles interprétations de l'article 265 du Code civil, Gaz. Pal., 13 mars 2020, n° 13, p. 58

P@RTIE 4

CONTRATS SPÉCIAUX

Accoler l'épithète « spéciaux » au terme « contrats » pourrait laisser croire de prime abord, qu'en marge du droit commun des contrats, il existerait des contrats particuliers dont les règles juridiques seraient dérogatoires au droit commun. Cette idée se retrouve à l'article 1105 du Code civil qui dispose : *« Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*
Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.
Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

Pour autant, il ne faut pas voir dans les contrats spéciaux une opposition à la théorie générale du contrat. Il s'agit plutôt de régimes complémentaires. La théorie générale constitue un socle de règles applicables à tous les contrats, auquel s'ajoutent d'autres normes qui régissent certains contrats particuliers. Il existe une grande variété de contrats qu'ils soient civils ou commerciaux,

internes ou internationaux, ou encore nommés ou innommés. Leur spécialisation croissante accroît la multiplication et la complexité des règles qui leur sont applicables.

Parmi cette profusion de normes, le rôle du juriste consiste à qualifier exactement l'opération juridique afin de classifier les différents contrats spéciaux. En effet, qualifier un contrat entraîne corrélativement l'application de tout un pan de règles juridiques. Cette qualification nécessite une analyse de l'économie du contrat, des droits et des obligations des parties, mais aussi de déterminer l'objectif que ces dernières tentent d'atteindre en se liant par une convention. L'opération de qualification ne pose pas de difficulté dans les contrats simples. En revanche, elle prend toute son importance dans une opération complexe qui soulève plusieurs questions. Faut-il appliquer à l'opération les règles applicables au contrat dont il est le plus proche ? Doit-on qualifier le contrat de *sui generis* et revenir au droit commun des contrats ? L'opération de qualification prend alors tout son sens.

Les sources des contrats spéciaux sont multiples, mais c'est dans le Code civil que l'on trouve la plupart des règles applicables aux contrats qui font l'objet de la présente étude : la vente, le mandat, l'entreprise, le prêt et le bail.

LA VENTE

LE MANDAT

LE CONTRAT D'ENTREPRISE

LE PRÊT

LE BAIL

TITRE 1

LE CONTRAT DE VENTE

Fiche n° 25 Les éléments de qualification de la vente

Fiche n° 26 Les contrats préparatoires à la vente

Fiche n° 27 La formation du contrat de vente

Fiche n° 28 Les effets de la vente

Fiche n° 29 Les obligations à la charge du vendeur

Fiche n° 30 Les obligations à la charge de l'acquéreur

Fiche n° 25 Les éléments de qualification de la vente

L'ESSENTIEL

Le contrat de vente est le contrat le plus usuel de la vie courante. Il existe une grande variété de ventes : civile, commerciale, de consommation, mobilière, immobilière…

Le contrat de vente est régi par les articles 1582 à 1701 du Code civil. Il existe également des règles spéciales dans d'autres codes, notamment dans le code de la consommation, le code de commerce ou encore le code de la construction et de l'habitation.

L'alinéa premier de l'article 1582 du Code civil définit la vente comme la *« convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. »*

Cette définition fait preuve d'incomplétude car elle ne met pas en évidence le caractère translatif de droits réels qui constitue pourtant le principal effet de la vente. Curieusement, c'est dans le droit commun aux articles 1196 à 1198, que l'on retrouve les dispositions relatives à l'effet translatif du contrat.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La vente est un contrat consensuel

(C. civ., art. 1583)
Selon l'article 1583 du Code civil 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, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.* »

Par principe, la vente est un contrat consensuel qui se conclut par simple accord des volontés. Elle n'est pas subordonnée à l'observation de formes particulières. La rédaction du contrat constitue simplement un élément de preuve permettant de déterminer le contenu des engagements des parties.

À ce stade, il convient de noter qu'il n'existe pas une vente mais des ventes. En effet, ce contrat s'est diversifié, de sorte que certaines ventes obéissent désormais à des règles formelles précises.
Exemples :
- la vente immobilière nécessite d'être réitérée par devant notaire. L'acte authentique constitue alors le titre de propriété de l'acquéreur.
- la vente conclue entre un professionnel et un consommateur impose également l'insertion de nombreuses mentions obligatoires dans le contrat afin de protéger le consentement du consommateur.

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 (JO 20 juill. 2019) dite « Soilihi » abroge l'article L. 141-1 du Code de commerce qui énumérait les mentions obligatoires à peine de nullité en cas de cession de fonds de commerce.

§2 La vente est un contrat translatif de propriété

Il s'agit de l'effet principal du contrat. Il met à la charge du vendeur l'obligation de transférer la propriété du bien une fois le contrat conclu. La vente constitue un acte de disposition qui entraîne une modification du patrimoine des deux parties. L'acquéreur intègre dans son patrimoine le bien dont s'est dessaisi le vendeur, qui reçoit en contrepartie une somme d'argent.

(C. civ., art. 1196)
« 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.
Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

Le transfert de propriété est automatique, il met à la charge du vendeur une obligation de donner dont il ne peut s'affranchir. Si le vendeur ne peut refuser le transfert de propriété, il a la faculté d'en retarder conventionnellement l'exécution. À cet effet, l'insertion d'une clause de réserve de propriété dans le contrat lui permet de rester propriétaire du bien jusqu'au complet paiement du prix.

(C. civ., art. 2367)
« La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.
La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

§3 Vente et autres figures contractuelles

– **Vente et contrat d'entreprise :** La vente est un contrat translatif de propriété alors que le contrat d'entreprise ne met à la charge du débiteur qu'une obligation de réaliser la prestation prévue par le contrat. La frontière entre vente et entreprise se montre ténue lorsque le débiteur fournit à la fois des biens et une prestation. Afin de qualifier juridiquement l'opération, il convient de se référer à la spécificité du travail accompli. Ainsi, sera qualifié d'entreprise le contrat qui porte sur une vente assortie d'un travail spécifique et qui répond à une demande particulière du cocontractant *(Cass. com., 7 nov. 2006, Bull. civ. IV, n° 215)*. En revanche, la fourniture de biens sans louage d'ouvrage spécifique s'analyse comme une vente *(Cass. 3e civ., 11 juill. 2012, Bull civ. III, n° 107)*.

– **Vente et prêt :** À la différence de la vente, le prêt n'est pas un contrat translatif de propriété. Il confère un droit d'usage à l'emprunteur durant un certain délai et met à sa charge une obligation de restitution. En réalité, la qualification de prêt soulève parfois des difficultés lorsque l'objet du contrat est une chose consomptible qui se détruit par l'usage. Selon l'article 1893 du Code civil, dans le prêt de consommation, *« l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée »*, à charge pour lui de la restituer en même quantité au terme du contrat. Pour autant, l'effet translatif

du prêt de consommation n'emporte pas la requalification en vente puisqu'il pèse toujours sur l'emprunteur une obligation de restitution qui constitue l'effet principal du contrat.

– **Vente et bail :** Le contrat de bail est un contrat de louage qui porte sur l'usage d'une chose moyennant une contrepartie pécuniaire appelée le loyer. Contrairement à la vente, il n'opère pas de transfert de propriété. Cela signifie que le locataire aura l'obligation de restituer le bien au terme du contrat. La distinction s'atténue lorsque le propriétaire met à la disposition du bailleur un bien pour une longue durée. À propos de la location d'un local commercial, il est usuel de qualifier ce bail de propriété commerciale. Par ailleurs, bail et vente font parfois l'objet d'un même contrat. Ainsi, dans le crédit-bail, le locataire dispose d'une option, celle d'acquérir ou non le bien à l'issue de la période de location.

	VENTE	ENTREPRISE	PRÊT	BAIL
Effet translatif de propriété	X	Lorsque la prestation porte sur la réalisation d'un bien	Lorsque le prêt à usage porte sur une chose consomptible	
Travail spécifique		X		
Droit d'usage			X	X

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996, p. 85

– J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 425
– P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété », RTD civ. 1998, p. 673

Fiche n° 26 Les contrats préparatoires à la vente

⏭ L'ESSENTIEL

Les contrats préparatoires participent à la formation du contrat de vente par étapes. Ils prennent différentes formes selon l'intensité de l'engagement souscrit par les parties.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a intégré dans le code civil le pacte de préférence et la promesse unilatérale, participant ainsi au renforcement de l'efficacité de ces avant-contrats.

Le Titre VI du livre III du Code civil consacré à la vente comporte des dispositions relatives à la promesse synallagmatique qui fait également partie du processus de formation du contrat par étapes.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Le pacte de préférence

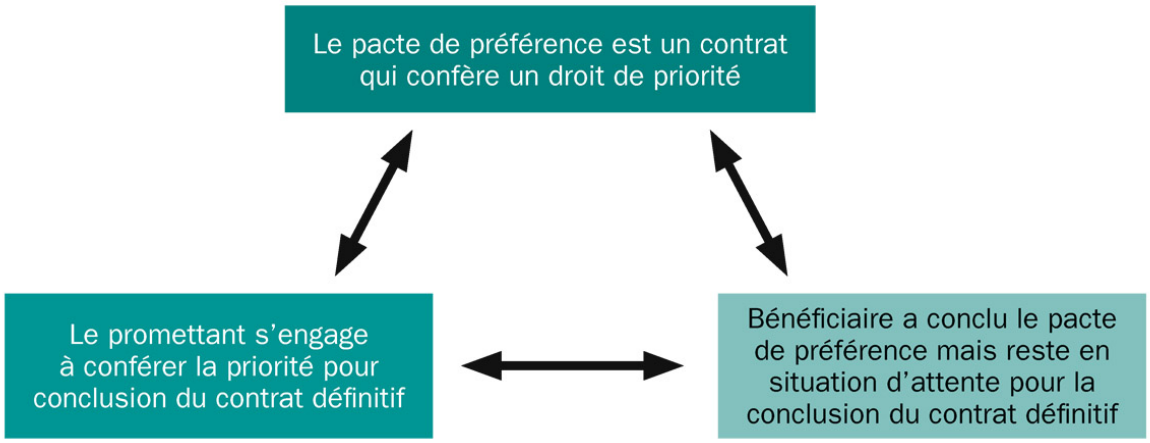
(C. civ., art. 1123)

« 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.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »



A Les conditions de formation du pacte de préférence

Le pacte de préférence est un contrat consensuel qui ne nécessite pas de forme particulière pour sa formation.

La capacité des parties s'apprécie non au jour de la formation du pacte mais au moment de l'exercice du droit de préférence, c'est-à-

dire au jour de l'émission de l'offre de vente pour le promettant et celui de l'acceptation de celle-ci pour le bénéficiaire.

Le pacte de préférence doit indiquer la nature du contrat définitif envisagé.

Par exemple, lorsque le pacte de préférence porte sur la vente d'un bien, le promettant peut l'aliéner selon tout autre procédé (donation, échange, apport en société) sans engager sa responsabilité, ce dernier n'étant tenu que de proposer prioritairement la conclusion de la vente.

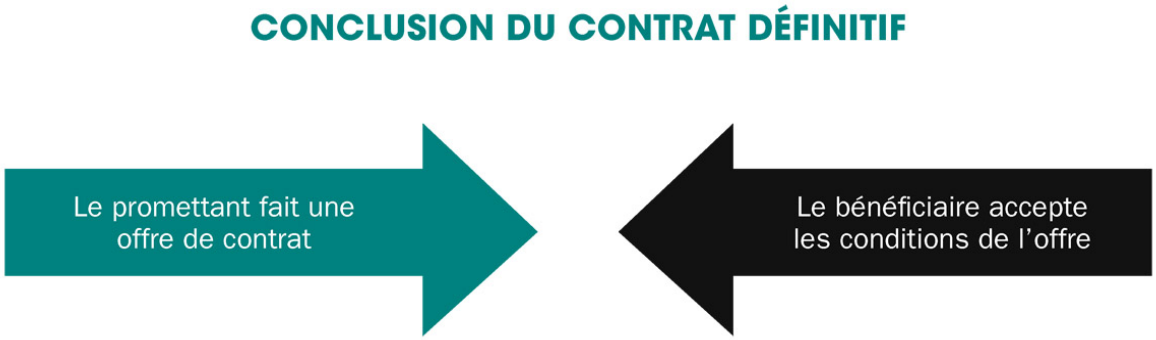
B Le régime juridique du pacte de préférence

Le pacte de préférence confère un droit d'acquisition prioritaire au bénéficiaire. Le propriétaire du bien ne s'engage pas à vendre mais promet de proposer la vente par priorité au bénéficiaire s'il se décide à conclure ce contrat.

Ce droit est imprescriptible *(Cass. civ. 1re, 22 déc. 1959, JCP 60, 11, 11494, note P.E.)*. En revanche, si le pacte de préférence comporte une durée d'exécution, il devient caduc à l'expiration du délai si aucune offre de vente n'est parvenue au bénéficiaire.

Plusieurs cas de figures peuvent se présenter lors de la mise en œuvre du pacte de préférence :

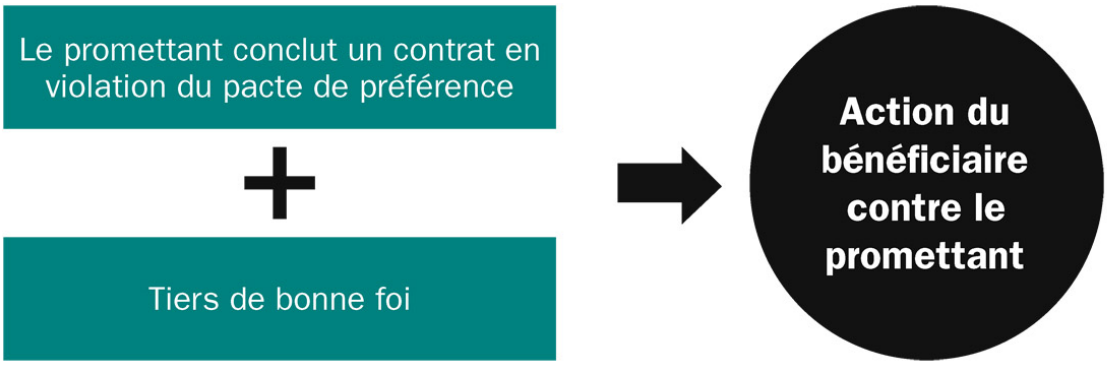
- **Hypothèse 1 :** Le bénéficiaire du pacte de préférence accepte les conditions du contrat qui lui sont proposées par le promettant.
  La vente est parfaite entre les parties *(Cass. 3e civ., 22 sept. 2004, n° 02-21441, JCP E 2005, 446, n° 1, obs. J. Raynard)*.



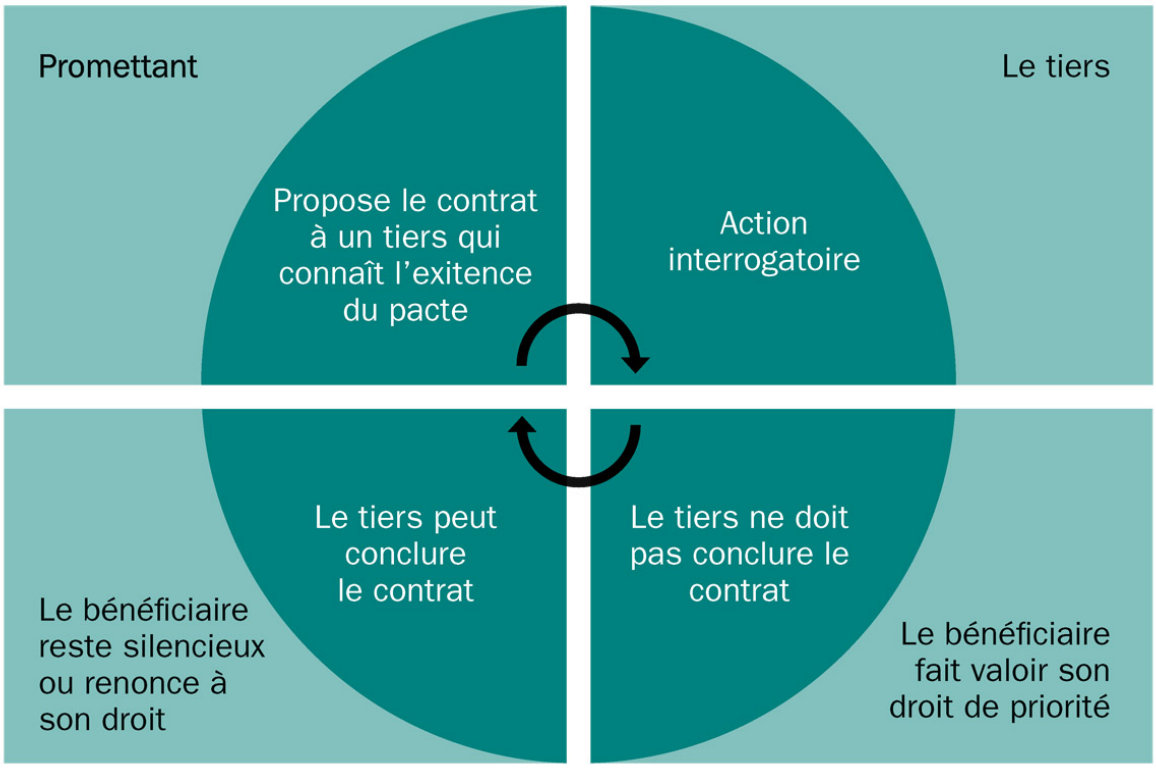
– **Hypothèse 2 :** Le bénéficiaire du pacte de préférence refuse les conditions de vente qui lui sont proposées.
La vente n'est pas conclue. Le promettant recouvre sa liberté de vendre à un tiers aux mêmes conditions que l'offre de vente transmise au bénéficiaire qui ne peut plus se prévaloir de son droit de préférence *(Cass. 3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.707 ; JCP E 2004, 384, n° 1, obs. P. Mousseron)*.

– **Hypothèse 3 :** En contravention du pacte de préférence, le promettant vend le bien à un tiers de bonne foi qui ignorait l'existence de cet avant-contrat (la seule signature d'une promesse unilatérale de vente constitue une violation du pacte de préférence : *Cass. civ. 1re, 6 déc. 2018, n° 17-23.321*).
Le bénéficiaire dispose d'une action en responsabilité contractuelle à l'encontre du promettant pour violation du pacte de préférence.

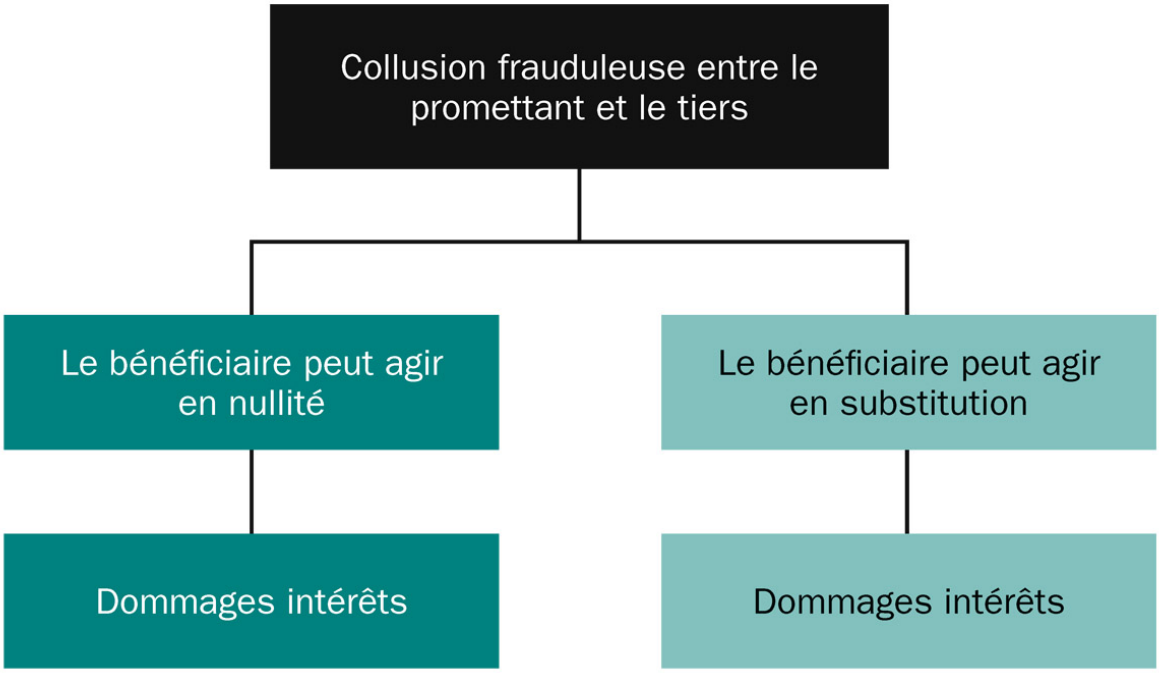
En revanche, il ne dispose d'aucun droit à dommages-intérêts à l'encontre du tiers acquéreur pour inexécution du pacte auquel il n'était pas partie *(Cass. 3e civ., 24 mars 1999, n° 96-16.040 ; Defrénois 1999, 751, obs. Ph. Delebecque)*.



– **Hypothèse 4 :** Le promettant propose la vente à un tiers qui soupçonne l'existence du pacte de préférence.
Le tiers peut alors demander par écrit au bénéficiaire de lui confirmer également par écrit dans un délai raisonnable s'il existe bien un pacte de préférence à son profit et s'il entend s'en prévaloir. À défaut de réponse dans le délai fixé, le bénéficiaire ne peut plus se prévaloir de son droit d'acquisition prioritaire.



– **Hypothèse 5 :** En violation du pacte de préférence, le promettant vend le bien au tiers qui connaissait l'existence de l'avant-contrat et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.
Le bénéficiaire peut alors agir en nullité de la convention conclue à son détriment ou solliciter devant le juge sa substitution au tiers dans le contrat conclu. Il peut en outre obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi. Il incombe au bénéficiaire du pacte de préférence qui sollicite l'une de ces sanctions de rapporter la double preuve de la connaissance du tiers de l'existence de l'avant-contrat et de son intention de s'en prévaloir. À cet égard, il ne peut être reproché au tiers acquéreur de s'être abstenu de procéder à des vérifications autres que celles opérées au fichier immobilier *(Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-22.971)*.



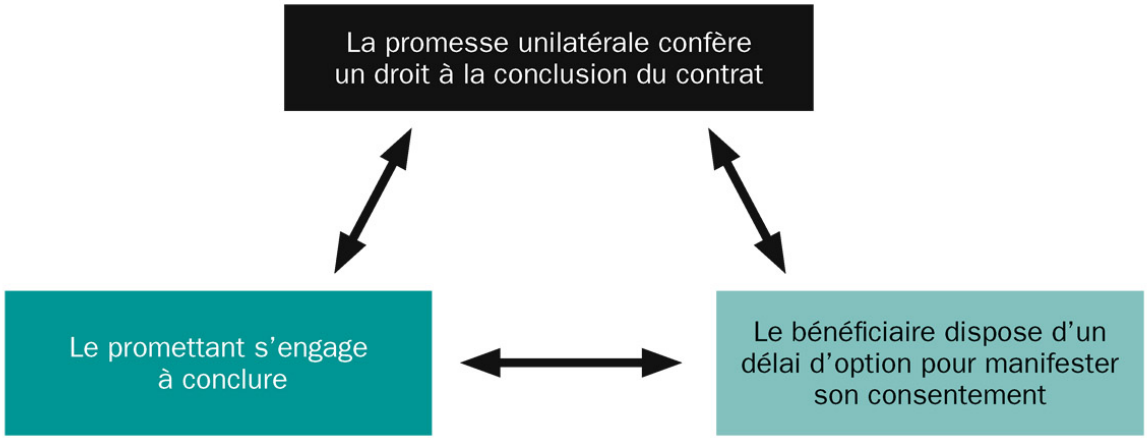
§2 La promesse unilatérale de vente

(C. civ., art. 1124)

« La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »



A Les conditions de formation de la promesse unilatérale de vente

Dans la promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à la vente dont la conclusion dépend de la levée d'option efficace par le bénéficiaire, laquelle manifeste son consentement au contrat projeté.

Ayant d'ores et déjà donné son consentement au contrat, le promettant doit avoir la capacité de disposer. En revanche, la capacité du bénéficiaire s'apprécie au jour de la levée d'option. La promesse doit contenir les conditions de la vente projetée.

La promesse peut être conclue à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans ce dernier cas, la contrepartie financière est qualifiée d'indemnité d'immobilisation. En l'absence de dispositions particulières *(V. CCH, art. L. 290-2 à propos des promesses d'une durée de plus de 18 mois « La promesse unilatérale de vente mentionnée à l'article L. 290-1 prévoit, à peine de nullité, une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5 % du prix de vente, faisant l'objet d'un versement ou d'une caution déposés entre les mains du notaire »)*, les parties sont libres d'en fixer le montant. Lorsque le prix de l'indemnité est trop élevé et ne permet plus au bénéficiaire de se désengager, l'avant-

contrat encourt la requalification en promesse synallagmatique de vente *(Cass. 3e civ., 26 sept. 2012, n° 10-23.912)*.

La promesse unilatérale de vente est en principe un contrat consensuel, mais peuvent être reçues en la forme authentique par un notaire *(Cass. 3e civ., 18 mars 2021, n° 20-16.354)*. En outre, certaines promesses sont assujetties à un strict formalisme.

Ainsi, l'article L. 290-1 du Code de la construction et de l'habitation impose le recours à un acte notarié pour les promesses de longue durée portant sur la vente d'un bien immobilier, lorsque l'avant-contrat est consenti par une personne physique. Le non-respect de cette formalité est sanctionné par la nullité relative de l'acte qui ne peut être invoquée que par le seul promettant et non par le bénéficiaire *(Cass. 3e civ., 26 nov. 2020, n° 19-14.601)*.

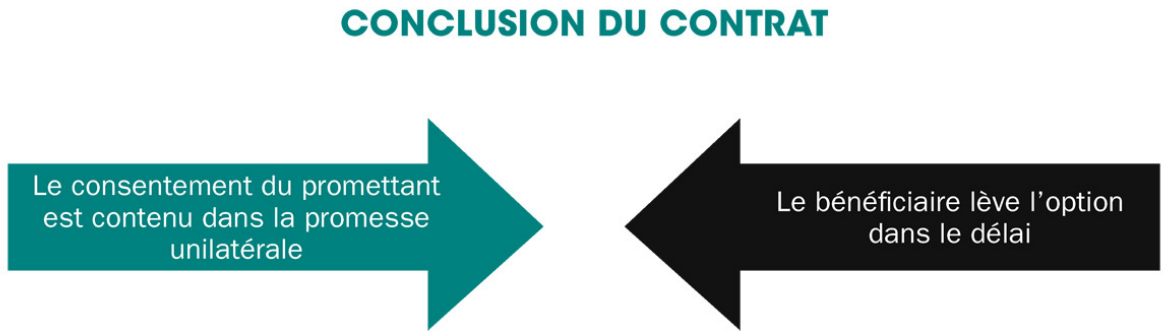
(C. civ., art. 1589-2)
« Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du Code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date. »

Cette obligation ne s'applique pas lorsque la promesse unilatérale fait partie intégrante d'une convention plus vaste *(à propos de la promesse unilatérale incluse dans une transaction : Cass. ass. plén., 24 fév. 2006, n° 04-20.525)*.

B Le régime juridique de la promesse unilatérale de vente

Dans la promesse unilatérale, le promettant consent d'ores et déjà à vendre le bien sans possibilité de rétractation *(Cass. 3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554)*. Il ne doit donc pas troubler le droit du bénéficiaire à la conclusion du futur contrat. En effet, la conclusion de la vente est soumise à la volonté discrétionnaire du bénéficiaire qui décide de lever ou non l'option dans le délai imparti. Les parties peuvent convenir que la levée d'option n'interviendra qu'après le décès du promettant, il s'agit alors d'une *promesse post mortem* à laquelle seront tenus les héritiers du promettant.
Plusieurs cas de figures peuvent se présenter lors de la mise en œuvre de la promesse unilatérale de vente :

– **Hypothèse 1 :** Le bénéficiaire lève l'option dans le délai et dans les formes convenues.
  La vente se forme au moment de la levée d'option sans rétroactivité.



– **Hypothèse 2 :** Le bénéficiaire ne lève pas l'option.
  La promesse unilatérale est caduque et le promettant peut valablement vendre le bien à un tiers.

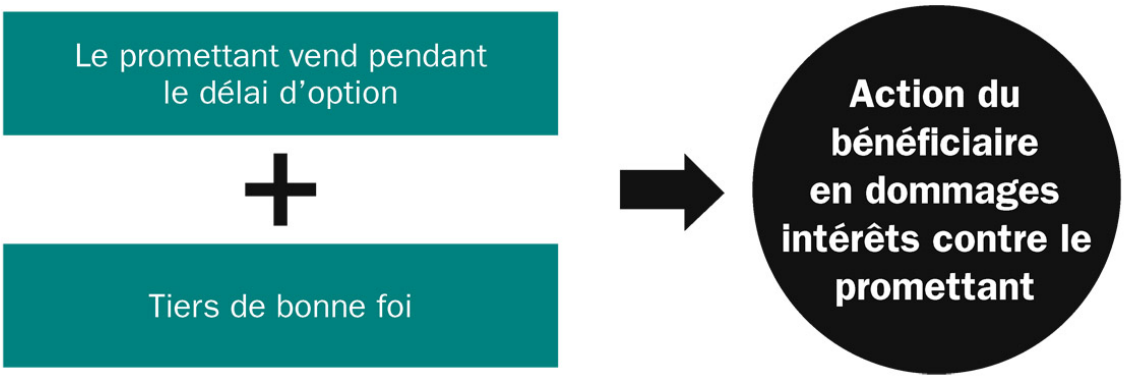
– **Hypothèse 3 :** Le promettant se rétracte avant le terme du délai d'option.
La rétractation n'empêche pas la formation de la vente en cas de levée d'option efficace du promettant.

> **Attention** *Avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, la jurisprudence se prononçait en sens contraire, en considérant que la vente ne pouvait se former en cas de rétractation anticipée du promettant, de sorte que le bénéficiaire ne pouvait se prévaloir que de simples dommages-intérêts (Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199).*

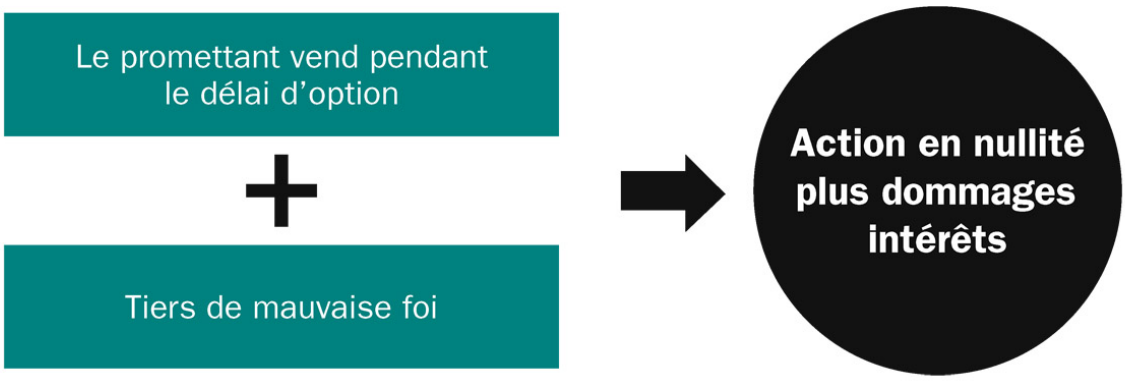
Jurisprudence

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la constitutionnalité de l'article 1124, alinéa 2 du Code civil *(Cass. civ. 3e, 17 oct. 2019, n° 19-40.028, QPC)*

– **Hypothèse 4 :** Durant le délai d'option, le promettant vend le bien à tiers qui ignorait l'existence de la promesse unilatérale de vente.
Le bénéficiaire ne peut se prévaloir que de simples dommages-intérêts à l'encontre du promettant.



– **Hypothèse 5 :** Durant le délai d'option, le promettant vend le bien à un tiers qui connaissait l'existence de la promesse.
Le bénéficiaire peut solliciter la nullité du contrat conclu à son détriment et demander la constatation judiciaire de sa levée d'option et par là même, la réalisation de la vente à son profit. Il a également la possibilité d'engager la responsabilité du promettant et du tiers pour le préjudice subi.



§3 La promesse unilatérale d'achat

La promesse unilatérale d'achat se définit comme l'avant-contrat par lequel le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à acheter un bien à des conditions déterminées.

Les conditions de validité et le régime juridique de la promesse unilatérale d'achat sont similaires à la promesse unilatérale de vente.

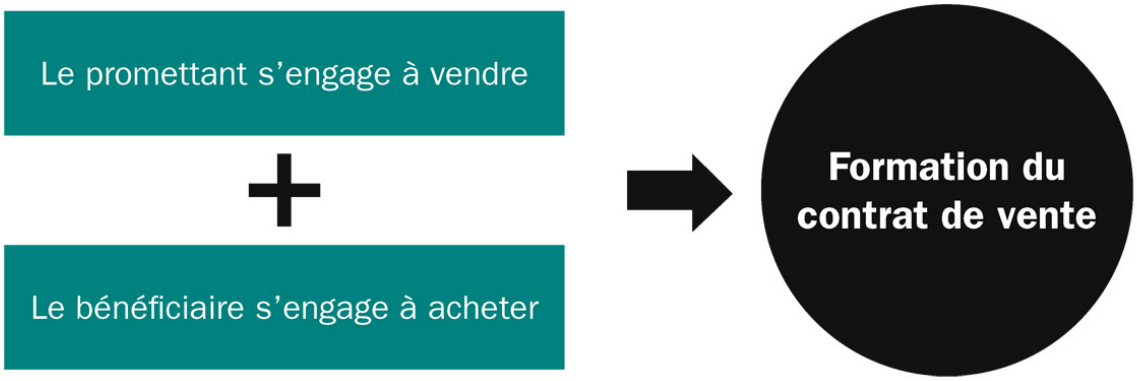
En matière immobilière, la promesse unilatérale d'achat n'a pas à être enregistrée, l'article 1589-2 du Code civil n'étant applicable qu'aux seules promesses unilatérales de vente.

L'article 1589-1 du Code civil prohibe tout versement de sommes d'argent du promettant acquéreur au bénéficiaire vendeur lorsque la promesse unilatérale d'achat a trait à l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier.

§4 La promesse synallagmatique de vente

(C. civ., art. 1589, al. 1er)
Selon l'alinéa premier de l'article 1589 du Code civil *: « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. »*

Les parties ont donné leur consentement à la vente mais sa formation ou ses effets sont différés.



– **Hypothèse 1 :** La promesse synallagmatique de vente est assortie d'un terme.
La vente existe mais ses effets sont différés à la survenance d'un événement futur et certain. La vente sera donc exécutée ultérieurement, à la survenance du terme.

– **Hypothèse 2 :** La promesse synallagmatique de vente est assortie d'une condition suspensive *(obtention d'un prêt par ex. : Cass. 3e civ., 14 janv. 2021, n° 20-11.224)*. L'accord de volonté est subordonné à la réalisation de la condition. La vente se forme alors sans rétroactivité au jour de la réalisation de la condition. Si la condition défaille, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

– **Hypothèse 3 :** La promesse synallagmatique de vente est assortie d'une condition résolutoire. La vente existe mais peut être remise en cause par la survenance d'un événement futur et incertain. En cas de réalisation de la condition, la vente est anéantie rétroactivement. Si la condition défaille, la vente continue de produire son plein effet.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M. MEKKI, « Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles, Nouveaux textes, nouveau temps », JCP N 2016, Dossier 1112
– H. KENFACK, « À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente », RLDC 2006, n° 23, p. 5

Fiche n° 27 La formation du contrat de vente

L'ESSENTIEL

(C. civ., art. 1128)
Les éléments de validité du contrat de vente sont déterminés à l'article 1128 du Code civil qui dispose : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat :*
1° Le consentement des parties ;
2° Leur capacité de contracter ;
3° Un contenu licite et certain. »

Les règles propres à la vente complètent ces dispositions puisque l'objet et le prix de la vente doivent être déterminés *(C. civ., art. 1583)*.

LES CONNAISSANCES

§1 Le consentement des parties

La vente se forme suite à l'échange des consentements des parties. Les conditions de droit commun doivent être remplies, à savoir un consentement éclairé et exempt de tout vice.

(C. civ., art. 1113 et 1122)
Selon l'article 1113 du Code Civil :
« Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.
Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. »

Aux termes de l'article 1122 du Code civil :

« La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est un délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

Ces délais sont institués afin d'éviter les engagements irraisonnés et ainsi protéger le consentement de l'une des parties.

§2 La capacité de vendre et d'acheter

La vente est un contrat translatif de propriété qui obéit aux principes généraux du droit des incapacités.

(C. civ., art. 1594)
Selon l'article 1594 du Code civil : *« Toux ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. »*

En tant qu'acte de disposition, le vendeur doit avoir la pleine capacité de disposer. Cela signifie que le mineur non émancipé ou le majeur protégé doivent se faire représenter pour toutes les ventes qui ne relèvent pas des actes de la vie courante. Outre la capacité de disposer, il faut également que le vendeur ait le pouvoir d'aliéner l'objet de la vente.

(C. civ., art. 215)
Ainsi, selon l'article 215 du Code civil :
« (…) *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de famille* (…) », ou encore l'article 815-3 du Code civil qui impose le consentement de tous les indivisaires pour aliéner un bien indivis.

De son côté, l'acheteur doit également disposer de la capacité mais aussi du pouvoir d'acquérir un bien. À ce titre, les articles 1596 et 1597 du Code civil comportent des restrictions à l'égard des mandataires, des tuteurs ou encore des administrateurs en cas d'adjudication des biens des personnes qu'ils représentent.

§3 Le contenu du contrat

A La chose

(C. civ., art. 1598)
Selon l'article 1598 du Code civil :
« Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. »

Certains biens ne sauraient faire l'objet de commercialité. Les exemples sont nombreux comme les éléments du corps humain, les biens publics ou encore les marchandises contrefaites…

La liberté contractuelle peut également être limitée conventionnellement. En effet, la stipulation d'une clause d'inaliénabilité restreint la liberté de vendre du propriétaire du bien. Cette clause est valable à condition d'être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

B Le prix

1 L'existence du prix

L'existence du prix constitue une condition de validité de la vente. L'article 1591 du Code civil impose que celui-ci soit *« déterminé et désigné par les parties »*.

a) La détermination du prix par les parties

Le prix est librement déterminé par les parties. L'article 1591 du Code civil n'impose pas que l'acte porte en lui-même indication du prix, il suffit pour être valable, que celui-ci soit simplement déterminable *(Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, n° 06-14.357)*. La détermination du prix doit alors se faire selon des critères objectifs échappant à la seule volonté de l'une des parties.

Le prix n'est pas intangible, les parties ont la faculté d'insérer une clause de renégociation, notamment lorsqu'il existe un risque de variation du prix entre la conclusion et l'exécution de la vente.

b) La détermination du prix par un tiers

L'article 1592 du Code civil dispose que le prix peut être *« laissé à l'estimation d'un tiers »*. Par conséquent, *« si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point vente »*. Celui-ci fixe alors le prix de façon loyale et agit en toute indépendance, ce qui suppose qu'il ne soit pas sous la subordination de l'une des parties *(Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.971)*.

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 *(JO 20 juill. 2019)* dite « Soilihi » est venue tempérer ce principe de nullité puisque le texte admet désormais que l'estimation puisse être effectuée par un autre tiers.

2 L'équilibre des prestations

a) Le prix dérisoire

Le prix dérisoire dans la vente se définit comme le montant qui rend pratiquement inexistante toute contrepartie dans le contrat. La vente dont le prix n'est pas déterminé ou se montre dérisoire encourt la nullité sur le fondement de l'article 1591 du Code civil. Il s'agit d'une nullité relative qui tend à la protection des intérêts privés des parties *(Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218)*.

Le caractère sérieux du prix ne dépend pas uniquement de l'évaluation de l'objet de la vente. Afin de déterminer si le contrat comporte une contrepartie réelle, le juge prend en considération l'ensemble des engagements souscrits par les parties. Ainsi, la vente de parts de navire pour un prix modique n'est pas nulle compte tenu des pertes d'exploitation qui seront supportées par l'acheteur *(Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.219)*.

Lorsque la vente est aléatoire, c'est-à-dire lorsque la fixation du prix dépend d'un événement futur et incertain, l'annulation pour défaut de prix sérieux est exclue. En effet, le prix payé dépend alors de l'aléa supporté par l'acquéreur.

b) Le prix lésionnaire

La lésion représente un déséquilibre entre les prestations au jour de la formation du contrat. Appréciée restrictivement par le législateur, la lésion n'est admise qu'à l'égard de certaines personnes ou de certains contrats.

S'agissant des personnes, peuvent être annulés pour cause de lésion les actes courants accomplis par un mineur ou un majeur protégé *(C.*

civ., art. 1149).

S'agissant des contrats, la nullité pour lésion s'applique aux cessions de droits d'auteur *(CPI, art. L. 131-5)*, à la vente d'immeuble *(C. civ., art. 1674)* lorsque la lésion est de plus de 7/12e du prix de vente, aux ventes d'engrais, de semences ou substances destinées aux animaux quand l'acquéreur a été lésé de plus d'1/4 du prix *(L. 8 juill. 1907 concernant la vente des engrais, art. 1er)*.

Toutes les ventes immobilières sont susceptibles d'être annulées pour lésion si plusieurs conditions sont réunies :

– Une vente immobilière. Cela ne concerne donc pas un apport de parts sociales qui portent sur un immeuble. Échappent également à la lésion les ventes faites sur autorité de justice ou les ventes aléatoires.
– La constatation d'une lésion. L'article 1674 du Code civil admet l'action sur le fondement de la lésion lorsqu'au jour de la formation du contrat, il a été lésé de plus des 7/12e du prix de vente.
– Le délai d'action. L'action doit être introduite dans les 2 ans qui suivent la formation de la vente.

Lorsque les conditions sont réunies, la procédure peut alors être mise en œuvre.

– La demande appartient au seul vendeur ou, le cas échéant, ses héritiers.
– La preuve de la lésion s'établit suite au dépôt d'un rapport de trois experts.

Une fois la lésion admise par le juge, l'acheteur dispose d'une alternative.

– Il a le choix de rendre la chose en contrepartie du prix qu'il a payé.

– Il peut préférer procéder au rachat de la lésion et ainsi conserver l'immeuble moyennant le paiement du supplément du juste prix sous la déduction d'1/10e du prix total.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– S. RINGLER, H. KENFACK, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, coll. Cours
– M. THIOYE, Recherches sur la conception du prix dans les contrats, PUAM, 2004
– J. Moury, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », D. 2014, p. 1950

Fiche n° 28 Les effets de la vente

L'ESSENTIEL

La vente opère transfert de propriété et des risques à l'acheteur, il s'agit des effets légaux du contrat. En principe, ces transferts s'effectuent *solo consensu*, mais les parties demeurent libres d'aménager les effets de la vente.

LES CONNAISSANCES

§1 Le transfert de propriété

A Le transfert immédiat de propriété

(C. civ., art. 1196 et 1583)

Aux termes de l'article 1196, alinéa 1er du Code civil :

« 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. »

Appliqué à la vente, l'article 1583 du Code civil dispose que la convention *« 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, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »*

Cet article consacre le principe du transfert de propriété *solo consensu*. Cela signifie que le transfert a lieu automatiquement sans intervention du vendeur. La vente ayant un effet réel, le transfert de propriété porte sur le bien ainsi que tous ses accessoires, notamment les sûretés.

B Le transfert différé de propriété

(C. civ., 1196, al. 2)
Selon l'article 1196, alinéa 2 du Code civil le transfert de propriété « *peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.* »

Le texte prévoit trois causes de transfert différé de la propriété :

- **la volonté des parties :** les dispositions du code civil relatives au transfert de propriété n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir que celui-ci interviendra après l'accomplissement de certaines formalités, ou à la suite de l'écoulement d'un certain délai.
  Ainsi, l'insertion d'une clause de réserve de propriété retarde le transfert jusqu'au paiement intégral du prix par l'acquéreur *(C. civ., art. 2367)*. Cette stipulation contractuelle constitue une exception conventionnelle au transfert de propriété *solo consensu*. Alors même que la marchandise se trouve entre les mains de l'acquéreur, le vendeur en conserve la propriété jusqu'au parfait paiement du prix.

- **la nature des choses** : lorsque le transfert de propriété porte sur une chose de genre, le transfert n'a pas lieu au jour de la conclusion du contrat, mais lors de l'individualisation des marchandises *(C. civ., art. 1585)*. Le transfert de propriété est

également retardé dans le cas de la vente d'une chose future. Dans ce cas, le transfert ne peut intervenir immédiatement dans la mesure où la chose n'existe pas encore au jour de la conclusion du contrat.

– **l'effet de la loi** : la nature du contrat de vente a parfois pour conséquence d'opérer un transfert différé de propriété. C'est le cas par exemple des ventes soumises à autorisation.

§2 Le transfert des risques

La question de la charge des risques permet de savoir qui supporte la destruction de la chose suite à la survenance d'un cas de force majeure, une fois le contrat conclu. Selon l'adage *res perit domino*, les risques s'attachent à la qualité de propriétaire. La charge des risques incombe donc à l'acquéreur au moment de la conclusion de la vente puisque, selon l'article 1196, alinéa 3 du Code civil : *« Le transfert de propriété emporte le transfert des risques de la chose »*. Par conséquent, si la chose périt entre la conclusion du contrat et sa livraison, l'acquéreur reste tenu de payer le prix bien que le vendeur soit libéré de l'obligation de livrer la chose à raison de son impossibilité d'exécution. En revanche, si le transfert de propriété est différé, le transfert des risques l'est aussi, en l'absence de stipulation contraire.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M.-P. DUMONT, « Clause de réserve de propriété : quelle influence sur la formation d'un contrat de vente ? », JCP E, 2019, n° 7, p. 41
– J.-L. BERGEL, « Le transfert de propriété et des risques dans les ventes d'immeubles », Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 55

Fiche n° 29 Les obligations à la charge du vendeur

L'ESSENTIEL

(C. civ., art. 1603)
Selon l'article 1603 du code civil, le vendeur *« a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. »*

Le débiteur de l'obligation principale s'oblige à délivrer la chose vendue, c'est-à-dire à la remettre matériellement à l'acquéreur. En cas d'inexécution, il s'expose à une condamnation sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Le vendeur s'engage également à garantir les vices cachés de la chose vendue, c'est-à-dire des défauts qui rendent cette chose impropre à son usage, mais aussi garantir l'acquéreur contre l'éviction des tiers.

LES CONNAISSANCES

§1 L'obligation de délivrance

(C. civ., art. 1604)
L'article 1604 du Code civil définit la délivrance comme « *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.* »

Le vendeur est donc tenu à une remise matérielle de la chose conformément aux stipulations contractuelles.

A Le contenu de l'obligation de délivrance

La délivrance suppose la dépossession du vendeur et corrélativement la mise en possession de l'acquéreur. Cette obligation porte sur la chose et ses accessoires, par exemple les documents administratifs, les fruits, ou encore les droits réels qui portent sur la chose… *(C . civ., art. 1615)*. La délivrance peut prendre la forme de la remise des clés ou des titres de propriété lorsque la vente porte sur un immeuble, la tradition réelle lorsque le contrat porte sur un meuble corporel ou encore la remise des titres s'il s'agit de la vente de droits incorporels.
En principe, la délivrance s'effectue au lieu où se trouvait la chose au moment de la vente. Sauf convention contraire, le vendeur n'a donc pas l'obligation de la livrer *(C. civ., art. 1609)*. Elle doit intervenir immédiatement ou au temps prévu par le contrat ou les usages *(C. civ., art. 1610)*.

B L'obligation de délivrance conforme

Le vendeur est tenu de délivrer la chose décrite dans le contrat. La conformité s'apprécie par rapport à une norme ou aux stipulations du contrat. C'est au jour de la remise matérielle que s'apprécie la conformité de l'objet de la vente. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter :

– **Hypothèse 1** : La chose livrée est identique aux stipulations contractuelles mais avec une qualité insuffisante.

(C. civ., art. 1166 et 1602)
Selon l'article 1166 du Code civil : *« Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ».*

L'article 1602 du Code civil précise également : *« Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.*

Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. »

Les sanctions de droit commun des contrats sont ouvertes à l'acquéreur (résolution, dommages-intérêts, remplacement, réduction du prix…)

– **Hypothèse 2** : La chose livrée est identique aux stipulations contractuelles mais avec une quantité insuffisante.

(C. civ., art. 1616)
« Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat (…) »

Lorsque le contrat fait expressément un lien entre la contenance et le prix, si la surface fournie est inférieure à celle prévue au contrat, le vendeur doit délivrer la quantité indiquée au contrat ou souffrir d'une diminution proportionnelle du prix *(C. civ., art. 1617)*. Si la surface est supérieure à celle prévue, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix ou de se désister du contrat si

l'excédent est supérieur d'1/20e par rapport à la contenance déclarée *(C. civ., art. 1618)*.

S'il n'y a pas de lien entre la contenance et le prix, aucune demande ne peut être faite en plus ou en moins si la différence n'excède pas 1/20e *(C. civ., art. 1619)*. L'action doit être exercée dans l'année du contrat.

L'acceptation sans réserve du bien ou de la marchandise vendue par l'acheteur lui interdit postérieurement de se prévaloir de ses défauts apparents de conformité *(Cass. com., 17 fév. 2021, n° 18-15.012)*.

§2 La garantie

L'article 1615 du Code civil prévoit la garantie due par le vendeur à l'égard de l'acquéreur. Elle porte sur la possession paisible de la chose vendue mais aussi sur l'utilisation de la chose vendue.

A La garantie d'éviction

Le vendeur doit garantir le plein exercice du droit de propriété de l'acquéreur. Le législateur protège ce dernier contre les atteintes portées par son cocontractant. Il s'agit de la garantie du fait personnel, telle la possession trentenaire par exemple *(Cass. 3e civ., 30 juin 2021, n° 20-14.743)*. Il protège également l'acquéreur contre les atteintes que pourraient porter les tiers au droit de propriété, il s'agit de la garantie du fait des tiers.

L'éviction totale fait disparaître le titre de propriété de l'acquéreur, c'est le cas par exemple lorsque le propriétaire a vendu le bien à deux acquéreurs successifs. L'acquéreur évincé a le droit de demander la

restitution du prix, celle des fruits lorsqu'il doit les restituer au propriétaire, les frais de l'action, mais également solliciter l'octroi de dommages-intérêts *(C. civ., art. 1630)*.

L'éviction partielle porte sur une fraction indivise ou indivise de la chose vendue. L'acquéreur dispose d'une option. Il peut solliciter la résolution de la vente à la condition de démontrer qu'il n'aurait pas acheté le bien s'il avait eu connaissance de l'éviction. Il a également la faculté de demander une indemnité suivant l'estimation de la chose à l'époque de l'éviction.

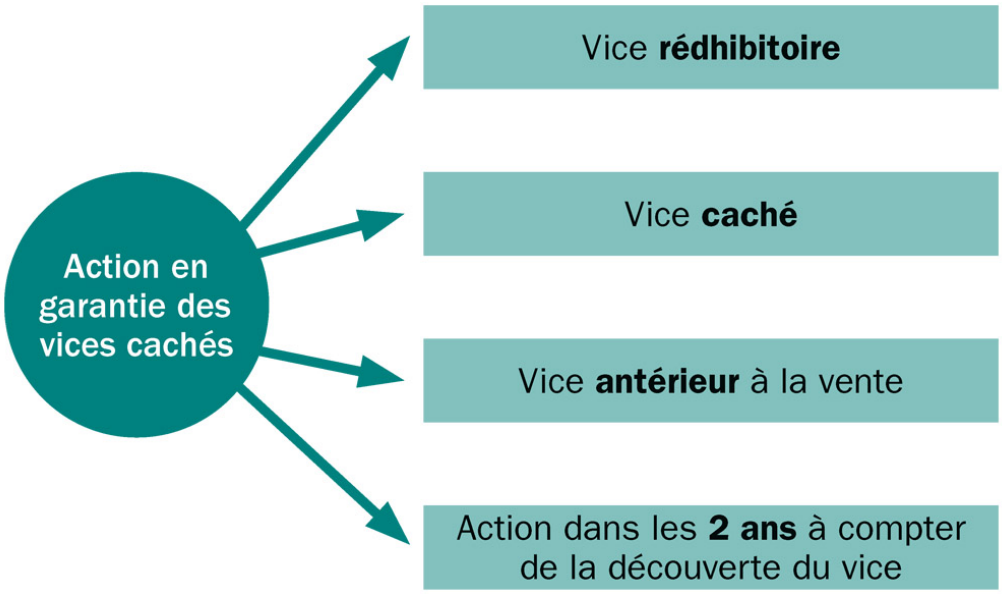
L'article 1626 du Code civil relatif à la garantie d'éviction est d'ordre public. Le vendeur ne saurait se soustraire à cette obligation essentielle du contrat, mais peut tout de même en aménager les effets.

B La garantie des vices cachés

Les articles 1641 à 1649 du Code civil offrent un recours à l'acquéreur contre les défauts cachés qui affecteraient l'objet du contrat. L'action en garantie des vices cachés suppose la réunion de plusieurs conditions :

- **un vice rédhibitoire :** il s'agit d'une défectuosité inhérente à la vente qui la rend impropre à son usage. L'usage s'apprécie en fonction de l'utilité que l'acquéreur souhaite retirer du bien. Le vice doit être suffisamment grave, il est qualifié de rédhibitoire.

- **un vice caché :** l'action en garantie des vices cachés ne s'applique pas aux vices apparents visibles par l'acquéreur sans qu'il n'ait besoin de faire des investigations très poussées *(Cass. ass. plén., 27 oct. 2006, n° 05-18.977)*.



> **Attention** L'action en garantie des vices cachés et en défaut de délivrance conforme ne sont pas cumulatives lorsqu'elles concernent un même dommage. L'acquéreur ne saurait exercer l'action en garantie des vices cachés alors même qu'il a conclu le contrat en connaissance du vice ou lorsque celui-ci était apparent. Si au jour de la conclusion du contrat, le bien comporte des défauts apparents, l'acquéreur dispose de l'action en non-conformité pour l'inexécution de l'obligation de délivrance. Ces actions ne se cumulent pas *(Cass. 1re civ., 20 déc. 2012, n° 11-26.625)*.

– **un vice antérieur à la vente :** le vice doit préexister à la vente. Cela signifie que l'acquéreur ne peut agir sur ce fondement lorsque le contrat porte sur une chose future ou une chose de genre car elles n'existent pas ou ne sont pas encore individualisées au jour de la conclusion du contrat.

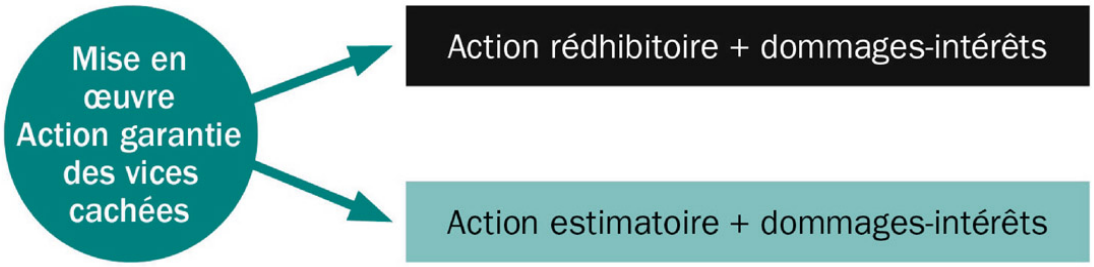
– **délai d'action :** afin d'être recevable, l'action en garantie des vices cachés intentée par l'acquéreur contre son vendeur doit non seulement être intentée dans un double délai de deux ans à compter de la découverte du vice et de cinq ans à compter de la date de la vente. Cette action ne saurait être entravée au motif que

l'action du vendeur contre le fabricant est prescrite *(Cass. 1re civ., 8 avr. 2021, n° 20-13.493)*.

(C. civ., art. 1648, al. 1er)
« L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice », sans que l'action ne puisse être intentée plus de cinq ans après la conclusion du contrat.

L'article 1644 du Code civil offre à l'acheteur une alternative :

– Il a le choix de rendre la chose et se faire restituer le prix : action rédhibitoire. L'action rédhibitoire produit un effet rétroactif et donc entraîne des restitutions entre les parties.
– Il peut conserver la chose et se faire rendre une partie du prix : action estimatoire. Cette action s'apparente à la réfaction du contrat.



Lorsque le juge accueille l'action en garantie des vices cachés, le vendeur est tenu d'indemniser son cocontractant pour les frais occasionnés par la conclusion de la vente. S'il connaissait l'existence des vices, il ne peut se prévaloir des éventuelles clauses limitatives de responsabilité incluses dans le contrat. À cet égard, il pèse sur le professionnel une présomption irréfragable de connaissance des vices affectant l'objet de la vente *(Cass. com., 13 mars 2013, n° 11-26.566)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– L. LEVENEUR, « Une garantie des vices cachés exclusive de la responsabilité contractuelle de droit commun et enfermée dans un très bref délai », Contrats, conc. consom. 2019, n° 6, p. 31
– Ch.-E. BUCHER, « Vices cachés : action estimatoire et action en réparation, restitution d'une partie du prix et préjudice réparable », AJ Contrats d'affaires 2018, n° 4, p. 193
– N. DISSAUX, « Délivrance ou garantie, comment choisir ? », AJ Contrats d'affaires, 2017, n° 2, p. 93

Fiche n° 30 Les obligations à la charge de l'acquéreur

⏭ L'ESSENTIEL

Enoncée à l'article 1650 du Code civil, la principale obligation de l'acheteur consiste à payer le prix de vente. En effet, le prix constitue la contrepartie du transfert de propriété de l'objet du contrat. Le paiement du prix n'est pas la seule obligation à la charge de l'acquéreur qui doit également retirer la marchandise.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Le paiement du prix

A Les contours de l'obligation de paiement

1 L'objet de l'obligation

Le prix à payer est celui déterminé par les parties lors de la conclusion du contrat, même si la monnaie subit une dépréciation *(C. civ., art. 1343)*. L'acquéreur supporte également le coût des frais et accessoires de la vente en l'absence de clause contraire *(C. civ., art. 1593)*. En principe, celui-ci ne doit pas payer d'intérêts sur le prix de vente.

Toutefois, l'article 1652 du Code civil prévoit 3 hypothèses dans lesquelles l'acquéreur doit s'acquitter des intérêts du prix de vente :

– si les parties l'ont convenu lors de la vente.
– si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. Lorsque l'on vend une chose frugifère c'est-à-dire qui produit des fruits, pour des raisons d'équité, l'acquéreur doit les intérêts de la somme lorsque le vendeur accorde un délai de paiement ou qu'il accepte un paiement échelonné du prix. Dès lors, l'acquéreur est tenu des intérêts dans la mesure où il perçoit les fruits ou revenus du bien à compter de sa prise de possession *(Req. 19 juin 1928, DP 1928, 1, 144)*.
– si l'acheteur a été sommé de payer, il est tenu des intérêts moratoires en raison de l'inexécution de son obligation à compter de la mise en demeure.

2 Le temps du paiement

Selon l'article 1651 du Code civil, l'acquéreur doit payer le prix au moment de la délivrance, c'est-à-dire lorsque le vendeur remet matériellement l'objet du contrat à son cocontractant. Cela ne pose pas de difficulté lorsque la vente est au comptant car dans ce cas, il y a concomitance dans l'exécution des obligations réciproques. En cas de décalage entre le transfert de propriété et le paiement du prix, les parties doivent prévoir le délai d'exécution à la charge de l'acquéreur afin de déterminer s'il y a manquement de celui-ci à ses obligations contractuelles.

Des difficultés peuvent survenir lorsque des sommes ont été versées à l'acquéreur par anticipation. Il convient de déterminer la nature juridique de ces avances car elles n'impliquent pas les mêmes engagements.

– L'acompte se définit comme tout paiement partiel du prix de vente. Il est versé en général au moment de la conclusion du contrat. Il implique un engagement ferme d'exécuter le contrat. Dans ce cas, aucune des parties ne peut revenir sur son consentement.

– Les arrhes sont les sommes versées en avance qui permettent de se départir du contrat. Elles offrent aux parties une faculté de dédit. S'il souhaite se dédire, l'acquéreur perd les sommes versées. Dans le cas contraire, elles s'imputent sur le prix de vente. De son côté, le vendeur peut également recouvrer sa liberté contractuelle mais en restituant à son cocontractant le double des sommes reçues *(C. civ., art. 1590)*. Dans les contrats de consommation, en l'absence de précision sur la nature des sommes versées, elles sont réputées être des arrhes *(C. consom., art. L. 241)*.

3 Le lieu du paiement

En l'absence de stipulation contraire, le paiement doit intervenir au lieu de la délivrance, c'est-à-dire le lieu du domicile du créancier *(C. civ., art. 1343-3)*.

B Les sanctions en cas de non-paiement

1 Les sanctions de droit commun

Le vendeur dispose de plusieurs actions à l'encontre de l'acquéreur qui n'exécute pas son obligation. L'article 1217 du Code civil énonce les différentes sanctions dont il peut se prévaloir. Le vendeur peut refuser d'exécuter sa propre obligation, poursuivre l'exécution forcée de la vente, provoquer la résolution du contrat, et demander des dommages-intérêts pour le préjudice subi.

Dans le cas d'une vente immobilière, la résolution prend effet aussitôt si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix *(C. civ., art. 1655)*. L'alinéa 2 du même article prévoit que *« si ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long selon les circonstances »*. La résolution du contrat de vente immobilière emporte la restitution du bien mais aussi celle des fruits générés par l'immeuble lorsque le possesseur est de bonne foi *(Cass. 3e civ., 11 févr. 2021, n° 20-11.037)*.

2 Les sanctions conventionnelles

(C. civ., art. 1224)
« La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

La clause résolutoire permet l'anéantissement du contrat en cas d'inexécution par l'acquéreur. Insérée dans la vente, elle doit préciser les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat après mise en demeure visant la clause restée infructueuse *(C. civ., art. 1225)*.

En matière de vente immobilière, l'article 1656 du Code civil prévoit qu'en dépit de l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat, l'acquéreur peut quand même payer après le terme tant que son cocontractant ne l'a pas mis en demeure de s'exécuter.

Dans tous les cas, selon la situation du débiteur, le juge peut accorder des délais de paiement dans la limite de deux années. Cette faculté

d'échelonner la dette prévue par l'article 1343-5 du Code civil est d'ordre public, toute stipulation contraire étant réputée non écrite.

§2 L'obligation de réceptionner la chose

L'acquéreur a l'obligation de retirer la chose. Lorsque l'acquéreur ne s'exécute pas, le vendeur peut le contraindre à l'exécution forcée ou la consignation de la chose, demander des dommages-intérêts pour le préjudice subi, voire même réclamer la résolution de la vente pour inexécution.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M. THIOYE, Recherches sur la conception du prix dans les contrats, PUAM, 2004

TITRE 2

LE MANDAT

Fiche n° 31 La formation du mandat

Fiche n° 32 Les obligations du mandant

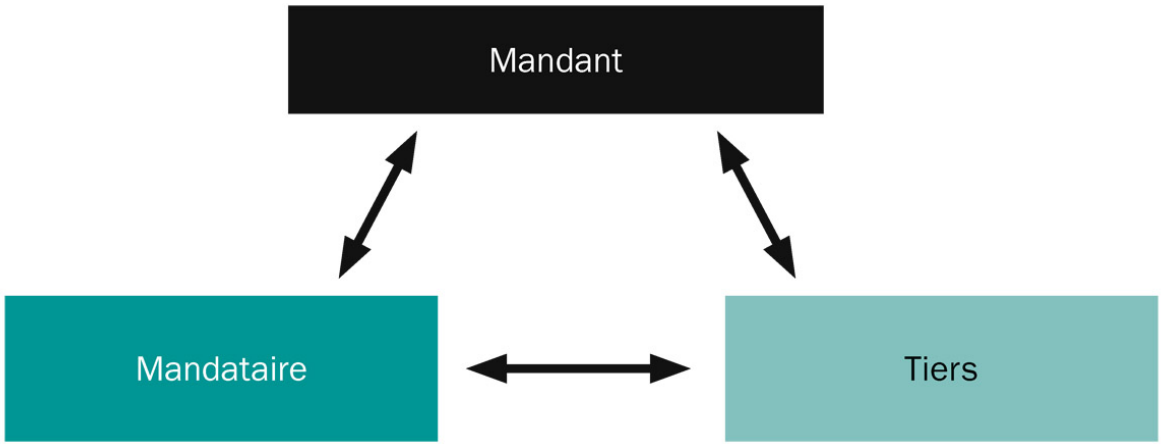
Fiche n° 33 Les obligations du mandataire

Fiche n° 34 L'extinction du mandat

Fiche n° 31 La formation du mandat

L'ESSENTIEL

Le mandat est un contrat de représentation parfaite par laquelle le mandataire va conclure des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant.



Le mandat est une opération à 3 parties :

– Le mandat est lié avec le mandataire par le contrat de mandat.
– Le mandant est lié avec le tiers par l'effet de la représentation.
– Le mandataire n'est pas lié avec le tiers avec lequel il conclut le contrat au nom et pour le compte du mandant.

LES CONNAISSANCES

§1 Les éléments de qualification du mandat

(C. civ., art. 1984)
Le mandat se définit comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (…)* »

Il s'agit d'une variété de contrat d'intermédiation. Le fait que le mandataire représente le mandant signifie que le contrat qu'il conclut avec le tiers n'a pas vocation à le rendre personnellement débiteur.
Le mandat est un contrat de prestation de service par lequel le mandataire effectue une prestation pour le compte du mandant. En ce sens, le mandat se rapproche du contrat d'entreprise. L'entrepreneur effectue pour le compte du maître de l'ouvrage des actes matériels en toute indépendance. À ce titre, il ne dispose pas du pouvoir de représentation vis-à-vis du maître de l'ouvrage, il ne peut conclure des actes juridiques en son nom et pour son compte.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a introduit dans le droit commun des contrats, un paragraphe consacré à la représentation. Les règles spéciales du mandat s'appliquent par priorité lorsqu'elles dérogent aux dispositions de droit commun de la représentation des articles 1153 à 1161 du Code civil. En réalité, le droit commun s'est largement inspiré des règles régissant le mandat.

§2 Les conditions de validité du mandat

A Les conditions de droit commun

Selon l'article 1128 du Code civil, la validité du contrat nécessite le consentement des parties, leur capacité de contracter ainsi qu'un

contenu licite et certain.

– **Le mandat est un contrat consensuel :** il ne fait pas l'objet d'un formalisme particulier. Il peut être donné par acte authentique, par acte sous signature privée ou verbalement *(C. civ., art. 1985)*. Un écrit peut être exigé pour certains mandats spéciaux, comme le mandat de l'agent immobilier. Par ailleurs, lorsqu'il concerne la conclusion d'un acte de disposition, le mandat doit être exprès. Hormis ces hypothèses particulières, l'écrit constitue un moyen de preuve, dans la mesure où le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat *(C. civ., art. 1989)*. L'acceptation du mandat peut être exprès ou tacite. Dans ce dernier cas, elle résulte de son exécution par le mandataire.

Le mandat à effet posthume est un contrat solennel qui se définit comme l'acte par lequel une personne désigne un ou plusieurs mandataires afin d'administrer ou de gérer toute ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés. Ce mandat doit être donné et accepté par acte authentique afin de vérifier qu'il existe un intérêt sérieux et légitime à sa conclusion. Il produit ses effets pendant deux ans prorogeables par le juge en cas de besoin. Dans certaines situations, selon l'aptitude ou encore l'âge des héritiers, ce mandat spécial atteint cinq ans également prorogeables par le juge.

– **La capacité des parties :** le mandat est un pouvoir donné au mandataire pour conclure un acte au nom et pour le compte du mandant. Ce dernier doit donc avoir la capacité de conclure l'acte envisagé. En revanche, le mandataire n'a pas besoin d'une capacité spéciale pour exercer sa mission. L'article 1990 du Code civil prévoit que le mineur, même non émancipé, peut conclure des actes juridiques pour le compte du mandant, sous réserve de législations particulières. En revanche, il existe une incapacité spéciale de jouissance du mandataire vis-à-vis de son mandant. L'article 1596 du Code civil frappe de nullité l'acquisition par le mandataire des biens qu'il est chargé de vendre.

(C. civ., art. 1161)
En outre, l'article 1161 du Code civil limite les pouvoirs du représentant qui « *ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté.*
En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

Le mandat de protection future vient pallier le problème de capacité du mandant. Il s'agit d'une mesure d'anticipation qui permet au mandant de confier à un mandataire, la charge de le représenter pour le cas où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts. Le mandat fixe les modalités et les contours de la mission du mandataire qui consiste en des actes d'administration. Formellement, le contrat se conclut par acte sous seing privé contresigné par un avocat ou selon un modèle type établi par décret. Toutefois, le mandat de protection future doit nécessairement être donné par acte authentique lorsqu'il autorise le mandataire à procéder à des actes de disposition sur le

patrimoine du mandant. Le mandataire rend compte de sa gestion au notaire et lui remet l'inventaire des biens et un décompte annuel. Le mandat prend effet lorsque le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts dès lors que cette incapacité est médicalement constatée par un médecin inscrit sur une liste établie par le procureur de la République.

– **Le contenu du mandat :** le mandat doit avoir un objet licite. Les articles 1987 et 1988 du Code civil opèrent une distinction selon le contenu du mandat. S'il est stipulé en des termes généraux, le mandataire ne peut conclure que des actes d'administration au nom et pour le compte du mandant. En revanche, pour les actes de disposition, le mandat doit être exprès.
  - Le mandat spécial est stipulé pour une affaire ou certaines affaires seulement.
  - Le mandat général concerne toutes les affaires du mandant.

Mandat spécial	Mandat général
Exprès	
Actes de disposition	Actes d'administration
Certaines affaires du mandant	Toutes les affaires du mandant

B Les conditions particulières

(C. civ., art. 1984, al. 2)
« Le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

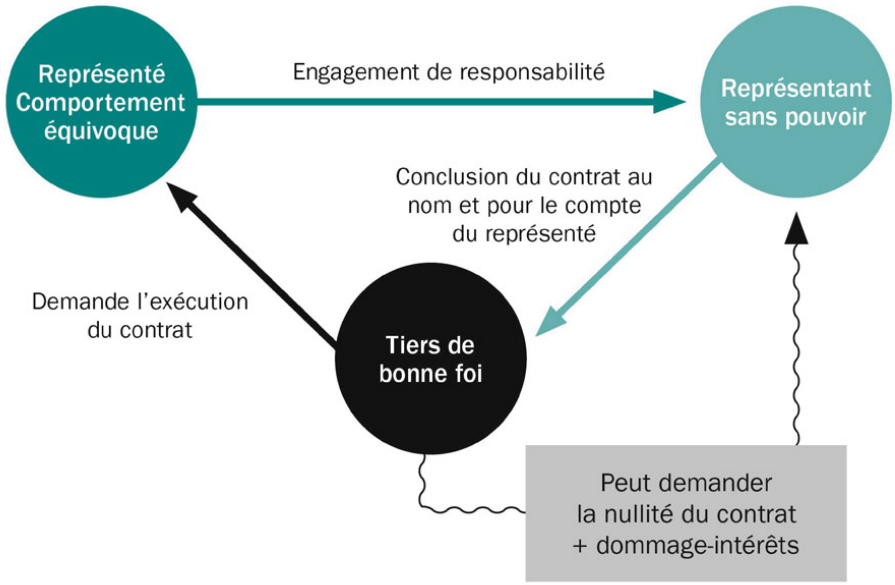
Cette acceptation, le plus souvent expresse, peut être tacite et résulter de l'exécution volontaire par le mandataire *(C. civ., art. 1985, al. 2)*.

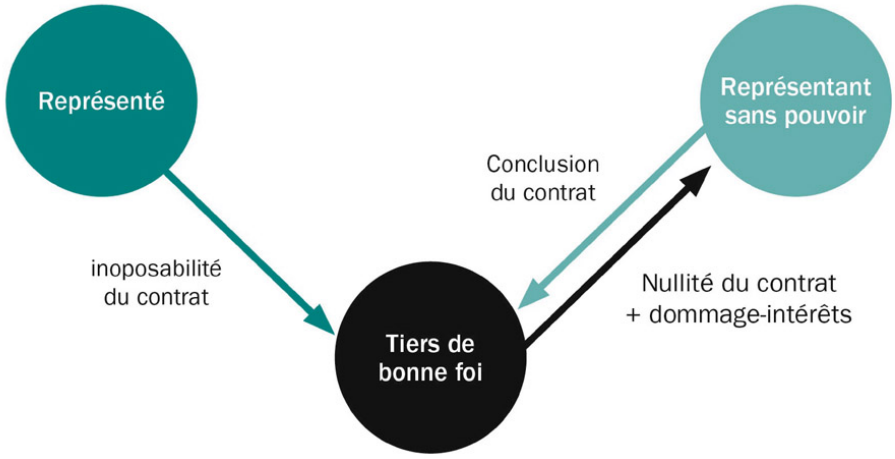
– **L'apparence :** Il existe des hypothèses dans lesquelles une personne peut se trouver engagée envers un tiers alors même qu'il n'y a pas de contrat de mandat, c'est le cas lorsqu'il existe un mandat apparent.

(C. civ., art. 1156)
La théorie prétorienne du mandat apparent est désormais codifiée à l'article 1156 du Code civil régissant le droit commun de la représentation :
« L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.
Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.
L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

Le tiers qui a traité avec un mandataire apparent peut alors réclamer l'exécution du contrat au mandant s'il a légitimement pu croire que le mandataire avait le pouvoir de conclure des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant.

Le mandataire engage sa responsabilité à l'égard du tiers s'il a commis une faute lui causant un préjudice, mais également à l'égard du mandant qui peut engager sa responsabilité civile. Le tiers a également la possibilité d'invoquer la nullité de l'acte passé sans pouvoir tant que le représenté ne l'a pas ratifié.





– **Le prix** : le mandat est par nature un contrat à titre gratuit. Les parties peuvent néanmoins prévoir une rémunération au profit du mandataire *(C. civ., art. 1986)*. En réalité, le mandat s'est professionnalisé de sorte que désormais le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui ont pour profession habituelle de s'occuper des affaires d'autrui *(Cass. com., 22 janv. 1991, n° 89-12.398)*.

Le mandat étant un contrat de prestation de service, il n'est pas nécessaire de fixer le montant de la rémunération au jour de la formation du contrat. Le prix pourra être fixé par le mandataire à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

(C. civ., art. 1165)
« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat. »

Certains textes particuliers imposent la référence au prix de la prestation du mandataire. À titre d'exemple, l'article L. 134-5 du Code de commerce fait expressément référence à la rémunération du mandataire dans le contrat d'agence commerciale, c'est également le cas dans les dispositions spéciales de la loi Hoguet relative au mandat de l'agent immobilier.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– D. GANTSCHNIG, La qualification générique de contrat d'entremise, LGDJ, 2018
– S. RINGLER, « Réforme du droit des contrats et mandat de l'agent immobilier », Lexbase droit privé, 2017, n° 693

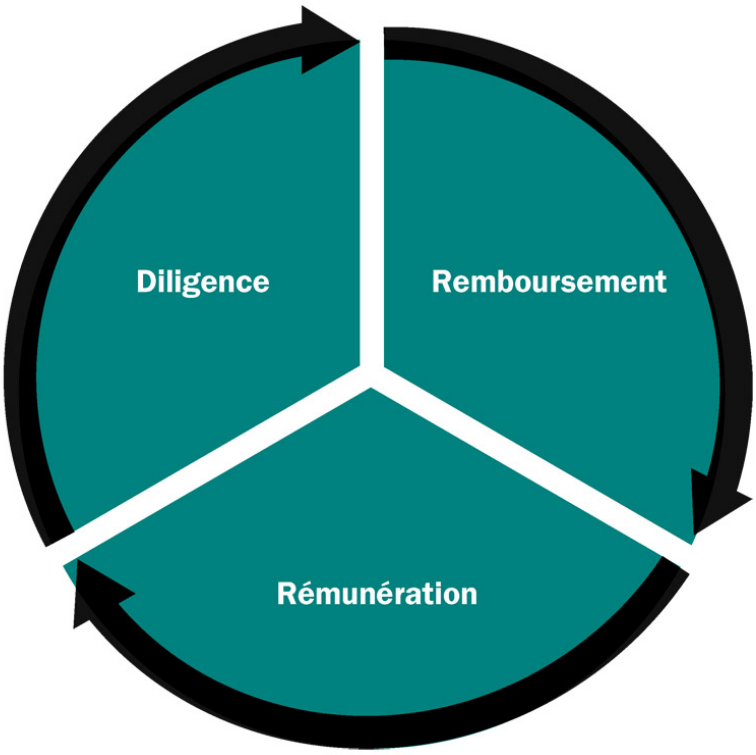
Fiche n° 32 Les obligations du mandant

⏭ L'ESSENTIEL

Le contrat de mandat comporte un double effet :
- Il a un effet contractuel entre le mandant et le mandataire.
- Au stade de son exécution, il va aboutir à la création d'un second contrat entre le mandant et le tiers.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les obligations du mandant envers le mandataire



A L'obligation de faire preuve de diligence

Le mandant a une obligation de fournir à son cocontractant l'ensemble des informations nécessaires afin que ce dernier puisse accomplir sa mission. Il doit également coopérer et ne pas empêcher le bon accomplissement de la mission du mandataire.
Certains mandats spéciaux offrent un degré de collaboration poussé entre les parties. À ce titre, le législateur répute d'intérêt commun certains contrats d'intermédiation.

(C. com., art. L. 134-4)
« Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties.
Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information.
L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat. »

Le mandataire agit dans l'intérêt du mandant mais aussi dans son intérêt car il profite également des contrats conclus au bénéfice du mandant en se constituant une clientèle qui lui est propre *(Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-19.596)*. Le mandat d'intérêt commun emporte une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge du mandataire. Puisque les deux parties retirent un intérêt du mandat, celui-ci n'est pas librement révocable. La révocation est subordonnée au consentement des deux parties, à l'application d'une clause du contrat ou encore prononcée par un juge. En cas de révocation unilatérale par le mandant, il sera tenu d'indemniser son mandataire sauf cause légitime, c'est-à-dire en cas de faute de ce dernier.

B L'obligation de remboursement

– **Les avances et frais :** L'article 1999 du Code civil impose au mandant de rembourser les avances et les frais déboursés par le mandataire pour l'exécution de sa mission. Il appartient alors au mandataire de rapporter la preuve que les sommes engagées résultent de l'exécution de sa mission. Le mandant ne peut se soustraire à son obligation de remboursement des avances et des frais. Il ne peut davantage faire valoir que les sommes engagées sont trop importantes et qu'elles pouvaient être moindres pour se dispenser de restituer les avances consenties son cocontractant, avec intérêts à dater du jour des avances constatées. Seule la faute du mandataire, lorsqu'elle constitue une anomalie de gestion, justifie le refus du mandant de rembourser les sommes engagées *(Cass. 3e civ., 9 janv. 2002, n° 00-15.782)*.

– **Les pertes :** Outre le remboursement des avances et frais, le mandant est également tenu de rembourser au mandataire les

pertes essuyées à l'occasion de sa gestion. Par conséquent, au terme du contrat, il ne doit rester aucune somme à la charge du mandataire. L'article 2000 du Code civil n'opère pas de distinction selon la nature des pertes subies. Il peut s'agir indifféremment d'une perte d'exploitation, d'une augmentation des coûts ou encore par un redressement fiscal. Les dispositions de l'article 2000 du Code civil ne sont pas d'ordre public, de sorte que les parties peuvent convenir que les pertes seront supportées par le mandataire ou encore prévoir une somme forfaitaire excluant tout autre versement. Toutefois, le mandant ne peut mettre les pertes à la charge de son cocontractant lorsqu'elles ont pour origine un élément d'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant *(Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-20.063)*.

C L'obligation de rémunérer le mandataire

En l'absence de convention contraire, le mandat est par nature gratuit *(C. civ., art. 1986)*. Pour autant, en raison de la professionnalisation de cette activité, il est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui. La rémunération dépend de ce qui a été contractuellement prévu dans le mandat. En tant que contrat de prestation de service, l'article 1165 du Code civil s'applique. Ainsi, à défaut d'accord entre les parties avant l'exécution du mandat, le prix peut être fixé par le mandataire, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. Si le désaccord sur la rémunération persiste, le juge contrôle si la fixation de la commission est abusive. En cas d'abus dans la fixation du prix, il peut allouer des dommages-intérêts au mandant et, le cas échéant, prononcer la résolution du contrat. De longue date, le juge s'autorise à contrôler le montant de la rémunération des mandataires et à la réduire (*Cass. 1re civ., 3 juin 1986, Bull. civ. I, n° 150)*.

La rémunération du mandataire est subordonnée à la réalisation de sa mission et non au succès de celle-ci. Dès lors qu'il accomplit sa mission avec diligence, il ne peut voir sa rémunération minorée si l'opération juridique n'aboutit pas. Le mandataire bénéficie d'un droit de rétention des objets qui lui ont été confiés pour l'exécution de son mandat jusqu'au complet paiement du prix *(Cass. civ., 17 janv. 1866, DP 1866, 1, 76)*.

§2 La relation contractuelle entre le mandant et le tiers

A L'obligation d'exécuter les contrats passés en son nom et pour son compte

Par l'effet du mandat, le mandant est réputé partie au contrat conclu entre le mandataire et le tiers.

(C. civ., art. 1998, al. 1er)
Cette obligation se retrouve à l'article 1998 du Code civil qui dispose :
« Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné. »

Par conséquent, tous les actes qui émanent du mandataire sont opposables au mandant comme s'il les avait effectués lui-même. À titre d'exemple, une vente ne peut être résolue pour défaut de conformité alors que le mandataire de l'acheteur a vérifié la marchandise et l'a réceptionnée sans réserve. Le mandant doit donc assumer toutes les obligations résultant des actes conclus par le mandataire en son nom avant la fin de la relation contractuelle *(Cass. 1re civ., 8 nov. 1994, n° 92-18.077)*.

B Les limites à l'obligation d'exécution

L'obligation d'exécuter cesse lorsque le mandataire ne disposait pas des pouvoirs nécessaires. Selon l'article 1156 du Code civil, l'acte accompli sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs conférés au mandataire est inopposable au mandant. Cela signifie que ce dernier n'est pas tenu d'exécuter les contrats conclus en dehors de la mission confiée, sauf théorie de l'apparence. Celle-ci s'applique à raison de la croyance légitime du tiers dans le pouvoir du mandataire à la suite du comportement ou des déclarations du mandant. La croyance légitime du tiers de bonne foi crée une situation juridique de nature contractuelle avec le mandant. Ce dernier pourra rechercher la responsabilité du mandataire tenu d'exécuter des engagements auxquels il n'a pas consenti.

Le tiers peut également invoquer la nullité de l'acte accompli par un mandataire sans pouvoir au-delà des pouvoirs.

L'inopposabilité, tout comme la nullité ne peuvent plus être invoquée lorsque le mandant ratifie les actes passés par le mandataire qui ne disposait pas des pouvoirs suffisants pour ce faire.

(C. civ., art. 1156, al. 1er)

L'inopposabilité connaît cependant une limite posée à l'article 1156, alinéa 1er du Code civil. « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté*. »

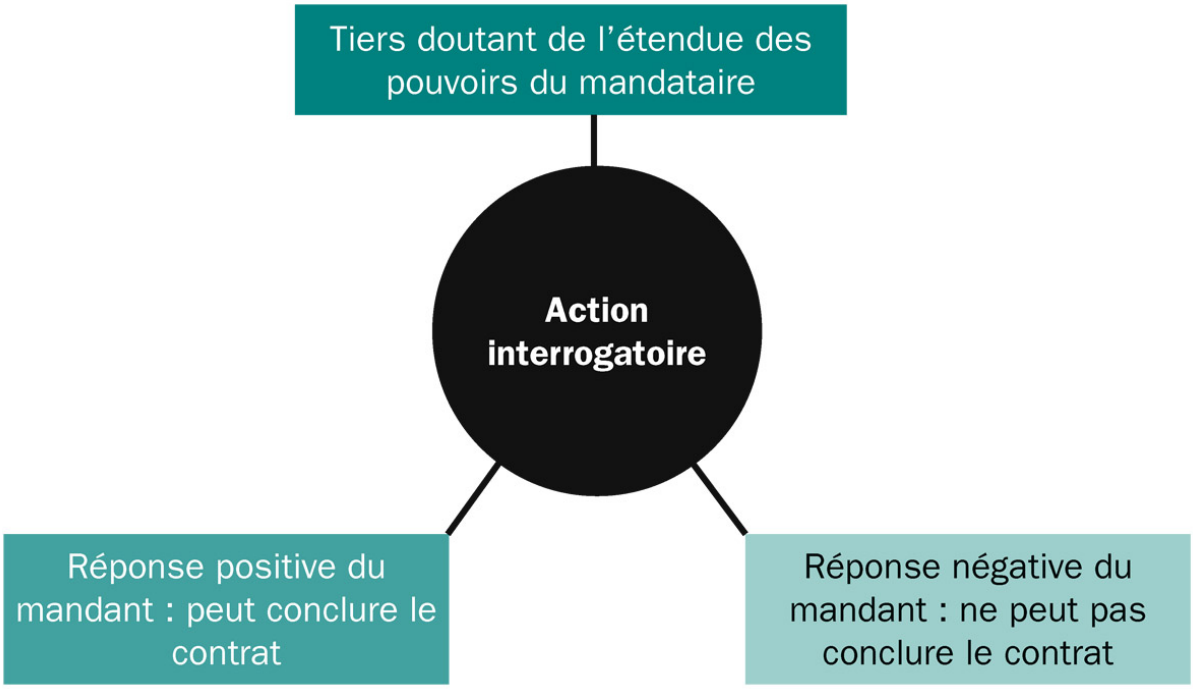
En outre, l'article 1157 du Code civil permet au mandant de solliciter la nullité des actes conclus par son mandataire ayant détourné les

pouvoirs qui lui ont été conférés et lorsque le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. La nullité sanctionne donc le tiers de mauvaise foi qui a concouru au détournement de pouvoir.

Le législateur confère un rôle actif au tiers.

(C. civ., art. 1158)
« Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.
L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte. »

Le tiers peut donc demander au mandant si le mandataire dispose des pouvoirs suffisants pour conclure le contrat. S'il ne répond pas dans le délai, le mandataire est censé habilité à conclure le contrat.



⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– X. LAGARDE, « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D. 2017, p. 715
– G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », D. 2016, p. 1942

Fiche n° 33 Les obligations du mandataire

L'ESSENTIEL

Le titre XIII du Livre III du Code civil consacré au mandat comporte un Chapitre II relatif aux obligations du mandataire. Les articles 1191 à 1996 détaillent ainsi les modalités d'exécution de la mission du représentant.

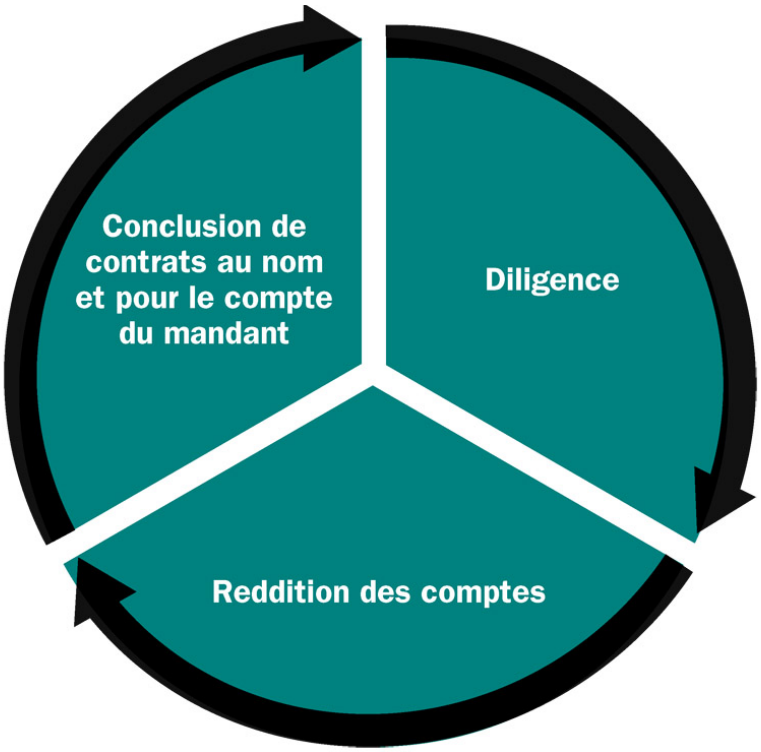
Le droit commun des contrats comporte également des dispositions relatives au contrat de représentation qui s'appliquent dans le silence du droit spécial.

(C. civ., art. 1161)
« En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté.
En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

LES CONNAISSANCES

§1 Les obligations du mandataire vis-à-vis du mandant

L'intensité des obligations du mandataire s'apprécie différemment selon que le contrat est conclu à titre gratuit où à titre onéreux. La jurisprudence se montre plus exigeante concernant les obligations du mandataire dans le cadre d'un mandat salarié.



A La conclusion de contrats au nom et pour le compte du mandant

Il s'agit de l'obligation principale du mandataire. Il doit respecter les termes du mandat qui lui est confié. Lorsque les contours de la mission ne sont pas précisément déterminés, le mandataire dispose de la liberté de choisir les moyens lui permettant de réaliser sa mission. Ainsi, il ne peut conclure des actes de disposition que s'il bénéficie d'un mandat exprès lui permettant d'accomplir cette variété d'actes juridiques. Au contraire, lorsque les instructions du mandant sont très précises, il a l'obligation de les respecter sous peine d'engager de sa responsabilité pour dépassement de pouvoir.

L'exécution du contrat de mandat n'est pas nécessairement personnelle *(Cass. 3e civ., 16 mars 2011, Bull. civ. III, n° 38)*.

(C. civ., art. 1994, al. 1er)
« Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion. »

Le législateur autorise implicitement le mandataire à se substituer un tiers pour l'exercice de sa mission. Cette substitution n'est pas possible lorsqu'elle est prohibée par la loi ou par une clause expresse du mandat. Par ailleurs, lorsque le mandat se conclut *intuitu personae*, le mandataire doit exécuter personnellement sa mission dans la mesure où il a été choisi par le mandant en considération de sa personne et de ses qualités.

(C. civ., art. 1994)
L'article 1994 du Code civil indique que le mandataire est tenu des actes accomplis par le sous-mandataire dont il répond dans deux hypothèses :
« 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;
2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. »

En cas de mauvaise exécution, le mandant peut engager la responsabilité de son mandataire mais dispose également d'une action directe à l'encontre du sous-mandataire lorsque la substitution a été autorisée. Dans le cas contraire, le mandant ne peut alors rechercher que la seule responsabilité de son représentant.

B L'obligation de diligence

Le mandataire doit respecter les instructions reçues de la part de son mandant, et exécute sa mission avec prudence et diligence dans les délais impartis. L'efficacité du mandataire est en grande partie appréciée en fonction de sa qualité. En effet, le mandataire non professionnel qui agit à titre gratuit est supposé être moins compétent que le professionnel qui conclut des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant contre rémunération. Dans ce cas, sa compétence est appréciée plus strictement. Le mandataire professionnel est tenu à des obligations plus nombreuses et plus contraignantes. Il doit notamment satisfaire à son devoir de conseil et attirer l'attention de son mandant sur la portée des engagements qu'il souscrit *(Cass. 1re civ., 12 juill. 2007, Bull. civ. IV, n° 266)*.

(C. civ., art. 1989)
L'article 1989 du Code civil relatif au droit spécial du mandat prévoit que « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.* »

– **Hypothèse 1** : L'article 1156 du Code civil s'est inspiré des solutions prétoriennes applicables au mandat afin de construire un régime détaillé des sanctions en cas de dépassement de pouvoir du mandataire ou lorsqu'il agit en l'absence de pouvoir.

(C. civ., 1156)
Selon les dispositions du droit commun de la représentation *« L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.*
Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.
L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

Lorsque le mandataire agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, l'acte est inopposable au mandant, sauf théorie du mandat apparent notamment si son comportement ou ses déclarations ont laissé croire au tiers de la réalité des pouvoirs du mandataire. Dans tous les cas, le mandant a la faculté de ratifier l'acte *a posteriori*.

Le mandataire doit également faire preuve de loyauté vis-à-vis de son mandant. Il doit agir dans l'intérêt de son cocontractant.

Le problème de la concurrence de pouvoirs est partiellement réglé par l'article 1161 du Code civil qui prohibe le fait que le mandataire puisse contracter pour son propre compte avec le mandant. Cette disposition interdit également au mandataire de représenter plusieurs personnes en opposition d'intérêts, à peine de nullité relative de l'acte, sauf à ce qu'il soit ratifié *a posteriori* par le mandant. Cette obligation de loyauté du mandataire est également encadrée dans le contrat de vente à l'article 1596 du Code civil qui interdit au mandataire de se porter adjudicataire lui-même ou par personne interposée des biens qu'il est chargé de vendre.

– **Hypothèse 2** :

(C. civ., art. 1157)
« Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. »

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a ainsi codifié dans les dispositions relatives à la représentation, la jurisprudence ayant façonné le contrat de mandat. De jurisprudence constante, le mandant peut obtenir l'annulation des actes passés par le mandataire en fraude de ses droits *(Cass. 3e civ., 29 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 647)*.

C La reddition des comptes

(C. civ., art. 1993)
« Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. »

En d'autres termes, le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion. Il informe le mandant de l'ensemble des diligences qu'il a accompli au cours de sa mission mais aussi à la fin de celle-ci. À titre d'exemple, lorsque le mandataire reçoit des fonds en vertu du contrat de mandat, il doit en justifier l'utilisation *(Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, n° 14-28.016)*.

En fin de mission, le mandataire précise le résultat de sa gestion. À ce stade, soit il a conclu les contrats pour lesquels il a été mandaté, soit il n'a pas réussi à atteindre le résultat escompté, auquel cas, il devra rendre des comptes au mandant. Le mandataire ne peut pas opposer le secret professionnel à son cocontractant pour s'affranchir de cette obligation *(Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, préc.)*.

À cette occasion, le mandataire est tenu à une obligation de restitution, c'est-à-dire restituer ce qu'il a pu recevoir du mandant pour l'accomplissement de sa mission comme des documents ou des titres.

> (C. civ., art. 1996)
> *« Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi ; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure. »*

Le mandataire ne peut détourner à son profit des sommes perçues pour le compte du mandant.

D La responsabilité du mandataire envers le mandant

Le mandataire exécute sa mission en toute indépendance et en l'absence de lien de subordination vis-à-vis du mandant. Il reçoit les instructions relatives à l'objet de sa mission mais est libre dans le choix des moyens pour la mettre en œuvre. Lorsqu'il n'exécute pas sa mission en respectant les instructions qui lui ont été délivrées ou lorsqu'il ne l'exécute pas de façon efficace ou loyale, il engage sa responsabilité à l'égard du mandant. Ainsi, outre les sanctions prévues quant à l'acte passé par le mandataire, ce dernier engage sa responsabilité contractuelle pour la faute commise à l'égard de son

mandant. À ce titre, il répond du préjudice causé au représenté ainsi que des éventuelles pertes ou dégradations.

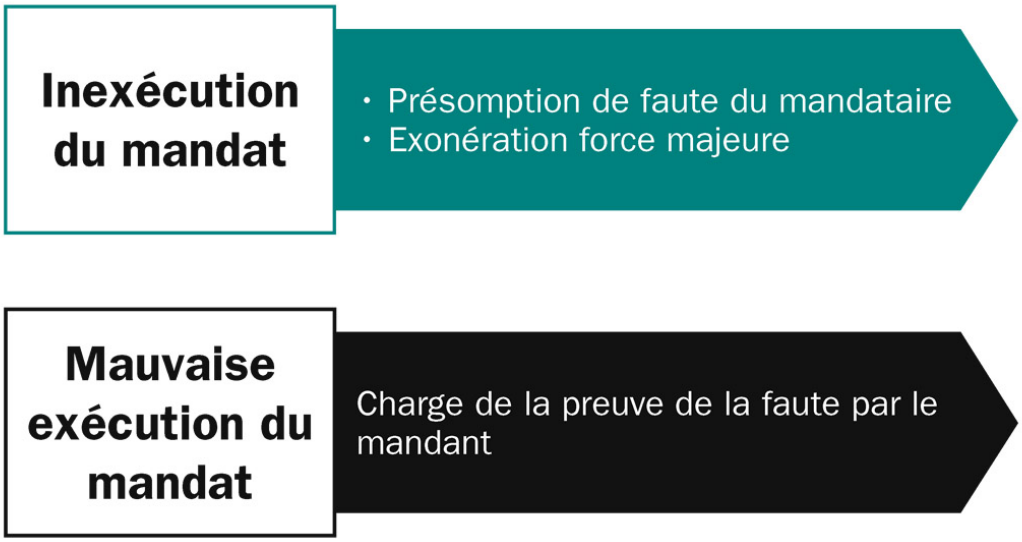
– **Hypothèse 1** :

(C. civ., art. 1991, al. 1er)
« Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. »

Le mandataire est présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat *(Cass. 1re civ., 18 janv. 1989 ; RTD civ. 1989, p. 558, obs. P. Jourdain)*. La preuve d'une absence de faute ou d'un cas fortuit appartient donc au mandataire.

– **Hypothèse 2** : Il n'existe pas de présomption de faute en cas de mauvaise exécution ou d'exécution partielle du mandat. Il appartient donc au mandant d'établir les fautes de gestion de son mandataire *(Cass. 1re civ., 18 janv. 1989, préc.)*. Dans tous les cas, la faute du mandataire sera plus sévèrement appréciée s'il s'agit d'un mandat professionnel plutôt que dans le cas d'un mandat non professionnel et non rémunéré.

(C. civ., art. 1992, al. 2)
En effet, selon l'article 1992, alinéa 2 du Code civil :
« (…) la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »



Par ailleurs, les obligations du mandataire peuvent s'alourdir dans l'hypothèse où celui-ci est mandataire ducroire. Il s'agit du cas dans lequel celui-ci se porte garant de la bonne exécution du contrat. Ainsi, le mandataire va se porter garant envers le mandant de l'exécution du contrat par les tiers. Il s'agit d'une véritable garantie donnée par le mandataire qui est stipulée dans une clause accessoire au contrat de mandat. La clause ducroire rend ainsi responsable le mandataire en cas de défaillance du tiers et engage ainsi sa responsabilité contractuelle en cas d'inexécution ou mauvaise exécution du contrat.

§2 La relation contractuelle entre le mandataire et le tiers

Le mandat est créateur d'obligations entre le mandant et le tiers. Le contrat ne produit donc aucun effet à l'égard des tiers. Ces derniers ne peuvent se prévaloir des stipulations du contrat à l'égard du mandataire qui n'est qu'un intermédiaire. Cependant, il répond de ses fautes.

(C. civ., art. 1138, al. 1er)
« Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. »

Dès lors, les actes passés en fraude des droits du mandant pourront être annulés. En outre, la responsabilité délictuelle du mandataire pourra être engagée en raison de son comportement dolosif *(Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-17.409)*.

Le mandataire engage également sa responsabilité délictuelle à l'égard du tiers lorsqu'il a procédé à un dépassement de pouvoirs tels qu'ils lui avaient été conférés par le mandant.

A contrario, le tiers peut également être tenu vis-à-vis du mandataire lorsqu'il a, par son comportement, fait perdre à ce dernier son droit à rémunération.

Jurisprudence

À propos d'une vente immobilière, la Cour de cassation affirme que « *même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice* » *(Cass. ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

– B. MALLET-BRICOUT, La substitution de mandataire, Thèse Paris 2, Ed. Panthéon-Assas, 2000
– L. ROZÈS, « L'obligation de rendre compte », Mélanges Despax, PUSS 2002

Fiche n° 34 L'extinction du mandat

⏭ L'ESSENTIEL

Les causes d'extinction de droit commun des contrats s'appliquent au mandat. Il s'agit par exemple de l'impossibilité d'exécuter le contrat, la résolution, l'arrivée du terme ou encore l'achèvement de la mission du mandataire.

Le législateur prévoit des causes d'extinction spécifiques pour le mandat. En tant que contrat conclu *intuitu personae*, la relation contractuelle peut s'achever en raison de la simple volonté unilatérale de l'une des parties. Ces dernières peuvent néanmoins décider de mettre fin au mandat d'un commun accord.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'extinction volontaire du mandat

Chaque partie au contrat a le pouvoir de mettre fin à la relation contractuelle. S'agissant du mandant, cela se manifeste par la révocation du mandataire. Ce dernier a également la faculté de renoncer au contrat. En toute hypothèse, les parties peuvent s'accorder pour révoquer leurs engagements contractuels.

A La révocation par le mandant

Le mandat est un contrat conclu *intuitu personae*. En tant que tel, il est basé sur une relation de confiance. Par conséquent, si la confiance est rompue, le mandant doit pouvoir mettre fin à la relation contractuelle.

(C. civ., art. 2003)
C'est en ces termes que l'article 2003 du Code civil dispose que « *Le mandat finit : Par la révocation du mandataire ; (…)* »

– **La libre révocabilité du mandat** :

(C. civ., art. 2004)
« Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute. »

Le mandant peut mettre fin à la relation contractuelle à tout moment puisque le contrat est révocable *ad nutum*. Cela signifie qu'il n'a pas à motiver sa décision.

Le mandataire ne peut prétendre à aucune indemnisation puisque la révocation intervient *ad nutum*. Ceci étant, c'est à la condition que la rupture de la relation contractuelle ne s'accompagne pas de circonstances vexatoires ou injurieuses. Dans cette hypothèse, le mandataire a la faculté d'engager la responsabilité de son cocontractant pour abus de droit de rompre.

La révocation intervient librement et ne nécessite aucun formalisme. Elle procède d'une volonté expresse ou tacite de mettre fin à la relation contractuelle.
La révocation tacite résulte du fait que le mandant accomplisse lui-même l'acte confié à son mandataire, ou encore le fait qu'il désigne un nouveau mandataire si les mandats sont incompatibles. Le mandat prend fin le jour où le mandataire est informé de sa révocation. Cependant, le mandant reste tenu des actes accomplis par son cocontractant avant sa révocation. Par ailleurs, la révocation n'a d'effet que pour l'avenir, elle ne met pas fin aux contrats conclus par le représentant lorsque les tiers n'ont pas connaissance de l'extinction du mandat.

(C. civ., art. 2005)
« La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. »

– **Les tempéraments à la libre révocabilité** : Le mandat d'intérêt commun constitue une exception au principe de libre révocabilité du mandat. Il s'agit d'un contrat de collaboration dans lequel le mandataire agit aussi bien pour le compte du mandant que pour son propre compte. Le mandataire doit être personnellement intéressé par l'opération pour être qualifié d'intérêt commun. À cet égard, la simple perception d'une rémunération ne suffit pas à caractériser cet intérêt.
En cas de révocation anticipée du contrat et l'absence de justification, le mandant doit indemniser son cocontractant pour le préjudice qu'il subit.

(C. com., art. L. 134-12)
En ce sens, l'article L. 134-12 du Code de commerce énonce à propos du contrat d'agent commercial que la *« (…) cessation de ses relations avec le mandant [lui ouvre] droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. »*

Cette disposition est d'ordre public de sorte que toute stipulation contraire dans le contrat ne peut recevoir application *(C. com., 19 mars 2013, n° 12-14.173)*.

B La renonciation du mandataire

Cette faculté pour le mandataire de renoncer au contrat est prévue par l'article 2007 du Code civil.

(C. civ., art. 2007)
« Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. »

La renonciation prend la forme d'une notification. Le mandant doit être informé en temps utiles de cette renonciation afin de lui permettre de sauvegarder ses intérêts et éventuellement trouver un nouveau mandataire.

La renonciation au mandat ne libère pas pour autant le mandataire de toute obligation. Il supporte les conséquences financières de la renonciation anticipée et doit indemniser son cocontractant pour le préjudice qu'il subit. Toutefois, cette indemnisation est écartée lorsque le mandataire se trouve dans l'impossibilité de poursuivre le

mandat sans éprouver lui-même un préjudice considérable. Cela signifie que le préjudice doit être suffisamment grave. Schématiquement, le préjudice considérable est caractérisé chaque fois que la renonciation apparait légitime. Par exemple, lorsque le mandataire change de lieu de résidence ou encore lorsqu'il change de situation professionnelle.

§2 L'extinction involontaire du mandat

(C. civ., art. 2003)
« Le mandat finit : (…)
Par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. »

A Le décès de l'une des parties

Le décès de l'une des parties met directement fin au contrat.

- **Le décès du mandant :** L'extinction du mandat suite au décès du mandant se fonde sur l'article 2003 du Code civil. Cette disposition est supplétive de volonté. Par conséquent, les parties peuvent convenir que le décès du mandant n'aura pas d'influence sur l'exécution du mandat. Pour autant, une telle stipulation a pour conséquence de requalifier la convention en un mandat à effet posthume, lequel doit respecter de strictes conditions de validité.

  Dès lors que le mandataire apprend le décès du mandant, il doit s'abstenir de poursuivre l'exécution de sa mission. Cela signifie que les actes postérieurs au décès restent valables si le mandataire n'en n'a pas connaissance dans les termes de l'article 2008 du Code civil.

Les actes concluent par le mandataire engagent ainsi les héritiers dans les mêmes conditions que le mandant lui-même. À l'égard des tiers de bonne foi, le décès du mandant ne fait pas cesser les effets du mandat, de sorte que le décès du mandant leur est inopposable. Ils peuvent ainsi demander aux héritiers du mandant qu'ils exécutent les engagements pris par le mandataire.

Par ailleurs, aux termes de l'article 1991, alinéa 2 du code civil le mandataire est tenu d'achever sa mission « *s'il y a péril en la demeure* », c'est-à-dire s'il y a urgence à exécuter le contrat.

– **Le décès du mandataire** : Le mandat s'achève également en cas de décès du mandataire, cette règle n'est pas d'ordre public et les parties peuvent valablement y déroger en stipulant conventionnellement que les héritiers ou toute autre personne désignée poursuivront l'exécution du mandat.

(C. civ., art. 2010)
« En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. »

B L'incapacité de l'une des parties

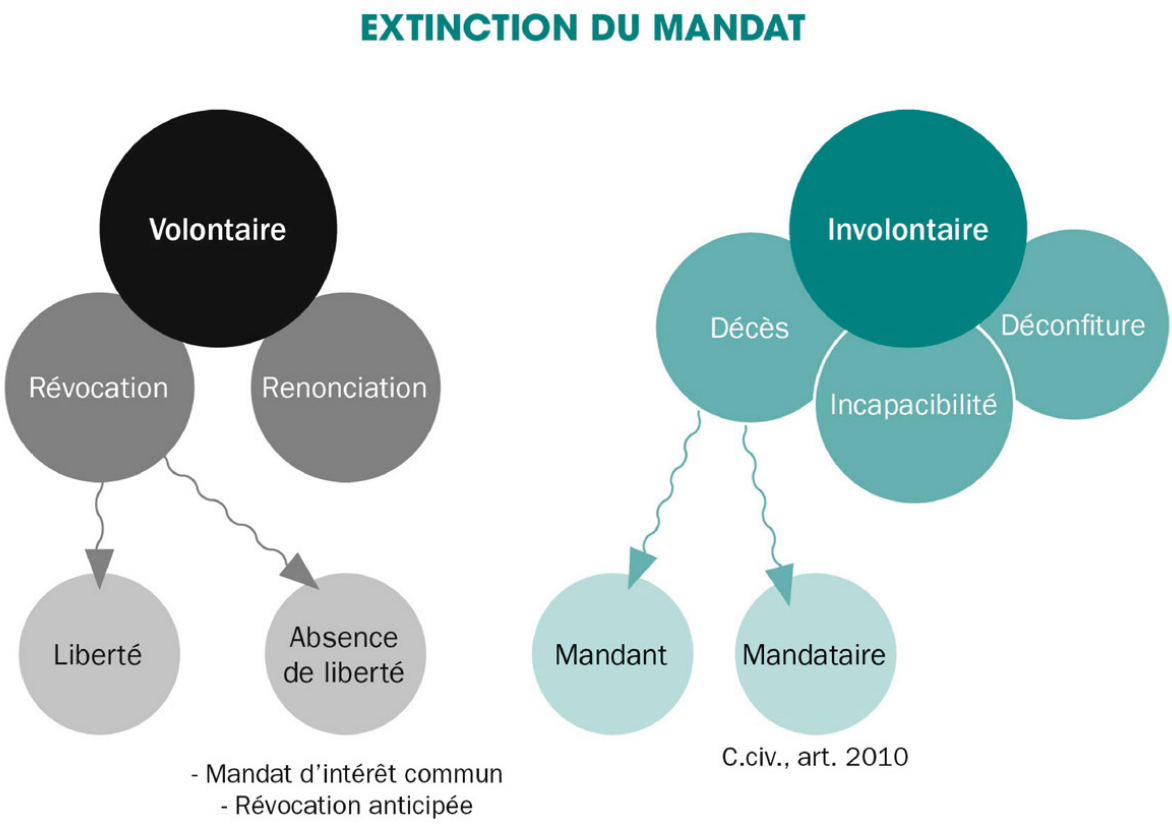
Selon l'article 2003 du Code civil, l'incapacité de l'une des parties met également fin au contrat de mandat. Le texte prévoit que le mandat cesse « *par la tutelle (…) soit du mandant soit du mandataire* ».
Le texte ne distingue pas selon que l'incapacité touche le mandant ou le mandataire. Par ailleurs, la portée du texte est restrictive car seule la tutelle est visée.

Le placement sous tutelle met fin au contrat, mais cette règle est écartée lorsque le mandant a conclu un mandat de protection future en prévision de la perte de ses facultés. Le mandat de protection future prend effet lorsque le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts.

C La déconfiture de l'une des parties

La déconfiture de l'une des parties met également fin au contrat de mandat. Selon l'article 2003, alinéa 4 du Code civil, lorsque l'une des parties fait l'objet d'une procédure collective, le contrat prend fin. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'une des parties ne peut plus payer ses dettes, de sorte que le mandat doit prendre fin.

La faillite ne fait pourtant pas échec au droit des entreprises en difficulté. Par conséquent, si le mandant ou le mandataire fait l'objet d'une procédure collective, les dispositions du code de commerce permettent à l'administrateur de réclamer l'exécution du contrat.



⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– I. NAJJAR, « Mandat et irrévocabilité », D. 2003, Chron. 708

– A. LECOURT, « Résiliation du mandat d'intérêt commun », AJ Contrats d'affaires 2014, n° 2, p. 93

TITRE 3

LE CONTRAT D'ENTREPRISE

Le contrat d'entreprise fait partie des contrats de louage. Il s'agit plus précisément d'un louage d'ouvrage par lequel le *locator* accomplit un travail pour le *conductor*. L'article 1779 du Code civil met en évidence trois espèces de louage d'ouvrage.

Il y a tout d'abord le louage de service qui renvoie au contrat de travail. Le Code civil se réfère ensuite au louage des voituriers par terre et par eau qui se charge du transport de personnes et de marchandises, il s'agit du contrat de transport. Enfin, le louage des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et des techniciens vise les contrats de constructions immobilières au sens large.

Le contrat d'entreprise ne se résume pas à ces hypothèses énoncées par le Code civil qui semblent trop restrictives et ne permettent pas d'envisager le contrat d'entreprise dans sa globalité.

Fiche n° 35 La formation du contrat d'entreprise

Fiche n° 36 Les obligations du maître de l'ouvrage

Fiche n° 37 Les obligations de l'entrepreneur

Fiche n° 38 La sous-traitance

Fiche n° 39 L'extinction du contrat d'entreprise

Fiche n° 35 La formation du contrat d'entreprise

L'ESSENTIEL

(C. civ., art. 1787)
« Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. »

Cette définition encadre les contrats d'entreprise les plus divers dans lesquels une personne, l'entrepreneur, s'engage à effectuer une prestation de service, sans la représenter, à titre indépendant au profit d'une autre, le maître de l'ouvrage.

LES CONNAISSANCES

§1 Éléments de qualification du contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise met à la charge de l'entrepreneur une obligation de faire de l'entrepreneur, qui effectue sa mission en toute indépendance et en l'absence de représentation du maître de l'ouvrage. Ces éléments de qualification permettent de distinguer le contrat d'entreprise d'autres figures contractuelles.

– **Vente** : la vente emporte le transfert de propriété de l'objet du contrat, contrairement au contrat d'entreprise qui ne met à la charge du maître de l'ouvrage qu'une obligation de faire.
  La distinction entre vente et contrat d'entreprise s'avère plus complexe dans les contrats mixtes, c'est-à-dire ceux qui portent à la fois sur une vente et sur une entreprise. C'est le cas par exemple de la vente de matériel informatique conjuguée à une prestation de maintenance.
  La question de la qualification de cette opération se pose alors. En cas de difficulté, les juges s'attachent au travail spécifique destiné à répondre aux besoins du donneur d'ordre. En d'autres termes, si la chose est fabriquée sur mesure et répond à un besoin spécifique du client, il s'agit d'un contrat d'entreprise. La prestation principale représente le travail fourni et la prestation accessoire est le transfert de ce travail au client. *A contrario*, si la chose est fabriquée en série et revêt un caractère standardisé, il s'agit d'un contrat de vente *(Cass. com., 7 nov. 2007, Bull. civ. IV, n° 215)*.
– **Bail** : Le contrat d'entreprise se caractérise par la prestation effectuée par l'entrepreneur au profit du maître de l'ouvrage. Il utilise ses compétences afin de répondre aux besoins spécifiques de son cocontractant. À ce titre, le contrat d'entreprise se distingue du bail dans lequel le loueur propose la jouissance d'un bien au preneur moyennant le paiement d'un loyer.

Il arrive que la fourniture d'une chose s'accompagne d'une prestation de service liée à l'usage de la chose. C'est le cas par exemple d'un contrat d'abonnement téléphonique avec la mise à disposition d'un téléphone. Afin de qualifier ce contrat, il convient de rechercher quelle est la prestation accessoire. Ainsi, dans l'exemple précédent, la fourniture de service est essentielle. Il s'agit donc d'un contrat d'entreprise.

– **Dépôt** :

(C. civ., art. 1915)
Selon l'article 1915 du Code civil, le contrat de dépôt se définit comme « *un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.* »

Lorsqu'une chose est confiée au contractant uniquement dans le but de conserver cette chose, il s'agit d'un contrat de dépôt. À l'inverse, lorsque la chose confiée l'a été dans le but d'effectuer un travail sur celle-ci comme des réparations ou une rénovation, il s'agit d'un contrat d'entreprise.

– **Mandat** : L'entrepreneur agit pour son propre compte et ne représente pas le maître de l'ouvrage. En l'absence de représentation, le contrat d'entreprise se distingue ainsi du mandat qui par nature est un contrat de représentation. Par ailleurs, l'entrepreneur effectue des actes matériels qui peuvent également être des prestations intellectuelles, alors que le mandataire conclut des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant.

	VENTE	ENTREPRISE	PRÊT	BAIL	MANDAT
Effet translatif de propriété	X	Lorsque la prestation porte sur la réalisation d'un bien	Lorsque le prêt à usage porte sur une chose consomptible		Accompli des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant
Travail spécifique		Actes matériels ou intellectuels			
Droit d'usage			X	X	

§2 Les conditions de formation du contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise doit respecter les conditions de formation de droit commun des contrats telles qu'énoncées à l'article 1128 du Code civil. Le contrat est valablement conclu lorsque les parties ont la capacité de contracter et un accord de volonté sur la prestation à réaliser.

A Le consentement au contrat d'entreprise

– **Consensualisme :** Le contrat d'entreprise est un contrat consensuel. Il se forme par le seul échange des consentements sur la prestation de service à fournir. Le législateur n'impose aucune forme particulière pour sa conclusion. Au moment de la formation du contrat, les contours de la prestation à réaliser ne sont pas nécessairement déterminés, de sorte que les parties peuvent valablement s'entendre sur la seule finalité de l'opération projetée. Le processus de formation du contrat diffère selon la nature de l'opération envisagée.
Les contrats d'entreprise de la vie courante se forment généralement à la suite de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Lorsque le contrat se forme entre un professionnel et un consommateur, certaines règles du code de la consommation vont s'appliquer pour la formation du contrat. En effet, le législateur impose au professionnel de lui fournir l'ensemble des informations relatives à la prestation de service. Les articles L. 111-1 et s. du Code de la consommation détaillent l'ensemble des mentions informatives qui doivent être portées à la connaissance du consommateur. Si le législateur n'impose pas d'écrit pour la formation du contrat, il permet au professionnel de se préconstituer la preuve du respect de son obligation précontractuelle d'information.

Si l'ouvrage présente une certaine complexité ou nécessite une certaine durée dans sa réalisation, la conclusion du contrat va être précédée de documents préparatoires tels que des devis, études préalables ou encore avant-contrats, qui sont destinés à préciser les travaux qui vont être accomplis et le prix de la prestation. La nature de ces documents dépend de la volonté des parties.

Lorsque les documents préparatoires sont remis lors de la période de pourparlers, ils ne lient pas les parties. En principe, l'entrepreneur ne peut demander aucune rémunération pour l'établissement de ces derniers, (exception les plans établis par un architecte quand bien même le client ne donne pas suite). Les pourparlers peuvent être rompus librement sauf si la rupture intervient de manière abusive.

Les documents préparatoires peuvent également former une promesse unilatérale émise par l'entrepreneur voire une promesse synallagmatique de contrat. Le maître de l'ouvrage dispose donc d'une option pour la conclusion du contrat. Dans le cas de la promesse unilatérale, par l'effet de l'avant-contrat, l'entrepreneur ne peut plus rétracter sa proposition. S'il s'agit d'une promesse synallagmatique, les deux parties seront alors engagées et le maître d'ouvrage devra alors payer le prix du devis.

– **Le formalisme** : Certains contrats d'entreprise nécessitent le respect de formes particulières. C'est le cas notamment du contrat de construction de maison individuelle. Il s'agit d'un contrat solennel qui doit, à peine de nullité, être rédigé par écrit et contenir un certain nombre de mentions obligatoires énoncées par le Code de la construction et de l'habitation.

B L'objet du contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise est un contrat synallagmatique qui comporte des obligations à la charge des deux parties. Le contrat porte sur une prestation de service due par l'entrepreneur en contrepartie d'une rémunération.

L'entrepreneur fournit soit une prestation matérielle soit une prestation intellectuelle. La prestation de l'entrepreneur est double. Il fournit le travail demandé ainsi que le résultat de cette prestation.

Lors de la formation du contrat, il n'est pas nécessaire que la prestation soit précisément définie. Il suffit d'un accord sur le principe de la prestation, laquelle pourra être déterminée ultérieurement. La fixation de la rémunération de l'entrepreneur ne constitue pas non plus une condition de validité du contrat d'entreprise, elle peut être déterminée ultérieurement *(Cass. 1re civ., 15 juin 1973, Bull. civ I n° 202)*. Il est plus facile de fixer la rémunération de l'entrepreneur une fois la prestation exécutée.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

- Distinction entre vente et entreprise : M. de JUGLART, in Mélanges Derrupé, Litec, 1991
- Distinction entre vente et mandat : P. TRISSON-COLLARD, LPA 7 fév. 2001
- Distinction entre entreprise et autres contrats : F. LABARTHE, in Mélanges Bouloc, Dalloz 2007, p. 539

Fiche n° 36 Les obligations du maître de l'ouvrage

⏭ L'ESSENTIEL

Le maître de l'ouvrage est tenu à une obligation principale, celle de payer le prix de la prestation réalisée par l'entrepreneur.

À côté de cette obligation principale, il est tenu à des obligations accessoires. Ainsi, lorsque le contrat d'entreprise porte sur une chose matérielle, il est tenu de réceptionner le bien.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Le paiement du prix de la prestation

Le contrat d'entreprise est un contrat synallagmatique dans lequel le paiement du prix constitue la contrepartie du travail de l'entrepreneur. La fixation de la rémunération n'est pas une condition de formation du contrat d'entreprise, elle peut s'effectuer une fois la prestation réalisée.

A La fixation du prix

1 Les modalités de fixation du prix

La rémunération de l'entrepreneur n'a pas à être fixée au jour de la conclusion du contrat, elle peut être déterminée postérieurement. En principe, les parties fixent d'un commun accord la contrepartie pécuniaire au contrat. À ce titre, la rémunération peut faire l'objet de négociations préalables, ou d'une proposition de l'entrepreneur par application de modalités particulières de fixation.

– **Contrat de consommation** : le Code de la consommation impose que la rémunération de l'entrepreneur soit fixée au moment de la conclusion du contrat car le maître de l'ouvrage, qui est consommateur, doit être en mesure de donner un consentement éclairé.

(C. consom., art. L. 112-1)
« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services (…) »

Le non-respect de cette obligation est sanctionné pénalement car il s'agit d'une contravention de cinquième classe. En revanche, les dispositions ne prévoient pas de sanctions civiles, le contrat sera valable.

Ce principe est tempéré par l'article L. 112-3.

(C. consom., art. L. 112-3)
« Lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le professionnel fournit le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels.

Lorsque les frais supplémentaires ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, le professionnel mentionne qu'ils peuvent être exigibles. »

– **Le devis :** Il s'agit du document remis au maître de l'ouvrage qui comporte un état descriptif des travaux à réaliser ainsi qu'une estimation du prix de ces travaux. Il permet au client de connaître le contenu des obligations du professionnel ainsi que le montant de la contrepartie financière à sa charge, puisque le document fixe le prix unitaire pour chaque article.
Une fois le devis émis et valablement accepté, le professionnel ne saurait, *a posteriori*, solliciter un complément de prix. S'il effectue des travaux supplémentaires pour lequel il sollicite une rémunération, le professionnel doit s'assurer d'avoir préalablement recueilli l'accord du maître de l'ouvrage *(Cass. 3e civ., 7 avr. 2016, n° 15-12405)*.
L'établissement du devis est en principe gratuit. Toutefois, le professionnel peut le rendre payant lorsqu'il se déplace ou lorsque son élaboration résulte d'un travail intellectuel. Dans ce cas, le professionnel informe préalablement son cocontractant sur le montant exigé pour la réalisation du devis. En toute hypothèse, le devis ne lie pas le client qui n'est jamais obligé de l'accepter.

– **Le marché à forfait :** Le marché à forfait est un contrat qui présente l'avantage, pour un maître d'ouvrage, de le protéger des aléas de l'exécution d'un marché passé pour la construction d'un

bâtiment. À sa signature, un prix global et définitif est fixé qui ne sera pas modifié, quels que soient les coûts des travaux.
Peu importe la prestation effectivement exécutée, le maitre de l'ouvrage devra cette rémunération à l'entrepreneur, elle est intangible. En conséquence, si des travaux supplémentaires sont envisagés, pour être payé, l'entrepreneur devra demander l'autorisation préalable au maitre de l'ouvrage de les effectuer. Il ne pourra pas les facturer s'il n'a pas obtenu son accord préalablement. Défini à l'article 1793 du Code civil, le marché à forfait porte sur la construction ou les travaux sur bâtiment ancré au sol.

– **Le marché sur série** : Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la rémunération ne peut être déterminée qu'après l'achèvement des travaux car les parties ne connaissent pas, au jour de la formation du contrat, l'ampleur du travail à réaliser. Cette technique permet d'adapter la rémunération à la réalité du travail fourni.

Lorsque le prix de la prestation n'est pas déterminé lors de la formation du contrat, les dispositions de l'article 1165 du Code civil s'appliquent.

(C. civ., art. 1165)
« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat. »

Le prix peut faire l'objet d'une contestation par le maître de l'ouvrage. Dès lors, il appartient à l'entrepreneur d'en motiver le montant. En cas de litige, le juge se prononce sur sa légitimité et octroie des dommages-intérêts voire prononce la résolution du contrat au profit du maître de l'ouvrage.

Devis	Marché à forfait	Marché sur série
Prix fixé forfaitairement article par article. Le prix est fixé en fonction de chaque catégorie de travaux effectués.	Prix fixé forfaitairement, globalement et définitivement lors de la formation du contrat.	Le prix est déterminé par référence à certains tarifs.
Si de nouveaux travaux sont nécessaires, l'entrepreneur ne les supporte pas.	Les risques de dépassement pèsent sur l'entrepreneur.	La rémunération ne sera déterminée qu'après l'achèvement des travaux au regard de l'ampleur du travail réalisé.
L'entrepreneur doit néanmoins recueillir l'accord du propriétaire pour les travaux supplémentaires.	Possibilité de modifier le prix si autorisé expressément par le maître de l'ouvrage.	

2 Les modalités de révision du prix

Le principe d'intangibilité des conventions s'oppose à l'immixtion du juge dans la relation contractuelle et la possibilité de réviser le montant de la prestation si elle a été fixée préalablement par les parties.

(C. civ., art. 1193)
« Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

En principe, le juge n'a pas la faculté de réviser la rémunération contractuellement fixée. Ce principe comporte néanmoins des exceptions.

– **Les tempéraments contractuels :** Les parties peuvent valablement insérer dans le contrat d'entreprise une clause permettant une adaptation du contrat.
  C'est notamment l'hypothèse d'une clause d'indexation entraînant la variation automatique du prix en fonction d'un indice de référence.
  Les parties peuvent également prévoir une clause anticipant la survenance d'un événement particulier ou encore une clause de renégociation du montant de la prestation.

– **Les tempéraments légaux :** L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a consacré la notion d'imprévision dans les relations contractuelles.

(C. civ., art. 1195)
« *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Le changement de circonstances dans le contrat pourra ainsi entraîner une modification du contrat, notamment pécuniaire.

– **Les tempéraments jurisprudentiels** : La jurisprudence reconnaît au juge un pouvoir de révision judiciaire uniquement lorsque l'entrepreneur est un professionnel libéral, lorsque la rémunération peut être qualifiée d'honoraires *(Cass, civ, 1re, 3 juin 1986, Bull civ, n ° 150)*. Ainsi, les juges peuvent réduire les honoraires demandées par les professionnels libéraux lorsqu'ils s'avèrent excessifs par rapport à la prestation fournie. Une solution similaire se retrouve également à propos du mandat.

2 Les modalités de paiement du prix

– **Le temps du paiement** : Les modalités de paiement du prix sont normalement déterminées par le contrat. Le paiement peut s'effectuer de façon échelonnée, ou encore en totalité au terme du contrat. En cas de silence sur le moment du paiement du prix, le maître de l'ouvrage doit payer l'entrepreneur une fois qu'il a exécuté sa prestation.
La plupart du temps, le maître de l'ouvrage va verser un acompte ou une provision sur la rémunération à payer. Après l'achèvement des travaux, il devra verser le solde du prix, étant entendu que l'acompte versé s'imputera sur le prix. L'acompte se définit comme une exécution partielle du contrat. Dans les relations entre le professionnel et le consommateur, l'article L. 214-1 du Code De la consommation présume que toutes les sommes versées à l'avance sont soumises au régime des arrhes. Grâce aux arrhes qui lui offrent une faculté de dédit, le consommateur peut se départir de son engagement en perdant les sommes versées. Il en va de même pour le professionnel qui dans cette hypothèse, doit restituer le double du montant reçu.
Le maître de l'ouvrage engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'entrepreneur pour non-respect de son obligation de

payer le prix de la prestation. Celui-ci peut également faire valoir l'exception d'inexécution afin de refuser de payer le prix. Les articles 1219 et 1220 du Code civil insistent sur la gravité de l'inexécution du professionnel afin que son cocontractant puisse valablement invoquer cette sanction. C'est le cas par exemple lorsque des malfaçons se révèlent sur l'ouvrage ou encore lorsqu'il existe un risque lié à la disparition de l'objet du contrat.

3 Les garanties de paiement

Si l'entrepreneur craint de ne pas être payé à l'échéance, il peut disposer de certaines garanties de paiement.

- **Le droit de rétention** : l'entrepreneur va pouvoir exercer son droit de rétention sur l'objet du contrat tant qu'il ne commet pas de faute. En effet, il perd son droit en cas de faute de sa part. C'est le cas par exemple s'il procède à des travaux importants sur la chose en l'absence de consentement du maître de l'ouvrage. Le droit de rétention suppose que la prestation porte sur un bien mobilier remis au professionnel. C'est notamment l'hypothèse du véhicule remis au garagiste pour l'exécution de travaux de réparation. Cette garantie n'existe pas à propos des immeuble *(Cass. 3e civ., 23 juin 1999, Bull. civ. III, n° 150)*.
- **La clause de réserve de propriété :** lorsque l'entrepreneur doit fabriquer une chose qui sera transmise au maître de l'ouvrage, le contrat peut prévoir que l'entrepreneur reste propriétaire de cette chose jusqu'au complet paiement du prix. Cette stipulation se montre inefficace dans les contrats de construction immobilière puisque, par le jeu de l'accession immobilière, le transfert de propriété des constructions au maître de l'ouvrage s'effectue au fur et à mesure de leur incorporation dans le sol. Toutefois, le maître

de l'ouvrage qui commande des travaux immobiliers doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque les travaux sont supérieurs à 12 000 € *(C. civ., art 1799-1)*. À ce titre, il doit fournir un cautionnement bancaire à l'entrepreneur.

4 Les sanctions en l'absence de rémunération

L'entrepreneur va pouvoir suspendre l'exécution du contrat d'entreprise en l'absence de paiement injustifiée de sa rémunération.

Il peut également engager la responsabilité civile contractuelle de droit commun du maître de l'ouvrage. L'action en paiement peut être exercée dans les cinq ans à compter de l'exigibilité de l'obligation. Les contrats de consommation disposent d'un délai abrégé puisque dans ce cas, la prescription est de deux ans.

L'entrepreneur peut également demander la résolution unilatérale du contrat. La résolution peut être judiciaire ou conventionnelle. Dans ce dernier cas, il doit notifier sa décision au maître de l'ouvrage lequel, le cas échéant, pourra être tenu de payer des intérêts moratoires.

§2 Les obligations accessoires

À côté du paiement du prix, le maître de l'ouvrage est assujetti à un devoir de collaboration ainsi qu'à une obligation de réception.

- **Le devoir de collaboration** : Le maître de l'ouvrage doit exécuter le contrat de bonne foi. À ce titre, il doit faciliter le travail de son cocontractant et lui fournir tous les éléments nécessaires pour l'exécution de sa prestation. Ainsi, il lui est interdit d'empêcher l'exécution du contrat, auquel cas, il peut engager sa responsabilité contractuelle pour avoir fait obstacle à l'exécution du contrat.

– **L'obligation de réception** : L'article 1792-6 du Code civil définit la réception comme l'acte juridique unilatéral par lequel le maître de l'ouvrage accepte sans réserve les travaux effectués. Il s'agit de la reconnaissance par le maître de l'ouvrage que la chose commandée correspond bien à ce qui a été reçu. En règle générale, la réception a lieu au moment de la prise de livraison. Cependant, la jurisprudence admet qu'elle puisse avoir lieu avant ou après.

  La réception peut être expresse ou tacite. Dans cette dernière hypothèse, elle se déduit du comportement du maître de l'ouvrage. Ainsi, la prise de possession de l'ouvrage et le paiement des travaux font présumer la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de le recevoir *(Cass. 3e civ., 1er avr. 2021, no 19-25.563)*.

  La réception permet au maître de l'ouvrage de se prononcer sur la conformité du travail accompli. S'il s'aperçoit que le travail ne correspond pas, il peut émettre des réserves sur les points qui ne sont pas conformes avec la prestation demandée.

  Cette réception est obligatoire. En principe, elle entraîne l'exigibilité du paiement de l'entrepreneur ainsi que le transfert de la garde et des risques de la chose au maître de l'ouvrage. Si la chose périt par un événement fortuit indépendant de la volonté des parties, alors c'est le maître de l'ouvrage qui devra supporter ces conséquences. Il ne disposera d'aucun recours à l'encontre de son cocontractant.

  En outre, la réception libère l'entrepreneur des défauts apparents de la chose. À partir du moment où le maître de l'ouvrage opère la réception de la chose, il ne pourra plus se prévaloir des défauts apparents de celle-ci si des réserves n'ont pas été faites. Dans ce cas, le maître de l'ouvrage va pouvoir invoquer ces défauts apparents et exiger de l'entrepreneur qu'il reprenne son travail pour faire en sorte que ce travail réponde à ce qui était convenu.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– C. SAINT-ALARY-HOUIN, « A propos de l'article 1799-1 du code civil et de la garantie de paiement des entrepreneurs », Mélanges Boyer, PUSS, 1996
– A. VALDÈS, « Les travaux supplémentaires dans les marchés de travaux privés », Administrer, 2012, n° 453, p. 13
– Sur la réception des travaux, B. BOUBLI, RDI 2019, n° 6, p. 334 et 337

Fiche n° 37 Les obligations de l'entrepreneur

⏭ L'ESSENTIEL

L'obligation principale de l'entrepreneur réside dans l'exécution de la prestation qui lui a été demandée.

L'entrepreneur est également tenu à des obligations annexes telles que l'obligation de conserver l'objet du contrat et livrer le bien si la prestation porte sur une chose.

Il engage sa responsabilité de droit commun en cas de non-respect de ses obligations.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les obligations principales

A L'obligation de conseil

L'entrepreneur est tenu d'apporter à son cocontractant tous les renseignements nécessaires pour que son client s'engage en connaissance de cause. Plus qu'un simple devoir d'information, le professionnel est tenu d'un véritable devoir de conseil à l'égard de

son cocontractant. Cela signifie qu'outre le conseil sur les travaux à réaliser, l'entrepreneur doit pouvoir déconseiller le maître de l'ouvrage si les travaux ne sont pas adaptés à ses besoins. Le conseil porte sur les matériaux à utiliser dans le cadre des prestations de construction, sur la règlementation et les normes en vigueur ou encore sur l'étendue des garanties.

L'obligation de conseil constitue parfois l'obligation principale du contrat. C'est le cas par exemple du notaire, de l'avocat, de l'architecte ou encore du gestionnaire qui sont consultés pour délivrer des conseils sur une situation donnée. Il s'agit d'une prestation intellectuelle dont la portée sera appréciée différemment si le conseil est délivré à un consommateur ou à un professionnel exerçant dans le même domaine de compétence.

B L'exécution de la prestation

L'obligation d'exécution varie en fonction de la nature de la prestation qui a été convenue. L'entrepreneur doit exécuter lui-même la prestation si le contrat est conclu *intuitu personae* ou s'il comporte une clause d'exécution personnelle. Dans le cas contraire, il peut déléguer l'exécution de ses obligations en ayant recours à un contrat de sous-traitance.

- **Le contenu de la prestation :** Ce sont les parties qui fixent le contenu des obligations de l'entrepreneur. Plus l'obligation est complexe, plus il convient de détailler les contours de la prestation. Dans le silence du contrat, et en l'absence de dispositions légales, il faut se référer aux usages ou aux règles de l'art selon la profession envisagée.
  L'entrepreneur agit de façon autonome, il a l'entière maîtrise du travail qu'il accomplit. De son côté, le maître de l'ouvrage ne doit

pas s'immiscer dans l'exécution de la prestation pendant toute la période de réalisation du travail. Il ne disposera d'un pouvoir de contrôle qu'à l'issue de l'achèvement de la prestation. Il aura la faculté d'émettre des réserves si les travaux ne correspondent pas exactement aux stipulations du contrat.
L'entrepreneur doit exécuter sa mission dans le délai imparti. La loi impose que le délai d'exécution soit déterminé lorsque le contrat est un contrat de consommation. Elle prévoit un délai subsidiaire légal pour le cas où les parties n'auraient pas prévu un délai contractuel. L'article L. 216-1 du Code de la consommation fixe un délai de trente jours après la conclusion du contrat pour s'exécuter. En dehors des contrats de consommation et en cas de litige, il appartient au juge de déterminer dans quel délai le contrat doit s'exécuter. Le juge recherche si le délai d'exécution est raisonnable. Cette question relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

– **L'intensité de l'obligation :** La question se pose de savoir si le professionnel est tenu d'une obligation de moyen ou de résultat. La nature de l'obligation contenue dans le contrat fait dépendre les modalités d'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur défaillant. Lorsque la commune intention des parties ne permet pas de mettre en évidence l'intensité des obligations pensant sur le débiteur, le juge va alors se référer à l'objet de la prestation pour déterminer si l'entrepreneur a commis une faute.
Lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyen, il incombe au maître de l'ouvrage de démontrer un manquement du professionnel dans l'exécution du contrat. En règle générale, les prestations intellectuelles entrent dans la catégorie des obligations de moyen. C'est le cas par exemple des prestations juridiques, des activités médicales ou encore les activités d'expertise.

Lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, il pèse sur le professionnel une présomption de faute. Il ne pourra s'affranchir de sa responsabilité en rapportant la preuve d'une cause d'exonération ou en invoquant l'immixtion fautive du maître de l'ouvrage dans la réalisation des travaux. Le professionnel est plutôt assujetti à une obligation de résultat lorsque le contrat a pour objet la réalisation d'une prestation matérielle.

§2 Les obligations accessoires

A L'obligation de conservation

Lorsque la prestation porte sur une chose, l'entrepreneur est tenu à une obligation de conservation dont le maître de l'ouvrage demeure propriétaire. À ce titre, la responsabilité du professionnel peut être engagée en cas de perte ou détérioration du bien car il est tenu de la conserver jusqu'à sa restitution à son cocontractant.

Le professionnel peut échapper à l'engagement de sa responsabilité en cas de détérioration du bien lorsqu'il rapporte la preuve que le dommage ne résulte pas de sa faute.

B L'obligation de livraison

Chaque fois que le contrat d'entreprise porte sur la fabrication d'une chose, l'entrepreneur a l'obligation de la livrer une fois celle-ci achevée.

Il engage sa responsabilité si la chose livrée comporte des malfaçons. Le maître de l'ouvrage a la faculté d'émettre des réserves lors de la réception si la chose livrée n'est pas conforme aux stipulations du contrat.

C La garantie due par l'entrepreneur

Lorsque le contrat d'entreprise porte sur la construction d'un immeuble ou lorsqu'il est conclu entre un professionnel et un consommateur, le professionnel est tenu des vices cachés de la chose qui la rend impropre à son usage. Ce principe comporte néanmoins un tempérament.

L'entrepreneur n'est pas tenu à la garantie des vices cachés lorsque le travail effectué porte sur une chose qui appartient à son cocontractant. Il engagera sa responsabilité contractuelle seulement s'il n'a pas correctement exécuté sa prestation.

D L'obligation de transférer la propriété et les risques

En matière mobilière, le maître de l'ouvrage acquiert la propriété de la chose mobilière créée par l'entrepreneur ainsi que celle des matériaux utilisés par ce dernier.

En matière immobilière, le maître de l'ouvrage acquiert la propriété de l'immeuble construit ainsi que la propriété des matériaux fournis par l'entrepreneur ayant servi à la construction de l'immeuble. Par la théorie de l'accession, il en devient propriétaire au fur et à mesure de leur incorporation dans le sol.

(C. civ., art. 1788)
« Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. »

Les risques sont donc à la charge de l'entrepreneur lorsqu'il fournit la chose. Dans ce cas, l'entrepreneur ne peut se prévaloir d'aucune

rémunération pour son travail. En cas de disparition de la chose lorsqu'elle est aux mains de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage peut solliciter la résolution du contrat d'entreprise ou l'exécution forcée si elle est possible.

Par exception, si le maître de l'ouvrage a été mis en demeure de recevoir l'objet du contrat, il y aura un transfert des risques à son profit. Ainsi, il devra payer le prix de la prestation quand bien même il ne recevrait pas la contrepartie contractuellement prévue.

Le législateur prévoit également l'hypothèse dans laquelle le professionnel fournit seulement son travail et son industrie. Selon l'article 1789 du Code civil : « *si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute* ». L'entrepreneur est présumé fautif lorsque la prestation porte sur une chose, à la condition que celle-ci soit entre ses mains. Dans ce cas, il est tenu du prix de la reconstruction de la chose ou sa valeur de remplacement. Il s'agit d'une présomption simple et le professionnel a toujours la faculté de démontrer que l'altération de l'objet du contrat ne résulte pas d'un manquement de sa part.

(C. civ., art. 1790)
« *Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.* »

A contrario, si le maître de l'ouvrage a été mis en demeure de vérifier la chose, il supportera les risques de la chose en cas de détérioration.

§3 L'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur

A Les sanctions en cas d'inexécution de la prestation

– L'exécution forcée en nature :

(C. civ., art. 1221)
« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. »

L'exécution peut être directe, elle peut être faite par l'entrepreneur lui-même. En principe, le juge va pouvoir ordonner l'exécution forcée de la prestation et le cas échéant, il peut l'ordonner sous astreinte. Cela est possible sauf lorsque la prestation attendue présente un caractère personnel.

Lorsque la prestation ne peut être réalisée par l'entrepreneur, le juge peut autoriser que l'exécution soit faite par un tiers mais aux frais du professionnel. Il s'agit d'une faculté de remplacement que le législateur autorise à l'article 1222 du Code civil.

(C. civ., art. 1222)
« Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. »

– **L'octroi de dommages-intérêts :** L'exécution forcée peut s'accompagner ou être remplacée par la responsabilité de l'entrepreneur. Elle peut donner lieu à des dommages-intérêts versés au maître de l'ouvrage dans les conditions prévues aux articles 1231 à 1231-6 du Code civil.

B Les aménagements conventionnels de responsabilité

Les parties ont la faculté d'insérer dans le contrat d'entreprise des clauses qui vont avoir pour effet de faire échec à l'application des règles normalement applicables à la responsabilité de l'entrepreneur. Il existe deux types de clauses qui aménagent la responsabilité du professionnel.

– **La clause pénale :**

(C. civ., art. 1231-5)
« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.
Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.
Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.
Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.
Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

La clause pénale permet d'évaluer de façon forfaitaire, les dommages-intérêts qui seront dus par l'entrepreneur en cas d'inexécution de son obligation. Fixés à l'avance, les dommages-intérêts seront le plus souvent stipulés afin de sanctionner

l'entrepreneur qui a pris du retard, a mal exécuté ou n'a pas exécuté sa prestation. En cas de manquement du professionnel, la clause s'applique quel que soit le préjudice subi par le maître de l'ouvrage. Cependant, le juge a un pouvoir de modération à la hausse ou à la baisse du montant stipulé. Le juge peut la réviser lorsqu'elle est manifestement excessive ou au contraire dérisoire.

– **Les clauses exonératoires de responsabilité :**

(C. civ., art. 1231-3)
« Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

Les clauses limitatives de responsabilité ont pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité de l'entrepreneur en cas d'inexécution de ses obligations.

Les clauses limitatives peuvent jouer sur plusieurs éléments de la responsabilité de l'entrepreneur. Elles peuvent tantôt limiter les conditions d'engagement de la responsabilité, tantôt raccourcir le délai d'engagement de la responsabilité voire limiter le montant des dommages-intérêts. Si elles sont en principe valables, ces clauses ne jouent pas dans certaines hypothèses :

- Dans les contrats de consommation, sont réputées abusives les clauses qui procurent un avantage excessif au professionnel au détriment du consommateur. Les clauses abusives sont réputées non écrites et ne peuvent recevoir application.
- Lorsque l'entrepreneur cause un dommage de nature corporelle au maître de l'ouvrage, il ne peut conventionnellement limiter

sa responsabilité.

- En vertu de l'article 1170 du Code civil : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Ainsi, la clause limitative de responsabilité ne joue pas lorsqu'elle porte atteinte à l'obligation essentielle du contrat *(Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115)*. En effet, une telle clause est prohibée dans la mesure où elle encourage l'entrepreneur à se soustraire par avance à l'exécution de sa prestation.
- Enfin, en cas de faute dolosive ou faute lourde particulièrement grave, la clause ne peut recevoir application. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le comportement du débiteur est d'une extrême gravité qui traduit l'inaptitude de l'entrepreneur dans l'exécution de sa mission.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– F. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise, LGDJ, coll. Traité

– H. KENFACK, S. RINGLER, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, coll. Cours, n° 463 et s.

Fiche n° 38 La sous-traitance

⏭ L'ESSENTIEL

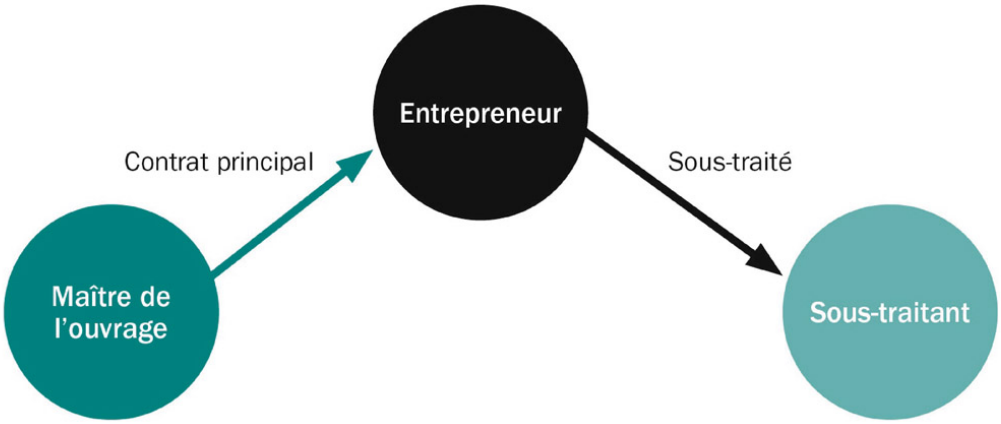
La sous-traitance est strictement réglementée par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 qui a pour objet d'assurer la protection des sous-traitants, en leur offrant les garanties de paiement nécessaires en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, le sous-traitant ne disposait d'aucun recours à l'encontre du maître de l'ouvrage en cas de non-paiement.

La sous-traitance intéresse tout type de mission, elle peut porter sur une prestation intellectuelle, matérielle ou industrielle, dès lors qu'elle n'est pas prohibée par le contrat principal ou lorsque le contrat est *intuitu personae*.

Le recours à la sous-traitance est une opération très usuelle dans laquelle l'entrepreneur va confier tout ou partie de sa mission à un sous-traitant. C'est le cas par exemple dans les travaux de construction immobilière dans lesquels le maître d'œuvre va fréquemment faire appel à des artisans pour sous-traiter une partie des travaux.

⏭ LES CONNAISSANCES

(L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 1er)
La loi du 31 décembre 1975 qui n'a pas été codifiée, définit la sous-traitance comme « *(…) l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». La sous-traitance est une opération triangulaire qui fait intervenir le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et le sous-traitant.



§1 La conclusion du contrat de sous-traitance

Le maître de l'ouvrage n'intervient pas dans la conclusion du contrat de sous-traitance qui résulte d'un accord de volonté entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Il s'agit le plus souvent d'un contrat consensuel. Par exception, le législateur impose la rédaction d'un écrit lorsque l'ouvrage porte sur la conclusion d'un contrat de construction d'une maison individuelle.

Selon l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, la validité du contrat est subordonnée à l'obligation pour l'entrepreneur principal de fournir au sous-traitant une caution solidaire d'un établissement de crédit, pour le paiement des sommes dues à raison de son

entreprise. La caution constitue une sûreté personnelle qui lui permet d'être certain d'obtenir le paiement des travaux.

L'entrepreneur peut être dispensé de fournir un tel cautionnement s'il délègue le paiement du sous-traitant au maître de l'ouvrage. La délégation est l'opération par laquelle le débiteur, le délégant entrepreneur, va donner l'ordre à son propre débiteur, le délégué maître de l'ouvrage, de régler pour lui son créancier. À cet égard, il faut l'accord du maître de l'ouvrage pour s'engager à payer les sommes au sous-traitant.

La garantie doit être obtenue dès la conclusion du contrat ou avant le début des travaux *(Cass. 3e civ., 18 fév. 2015, n° 14-10.604)*. La sanction est la nullité relative du contrat de sous-traitance en cas de non-respect de ces conditions.

En pratique, cette sanction est peu prononcée car le sous-traitant renonce la plupart du temps à invoquer la nullité puisqu'il perdra le marché si les travaux n'ont pas débuté. Dans le cas contraire, la rétroactivité de la nullité empêchera son paiement.

§2 L'exécution du contrat de sous-traitance

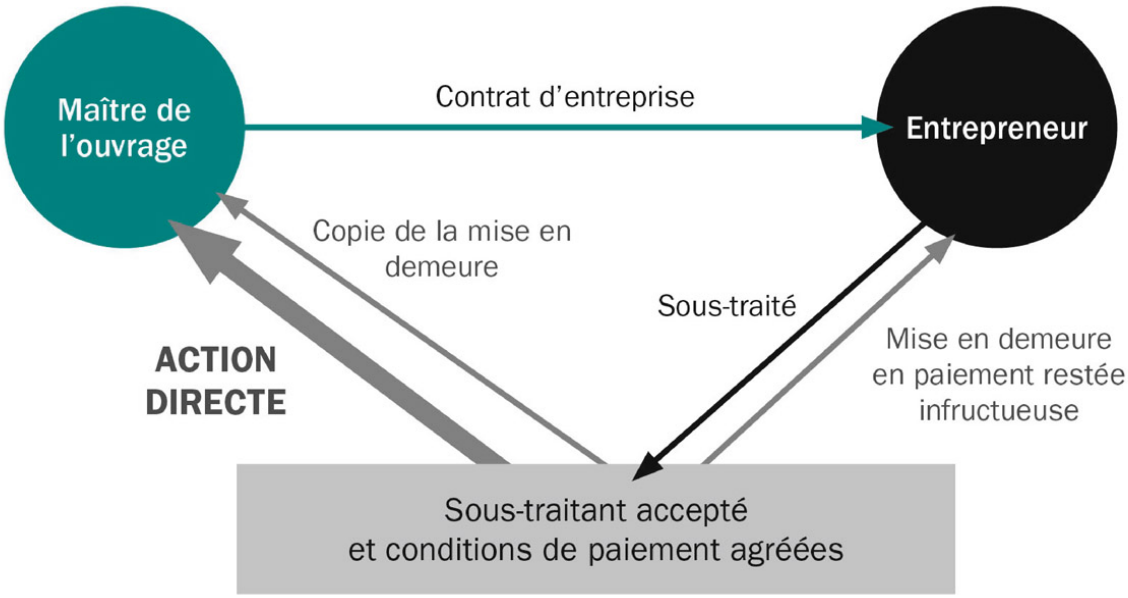
La sous-traitance est un contrat qui fait intervenir trois parties : le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant qui a conclu un contrat d'entreprise avec l'entrepreneur principal. L'opération de sous-traitance est un sous-contrat d'entreprise conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Le maître de l'ouvrage et le tiers ne sont pas liés contractuellement, ce sont des tiers.

A L'agrément du sous-traitant

Lorsque l'entrepreneur envisage de conclure un contrat de sous-traitance, il doit faire accepter chaque sous-traitant par le maître de l'ouvrage et faire agréer ses conditions de paiement. Cet agrément donné par le maître de l'ouvrage est à l'initiative de l'entrepreneur. L'agrément porte à la fois sur la personne du sous-traitant et sur ses conditions de paiement. Il doit être sollicité au moment de la conclusion du contrat, mais il peut valablement intervenir au cours de l'exécution du contrat.

Le maître de l'ouvrage n'a pas l'obligation d'accepter et d'agréer les conditions de paiement du sous-traitant *(Cass. 3e civ., 8 juill. 2015, n° 12-22641)*. Il demeure libre sous réserve de ne pas commettre un abus de droit.

Lorsque le sous-traitant est agréé par le maître de l'ouvrage, il peut lui demander directement le paiement des travaux effectués. L'article 12 de la loi de 1975 lui confère une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage, ce qui le garantit contre le risque d'insolvabilité de l'entrepreneur principal.



En cas de non-respect de la procédure d'agrément, plusieurs sanctions peuvent être envisagées.

B Les sanctions

Entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : Le défaut d'agrément est une faute de l'entrepreneur principal. Le sous-traitant peut donc engager sa responsabilité contractuelle de son cocontractant et solliciter la résiliation unilatérale du contrat de sous-traitance. Pour autant, la résiliation ne semble pas constituer la sanction adéquate, dans la mesure où il ne peut plus demander le paiement de ses travaux. En effet, les juges refusent de prononcer simultanément le paiement des travaux et la résiliation du marché *(Cass. 1re civ., 10 janv. 1990, Bull. civ. I, n° 17)*.

De son côté, le sous-traitant doit recevoir son paiement de la part de l'entrepreneur qui est son cocontractant. Il engage sa responsabilité contractuelle en cas de non-paiement des travaux réalisés.

– **Entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage :** Le maître de l'ouvrage qui a la connaissance de la présence de sous-traitants sur le chantier, doit mettre en demeure l'entrepreneur de lui présenter les sous-traitants afin de les agréer. Dans le cas contraire, il commet une faute de nature délictuelle à l'égard du sous-traitant.
Si les travaux ne sont pas bien exécutés, le maître de l'ouvrage va pouvoir engager la responsabilité de l'entrepreneur principal pour non-respect de ses obligations. En pratique, l'entrepreneur principal fera intervenir à l'instance le sous-traitant qui engage sa responsabilité extra-contractuelle à l'égard du maître de l'ouvrage *(Cass. ass. plén., 12 juill. 1991, Bull AP, n° 5, Besse)*.

– **Entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant :** Le maître de l'ouvrage qui n'avait pas connaissance de l'existence d'un sous-traitant sur le chantier, n'est pas tenu au paiement des travaux. En revanche, s'il en avait connaissance, il engagera sa responsabilité délictuelle pour ne pas avoir mis en demeure l'entrepreneur de lui présenter les sous-traitants. En règle générale, le montant des dommages-intérêts correspondra à celui des travaux non payés.
La loi de 1975 confère une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage au profit du sous-traitant accepté. Ce dernier peut exercer cette action après la mise en demeure de l'entrepreneur restée infructueuse pendant un délai d'un mois. Pour autant, les effets de cette action restent cantonnés puisque le maître de l'ouvrage ne sera tenu de payer le sous-traitant qu'à concurrence des sommes encore à devoir à l'entrepreneur principal. Cela signifie que si le maître de l'ouvrage a payé intégralement le montant de travaux, le sous-traitant ne pourra obtenir un quelconque paiement.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– Ch. THIERRY, « Relations de sous-traitance : état des lieux des progrès accomplis », AJ Affaires, 2019, n° 3, p. 122
– H. PERINET-MARQUET, « Champ d'application de la loi de 1975 », RDI 2018, n° 4, p. 219 et s.

Fiche n° 39 L'extinction du contrat d'entreprise

⏭ L'ESSENTIEL

Il existe de nombreux facteurs d'extinction du contrat d'entreprise.

Les causes d'extinction de droit commun s'appliquent au contrat. Il s'agit par exemple de l'achèvement de la prestation, de la résolution du contrat ou encore la survenance d'un événement rendant l'exécution du contrat impossible.

Le législateur prévoit certaines obligations qui survivent à l'achèvement de l'entreprise. En matière de construction par exemple, l'entrepreneur est également assujetti à des garanties.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les causes d'extinction du contrat d'entreprise

- **L'exécution du contrat** : L'exécution complète du contrat par chacune des parties met fin à la relation contractuelle. Il s'agit pour le maître de l'ouvrage de réceptionner et payer le prix de la prestation. L'entrepreneur, de son côté, doit réaliser l'ouvrage déterminé aux conditions stipulées dans le contrat.

– **La résolution du contrat** : L'inexécution des obligations par l'une des parties constitue une cause de résolution. En l'absence de clause résolutoire contenue dans le contrat, le débiteur peut notifier sa décision de résilier le contrat après mise en demeure préalable. Dans tous les cas, saisi en ce sens, le juge peut également prononcer la résolution ou la résiliation du contrat.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat de consommation, il est prévu une faculté de résiliation unilatérale au profit du consommateur.

(C. consom., art. L. 216-2)
« En cas de manquement du professionnel à son obligation de livraison du bien ou de fourniture du service à la date ou à l'expiration du délai prévus au premier alinéa de l'article L. 216-1 ou, à défaut, au plus tard trente jours après la conclusion du contrat, le consommateur peut résoudre le contrat, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par un écrit sur un autre support durable, si, après avoir enjoint, selon les mêmes modalités, le professionnel d'effectuer la livraison ou de fournir le service dans un délai supplémentaire raisonnable, ce dernier ne s'est pas exécuté dans ce délai.
Le contrat est considéré comme résolu à la réception par le professionnel de la lettre ou de l'écrit l'informant de cette résolution, à moins que le professionnel ne se soit exécuté entre-temps.
Le consommateur peut immédiatement résoudre le contrat lorsque le professionnel refuse de livrer le bien ou de fournir le service ou lorsqu'il n'exécute pas son obligation de livraison du bien ou de fourniture du service à la date ou à l'expiration du délai prévu au premier alinéa de l'article L. 216-1 et que cette date ou ce délai constitue pour le consommateur une condition essentielle du contrat. Cette condition essentielle résulte des circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou d'une demande expresse du consommateur avant la conclusion du contrat. »

– **La résiliation du contrat :**

(C. civ., art. 1794)
Lorsque le contrat conclu est un marché est forfait, l'article 1794 du Code civil dispose : « *Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.* »

Ainsi, et alors même que le contrat est bien exécuté, le maître de l'ouvrage peut résilier le contrat à condition de dédommager l'entrepreneur pour ses pertes subies et son manque à gagner. Il n'a pas à motiver sa décision car la résiliation reste discrétionnaire.

– **La caducité du contrat :** Le décès de l'entrepreneur met fin au contrat.

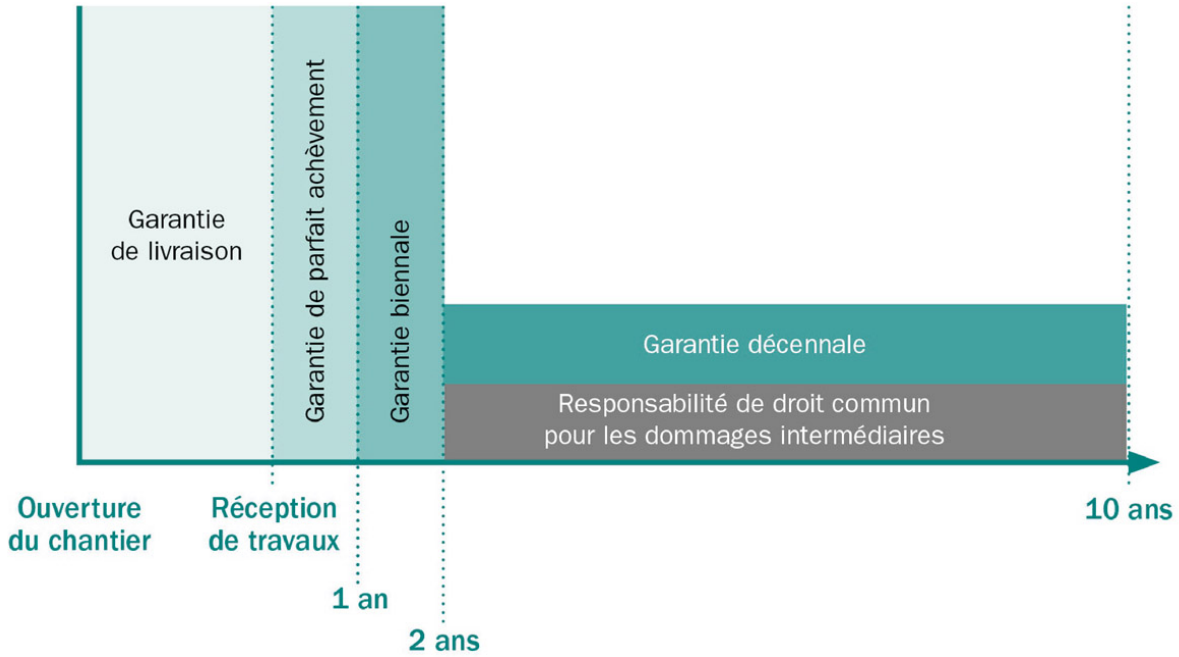
(C. civ., art. 1795)
« *Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur.* »

Le contrat d'entreprise devient caduc suite au décès de l'entrepreneur. Dans le cas où le contrat d'entreprise ne comporte pas un fort *intuitu personae*, le contrat peut se poursuivre même en cas de décès de l'entrepreneur. Par ailleurs, lorsque le professionnel est organisé sous forme de société, le contrat continuera de s'exécuter puisque le décès d'un associé n'emporte pas la dissolution de la personne morale, sauf en cas de liquidation judiciaire *(Cass. 1re civ., 3 mars 1998, Bull. civ. I, n° 83)*.
A contrario, le décès du maître de l'ouvrage n'a pas d'incidence sur la poursuite de la relation contractuelle. Dans cette hypothèse, ce

sont les héritiers qui poursuivront l'exécution du contrat et s'acquitteront notamment de son obligation de payer le prix de la prestation.

§2 Les garanties du constructeur immobilier

Le constructeur ou encore tout entrepreneur qui accomplit des travaux immobiliers est tenu d'un certain nombre de responsabilités et garanties spécifiques qui ont pour objet de protéger le maître de l'ouvrage et de le garantir de la parfaite exécution du contrat.



– **La garantie de parfait achèvement :** elle impose au constructeur de réparer en nature tous les désordres réservés au jour de la réception de l'ouvrage ou ceux notifiés par écrit dans l'année de la réception *(C. civ., art. 1792-6)*. Le constructeur qui est à l'origine du désordre va devoir procéder aux travaux de réparation dans un délai convenu avec le maître de l'ouvrage. En cas d'inexécution, le maître de l'ouvrage devra mettre en demeure l'entrepreneur de

satisfaire à son obligation de garantie. À défaut, il pourra faire exécuter les travaux par un autre professionnel, aux frais de l'entrepreneur défaillant.

Il s'agit d'une garantie d'ordre public qui ne peut être limitée conventionnellement.

– **La garantie biennale :** L'article 1792-3 du Code civil institue une garantie biennale de bon fonctionnement des éléments d'équipement de l'ouvrage. La garantie doit être mise en œuvre dans les deux ans à compter de la réception de l'ouvrage. Il s'agit d'une garantie de bon fonctionnement qui s'applique chaque fois qu'un désordre apparaît sur un élément d'équipement qui est dissociable de l'ouvrage, c'est-à-dire que l'on peut retirer sans détériorer l'ouvrage lui-même. C'est le cas par exemple des radiateurs, de la robinetterie ou encore d'une chaudière. La garantie biennale instaure un délai de forclusion susceptible de faire l'objet d'une interruption en cas d'assignation du maître de l'ouvrage.

– **La garantie décennale** : Les constructeurs sont assujettis à une garantie décennale. L'article 1792 du Code civil institue une responsabilité de plein droit du constructeur envers le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur de l'ouvrage lorsque certaines conditions relatives aux dommages sur l'immeuble sont réunies. Elle s'applique lorsqu'elle compromet la solidité de l'ouvrage ou le rend impropre à sa destination. Elle joue également lorsque le désordre affecte un élément d'équipement indissociable, c'est-à-dire les désordres dont le retrait est susceptible de détériorer l'ouvrage. Cette garantie ne concerne que les vices cachés car les défauts apparents sont couverts par la garantie de parfait achèvement. Elle

couvre également les désordres évolutifs, c'est-à-dire ceux qui constituent une aggravation des dommages dénoncés dans le délai et qui sont amenés à progresser, y compris au-delà du délai de garantie.

La garantie des constructeurs pèse sur l'ensemble des professionnels intervenus sur le chantier de construction à l'exclusion des sous-traitants, lesquels, engagent leur responsabilité de droit commun à l'égard du maître de l'ouvrage. La garantie décennale est une garantie d'ordre public qui ne peut être limitée conventionnellement. Seule la force majeure peut constituer une cause d'exonération pour le constructeur.

Les désordres intermédiaires qui n'entrent pas dans le champ d'application des garanties du constructeur peuvent faire l'objet d'une recherche de responsabilité sur le fondement du droit commun. Selon l'article 1792-4-3 du Code civil, l'action en responsabilité à l'égard des constructeurs et des sous-traitants se prescrit par dix ans à compter de la réception de l'ouvrage.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– H. PÉRINET-MARQUET, « Remarques sur certains aspects de la responsabilité des constructeurs », Rép. Not. Def. 2019, p. 43
– M.-L. PAGÈS DE VARENNE, « Décès du maître d'œuvre et garantie décennale », Constr. urb. 2019, n° 3, p. 24

TITRE 4

LE PRÊT

Le contrat de prêt est régi par les articles 1874 à 1914 du Code civil. Il s'agit du contrat par lequel l'une des parties, le prêteur, remet à l'autre partie, l'emprunteur, une chose ou plusieurs choses, à charge pour ce dernier de la restituer après l'avoir utilisée. L'obligation de restitution constitue le dénominateur commun entre ces différents contrats de prêt.

Il existe plusieurs formes de prêts qui ont des conditions de validité et des modalités d'exécution qui leur sont propres. C'est le cas du prêt à usage, du prêt de consommation et du prêt à intérêt.

Fiche n° 40 Le prêt à usage

Fiche n° 41 Le prêt de consommation

Fiche n° 42 Le prêt à intérêt

Fiche n° 40 Le prêt à usage

L'ESSENTIEL

(C. civ., art. 1875)
Le prêt à usage se définit comme « *un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi.* »

Le prêt à usage transfère la détention d'une chose à l'emprunteur pour que celui-ci puisse s'en servir sans contrepartie. Cet usage reste temporaire puisque l'emprunteur a une obligation de restitution au terme du contrat.

Le prêt à usage est un contrat en principe gratuit, il ne comporte pas de contrepartie pécuniaire au profit du prêteur. Chaque fois que le transfert de la détention d'une chose s'effectue moyennant le paiement d'une contrepartie pécuniaire, le contrat ne peut être qualifié de prêt à usage mais de bail.

LES CONNAISSANCES

§1 La formation du prêt à usage

Le prêt à usage porte sur des biens de toute nature, corporelle ou incorporelle, pourvu qu'elle ne soit pas consomptible, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas se consommer par le premier usage, dans la mesure où la restitution s'effectue en nature.

A Droit commun

Le prêt à usage est assujetti au droit commun des contrats de l'article 1128 du Code civil.

- **Capacité** : Le prêteur doit avoir la capacité d'effectuer des actes d'administration dans la mesure où il n'y a pas de transfert de propriété au profit de l'emprunteur. Le prêteur doit avoir un pouvoir de jouissance sur la chose.
  Par exemple, l'usufruitier peut remettre une chose à titre de prêt, ce qui n'est pas le cas du dépositaire qui ne dispose pas du droit de jouissance de la chose qui lui a été confiée.

- **Preuve** : Aucun écrit n'est exigé pour la formation du contrat. L'écrit permet de faire la preuve de l'existence du contrat et donc, de l'obligation de restitution de l'emprunteur. Puisqu'il s'agit d'un contrat unilatéral, un seul exemplaire remis au créancier suffit à faire la preuve du contrat. En cas de litige, le prêteur doit démontrer qu'il a remis la chose, mais encore qu'elle l'a été à titre de prêt.

B Droit spécial

- **Contrat réel** : L'échange des consentements ne suffit pas à former le prêt à usage. Il s'agit d'un contrat réel qui se forme par tradition, c'est-à-dire par la remise de la chose à l'emprunteur s'il s'agit d'un meuble, ou la remise des clés s'il s'agit d'un immeuble.

– **L'objet du prêt :**

(C. civ., art. 1878)
« Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention. »

La chose doit donc être dans le commerce juridique et ne doit pas être consomptible, c'est-à-dire se détruire par l'usage.

– **La durée du prêt** : La stipulation d'un délai n'est pas une condition de validité mais une modalité du contrat. En l'absence de stipulation d'un terme, le prêt a une durée indéterminée. Lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable *(Cass. 1re civ., 3 fév. 2004, n° 01-00.004)*.

(C. civ., art. 1888)
« Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. »

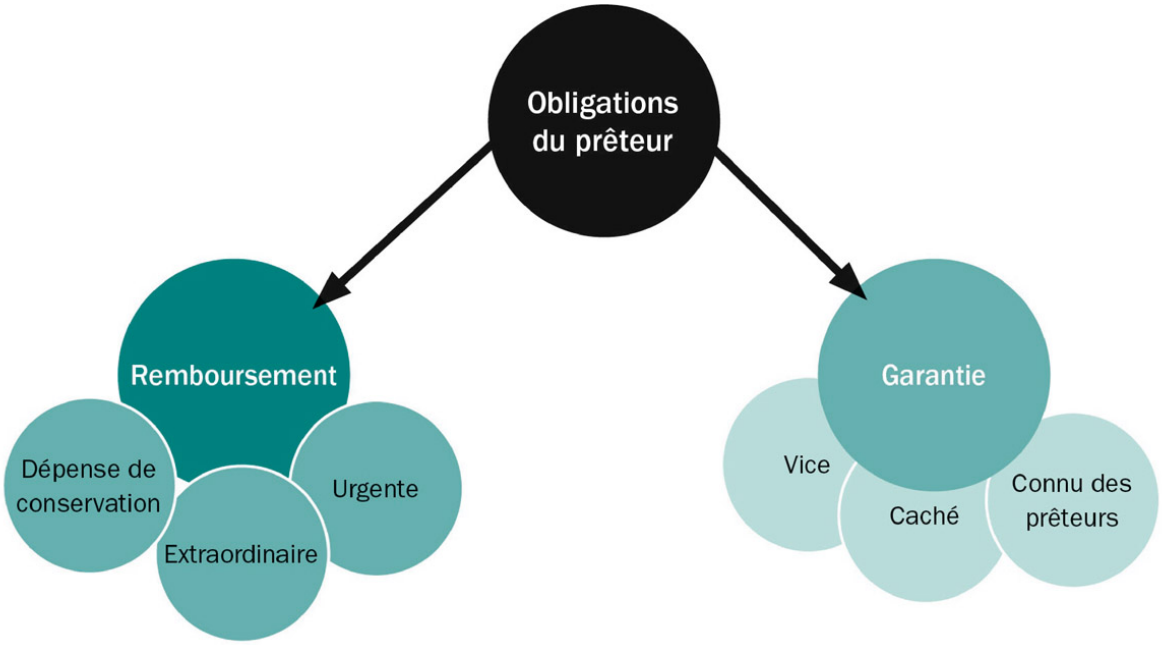
Lorsque le prêt est à durée déterminée, deux hypothèses peuvent se présenter, soit le prêt comporte un terme exprès, soit sa durée est déterminable notamment lorsqu'elle résulte de l'usage qui a été convenu par le contrat.

§2 L'exécution du prêt à usage

Si la chose n'est pas remise aux fins d'être utilisée par l'emprunteur, le contrat s'apparente alors à un dépôt et non à un prêt à usage.

A Les obligations du prêteur

A priori, le prêteur n'a pas d'obligation particulière dans la mesure où le prêt à usage est un contrat réel qui se forme par la remise d'une chose. Au moment de sa conclusion, le contrat ne crée pas d'obligation à la charge du prêteur, puisqu'il n'a pas d'obligation de délivrance. Lors de l'exécution du contrat, il a diverses obligations accessoires, comme celle de ne pas avoir à retirer la chose durant la durée du prêt afin que l'emprunteur puisse l'utiliser *(C. civ., art. 1888)*.



– L'obligation de rembourser les dépenses de conservation :

(C. civ., art. 1890)
« Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser. »

Afin de pouvoir être remboursée, cette dépense doit revêtir certains caractères.
La dépense doit avoir pour but la conservation de la chose.
La dépense doit être extraordinaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être anticipée et dépasse l'usage normal de la chose. Cela ne peut donc être une dépense de convenance ou d'agrément.

Enfin, elle doit être urgente c'est-à-dire que l'emprunteur n'a pu au préalable recueillir l'autorisation de son cocontractant. Dans cette hypothèse, le prêteur n'a pas autorisé la dépense donc on ne veut pas faire peser sur le prêteur des dépenses trop importantes.

– L'obligation de garantir les dommages causés par la chose :

Selon l'article 1891 du Code Civil :
« Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur. »

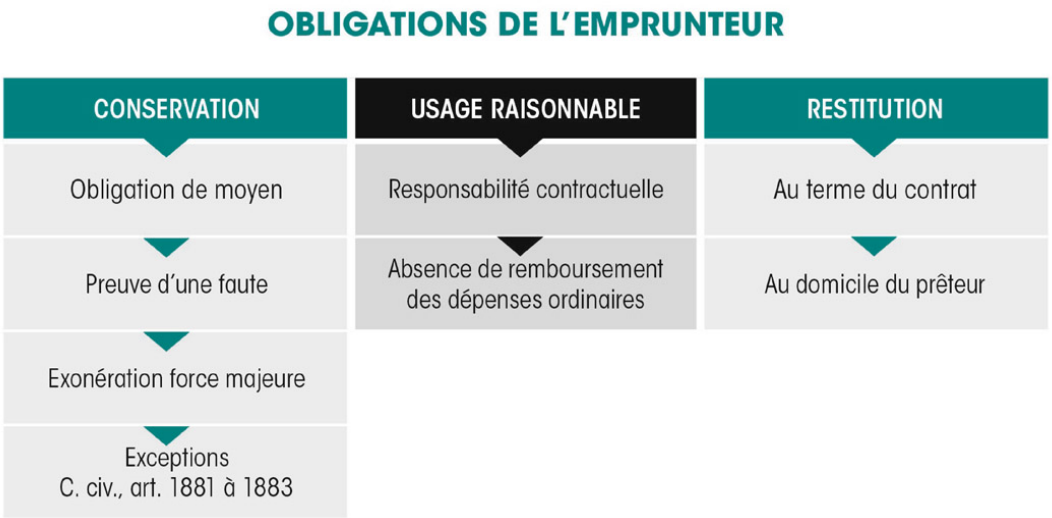
Ce texte instaure la responsabilité du prêteur en cas de dommage causé à défaut de la chose prêtée. Cette responsabilité peut être mise en œuvre lorsque trois conditions sont remplies.

- Elle suppose l'existence d'un vice de la chose.
- Ce vice doit être caché, c'est-à-dire que l'emprunteur devait l'ignorer lors de la conclusion du contrat. Il ne pourra pas se retourner contre le prêteur pour les vices apparents affectant l'objet du prêt.
- Le vice doit être connu du prêteur qui a omis d'en informer son cocontractant.

Il doit donc être de mauvaise foi pour engager sa responsabilité.

B Les obligations de l'emprunteur

C’est sur l’emprunteur que pèsent les obligations essentielles du contrat. Il ne bénéficie pas d’un droit réel sur la chose mais simplement d’un droit d’usage qui est un droit personnel.



– **L’obligation de conservation :**

Selon l’article 1880 du Code civil :
« L’emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s’en servir qu’à l’usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s’il y a lieu. »

Cette obligation s’inscrit dans la continuité de l’obligation de restitution à la charge de l’emprunteur. En effet, pour que la restitution puisse avoir lieu, l’emprunteur doit prendre soin de la chose prêtée.
Il s’agit d’une obligation de moyen, l’emprunteur ne répondra que de ses fautes.

Jurisprudence

Ainsi, si la chose restituée a été altérée, l'emprunteur peut s'exonérer en rapportant la preuve de l'absence de faute de sa part ou d'un cas fortuit *(Cass. 1re civ., 6 févr. 1996, n° 94-13.338)*.

L'emprunteur ne répond que de la perte fautive de l'objet du contrat *(C. civ., art. 1884)*.

Le législateur prévoit trois hypothèses dans lesquelles la survenance d'un cas fortuit ne reçoit pas application. La force majeure n'est pas une cause d'exonération dans plusieurs hypothèses en l'absence de convention contraire entre les parties.

- Hypothèse 1 : Lorsque l'emprunteur a employé la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait *(C. civ., art. 1881)*. Le comportement fautif de l'emprunteur est sanctionné et à ce titre, il ne peut plus se prévaloir de la force majeure pour essayer d'échapper à l'engagement de sa responsabilité.
- Hypothèse 2 : Lorsqu'il a préféré la sauvegarde de ses biens propres plutôt que ceux de son cocontractant *(C. civ., art. 1882)*.
- Hypothèse 3 : Si la chose a fait l'objet d'une estimation, l'emprunteur supporte sa détérioration même en cas de force majeure *(C. civ., art. 1883)*.

– **L'usage raisonnable de la chose :** L'emprunteur doit utiliser la chose normalement, conformément à sa nature ou à l'usage qui est autorisé par la convention. Dans le cas contraire, l'emprunteur engage sa responsabilité *(Cass. 2e civ., 17 janv. 2013, n° 11-29032)*.

L'article 1881 du Code civil transfère les risques de la chose au profit de l'emprunteur en cas d'usage anormal du bien, alors qu'en principe, leur charge incombe au propriétaire.
Par ailleurs, l'usage s'effectue aux frais de l'emprunteur qui supporte l'ensemble des dépenses ordinaires occasionnées par la chose prêtée. Ainsi, même si les dépenses sont importantes, il ne peut en demander le remboursement au prêteur qui n'est tenu que des dépenses extraordinaires de conservation.

– **L'obligation de restitution :** Il s'agit de l'obligation principale du contrat qui permet de distinguer le prêt d'autres figures contractuelles. L'emprunteur n'a qu'un droit d'usage temporaire, il ne peut invoquer la prescription acquisitive pour refuser de restituer le bien.
  - **Qui ?** L'obligation de restitution incombe à l'emprunteur. Cette obligation se transmet à ses héritiers en cas de décès.

(C. civ., art. 1879, al. 1er)
« Les engagements qui se forment par le prêt à usage passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. »

En cas de pluralité d'emprunteurs, ces derniers seront solidairement responsables envers le prêteur *(C. civ., art. 1887)*.

- **À qui ?** La restitution doit être faite au prêteur. Son décès ne met pas fin au contrat, ses héritiers recevront la chose au terme du prêt.
- **Quoi ?** La restitution doit intervenir en nature. Elle porte sur la chose mais aussi sur ses accessoires.

La chose est restituée dans son état actuel. Ainsi, si la chose a été détériorée, l'emprunteur engagera sa responsabilité contractuelle

pour manquement à son obligation de conservation. Si la chose est détruite, il s'agira alors d'un manquement à l'obligation de restitution si le bien n'était pas fongible.

- **Quand ?** Lorsque le prêt est à durée déterminée, la restitution doit s'effectuer à l'échéance du terme *(C. civ., art. 1888)*. Dans ce cas, le prêteur ne saurait solliciter une restitution anticipée de l'objet du contrat en l'absence de clause contractuelle l'y autorisant. L'article 1889 du Code civil prévoit cependant une exception et admet la restitution autorisée judiciairement lorsque le prêteur démontre un besoin pressant et imprévu de la chose remise à titre de prêt.

Lorsque le prêt est à durée indéterminée, le prêteur peut mettre fin au contrat à tout moment sous réserve de respecter un délai de préavis raisonnable conformément à l'article 1211 du Code civil.

(C. civ., art. 1211)
« *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.* »

(C. civ., art. 1879, al. 2)
En cas de décès de l'emprunteur et si le contrat est conclu *intuitu personae*, l'article 1879, alinéa 2 dispose que si « *(…) l'on a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée.* »

Ils devront ainsi restituer la chose dès que l'emprunteur décède dans la mesure où il s'agit d'une cause d'extinction du contrat.

– **Où ?** En l'absence de disposition propre au contrat de prêt, il convient de se référer au droit commun pour déterminer le lieu de la restitution.

(C. civ., art. 1342-6)
« À défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le paiement doit être fait au domicile du débiteur. »

En l'absence de stipulation contraire, la dette est quérable, cela signifie que le prêteur doit venir restituer l'objet du contrat au domicile de l'emprunteur.

POUR ALLER PLUS LOIN…

– Ph. BIHR, « Le temps de la restitution dans le prêt à usage », Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz 2005, p. 3
– P. MISTRETTA, « La durée du prêt », JCP G 2000, I, 234

Fiche n° 41 Le prêt de consommation

L'ESSENTIEL

Le prêt de consommation est codifié aux articles 1892 à 1904 du Code civil.

(C. civ., art. 1892)
Il se définit comme « *(…) un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.* »

Contrairement au prêt à usage, le prêt de consommation porte sur des choses fongibles et consomptibles, c'est-à-dire interchangeables et qui se consomment par l'usage, ce qui exclut certaines catégories de biens, notamment les immeubles.

Le prêt à usage fait partie des contrats réels dont la formation résulte de la remise de la chose entre les mains de l'emprunteur qui peut en disposer comme bon lui semble, à charge pour lui de restituer une chose équivalente en quantité et en qualité.

LES CONNAISSANCES

§1 La formation du prêt de consommation

(C. civ., art. 1893)
« Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive. »

Le prêt de consommation opère un effet translatif de propriété au profit de l'emprunteur. Celui-ci aura une obligation de restitution d'une chose équivalente à celle prêtée. Le caractère translatif de propriété du prêt de consommation aura nécessairement une influence sur les conditions de formation du contrat.

A Les conditions de droit commun

– **La capacité des parties** : Le prêt de consommation opère un double transfert de propriété, au moment de sa conclusion et lors de sa restitution. Les deux parties doivent donc avoir la capacité de disposer pour que le contrat soit valable.

– **L'objet du contrat** : L'article 1894 du Code civil précise que le prêt ne doit porter que sur des choses de la même espèce à l'exclusion des animaux pour lesquels le législateur applique le régime juridique du prêt à usage.

  Pour que le contrat soit valable, l'objet doit exister au jour de la conclusion du contrat puisqu'elle doit être remise à l'emprunteur.

– **La preuve du prêt :** En matière commerciale la preuve est libre.

(C. civ., art. 1376)
Lorsque le prêt revêt la nature civile, il est régi par les dispositions probatoires de l'article 1376 du Code civil :

« L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

Le prêt de consommation doit donc être constaté par écrit et signé de celui qui s'oblige avec la mention de la chose ou des sommes prêtées en chiffres et en lettres. En l'absence d'écrit, la remise des fonds ne permet pas de rapporter la preuve d'un prêt d'argent.

B Les conditions de droit spécial

– **Contrat réel :** L'échange des consentements ne suffit pas à former le prêt à usage. Il s'agit d'un contrat réel qui se forme par tradition, c'est-à-dire par la remise de la chose à l'emprunteur *(Cass. 1re civ., 7 mars 2006, n° 02-20.374)*.

En conséquence, lorsqu'il y a simplement un accord de volonté entre les parties pour procéder à cette remise, il ne s'agit pas d'un contrat de prêt mais d'une simple promesse de prêt dont l'inexécution fautive ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts *(Cass. 1re civ., 20 juill. 1981, n° 80-12.529)*.

– **Contrat consensuel** : Dans l'hypothèse particulière du prêt d'argent, la jurisprudence introduit une distinction selon la qualité du prêteur. Lorsque le prêt d'argent est accordé par un professionnel, sous-entendu un établissement de crédit, le contrat

n'est pas un contrat réel mais un contrat consensuel *(Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n° 06-19.753)*.

La qualification de contrat consensuel à propos du prêt consenti par un établissement de crédit emporte un certain nombre de conséquences, au rang desquelles, l'obligation pour le prêteur de remettre les fonds à l'emprunteur dès lors qu'il a accepté de conclure le contrat. La remise des fonds est donc une modalité d'exécution du contrat et non une condition de formation de celui-ci.

§2 L'exécution du prêt de consommation

A Le caractère translatif de propriété du prêt de consommation

Il s'agit de l'un des effets les plus caractéristiques du prêt de consommation. L'effet translatif de propriété du contrat est concomitant à sa formation. Il a lieu dès la remise de la chose si le prêt de consommation est un contrat réel, ou dès sa conclusion si des sommes d'argent ont été prêtées par un professionnel.

Le prêt emporte corrélativement transfert des risques de la chose au profit de l'emprunteur.

Le transfert de propriété et des risques est codifié à l'article 1893 du Code civil.

(C. civ., art. 1893)
« Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive. »

Cela emporte des conséquences quant à l'obligation de restitution de l'emprunteur qui devra s'acquitter de son obligation de restitution, même si la chose remise à titre de prêt a disparu à la suite d'un événement de force majeure.

B Les obligations du prêteur

– **La remise de la chose** : Lorsque le contrat porte sur une somme d'argent remise par un professionnel, le prêteur est tenu d'une obligation de verser les fonds à son cocontractant. Cette obligation n'existe pas dans le prêt de consommation consenti par un non-professionnel, dans la mesure où la remise de la chose est une condition de formation du contrat et non une condition d'exécution de celui-ci.

– **La garantie des vices** : Le prêteur est tenu des vices de la chose dans les mêmes conditions que le prêt à usage. Cela signifie qu'il est responsable du préjudice causé par la chose à celui qui s'en sert s'il en connaissant les défauts mais s'est abstenu d'en avertir l'emprunteur.

C Les obligations de l'emprunteur

Par l'effet du contrat de consommation, l'emprunteur dispose de la propriété des biens remis. Il est donc titulaire d'un droit réel sur la chose. Il peut alors en disposer librement. Toutefois, les parties peuvent librement limiter l'usage de la chose faite par l'emprunteur. Par exemple, le prêteur qui verse des fonds à son cocontractant peut lui imposer l'usage qui sera fait de ceux-ci.

– **L'obligation de restitution** :

(C. civ., art. 1902)
« L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu. »

En l'absence de consentement du prêteur, il ne saurait restituer une chose différente sous peine d'engager sa responsabilité.
Si la restitution est impossible, il est admis que l'emprunteur puisse rembourser la valeur des choses qui ont été prêtées.

Jurisprudence

Toutefois, la restitution en valeur n'est admise qu'à la condition que l'impossibilité de restituer soit absolue *(CA Paris, 17 juill. 1946, D. 1948, p. 169, note Weill)*.

Le montant de la somme d'argent est évalué au jour où la chose devait être rendue. En revanche, si le contrat ne comporte pas de terme, la somme à devoir est évaluée au jour où l'emprunt a été fait *(C. civ., art. 1903, al. 2)*.
Si l'emprunteur ne satisfait pas à son obligation de restitution au terme du contrat, l'article 1904 du Code civil dispose qu'il « *en doit l'intérêt du jour de la sommation ou de la demande en justice* ».

Lorsque le prêt se conclut à titre gratuit, l'emprunteur peut procéder à une restitution anticipée. Dans le cas contraire, la restitution anticipée est possible, mais uniquement avec l'accord du prêteur. En effet, si le contrat prévoit des intérêts, il obtiendra des intérêts moindres en cas de restitution anticipée.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– F. CHÉNÉDÉ, « Cause de l'obligation dans le contrat de prêt », D. 2008, Chr. 2555
– J. FRANÇOIS, « La revendication des sommes d'argent », D. 2012, Chr. 1493

Fiche n° 42 Le prêt à intérêt

⏭ L'ESSENTIEL

Le prêt à intérêt constitue une variété de prêt de consommation. Les articles 1905 à 1914 du Code civil comportent des dispositions relatives au prêt à intérêt sans pour autant le définir.

Il s'agit du contrat ayant pour objet la remise d'une somme d'argent ou tout autre chose dont l'usage suppose la consommation avec l'obligation pour l'emprunteur de les restituer en même quantité et qualité assorti des intérêts stipulés dans le contrat.

Pour l'essentiel, le prêt à intérêt emprunte son régime juridique à celui des contrats de consommation avec quelques adaptations, dans la mesure où, outre le capital reçu, l'emprunteur s'engage à verser des intérêts. Il s'agit donc d'un contrat à titre onéreux.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Éléments de caractérisation du prêt à intérêt

Le prêt à intérêt a un champ d'application plus vaste que les opérations de crédit qui sont du monopole des établissements bancaires. Le prêt à intérêt porte aussi bien sur des sommes d'argent que sur des denrées.

Il s'agit d'un contrat à titre onéreux dans lequel le prêteur reçoit une rémunération sous la forme d'intérêts sur les biens prêtés. Les intérêts doivent faire l'objet d'une stipulation expresse dans le contrat. En l'absence d'intérêts conventionnels stipulés, le prêteur ne saurait s'en prévaloir. Toutefois, en vertu de l'article 1906 du Code civil, si l'emprunteur paye volontairement des intérêts qui n'étaient pas stipulés, il ne peut en obtenir le remboursement ni les imputer sur le capital.

L'article 1907 du Code civil distingue deux sortes d'intérêt, l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel. Les deux ne peuvent se cumuler *(Cass. 1re civ., 15 mars 2005, Bull. civ. I, n° 133)*. En matière de crédit à la consommation, il est également nécessaire de stipuler un taux effectif global.

– **Taux d'intérêt légal :** L'intérêt légal est fixé par le législateur. L'ordonnance n° 2014-947 du 20 août 2014 relative au taux d'intérêt légal distingue le taux applicable aux créances dues entre particuliers et celui applicable aux professionnels.

TAUX D'INTÉRÊT LÉGAL POUR LE SECOND SEMESTRE 2019

PRÊTEUR	DÉBITEUR	TAUX
Particulier	Particulier	3,26 %
Particulier	Professionnel	0,87 %
Professionnel	Particulier	3,26 %
Professionnel	Professionnel	0,87 %

– **Taux d'intérêt conventionnel** : Les parties peuvent librement convenir d'un intérêt conventionnel. Les parties ne sont pas libres de stipuler l'intérêt qu'elles souhaitent.

> L'article L. 314-6 du Code de la consommation sanctionne le taux d'intérêt usuraire, c'est-à-dire qui « *excède au moment où il est consenti, de plus d'un tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues (…)* »

– **Taux effectif global (ou TEG)** : Le taux effectif global doit être indiqué par écrit dans tout document constatant le contrat de crédit à la consommation ou immobilier. Il comporte diverses mentions comme le montant du prêt, des intérêts, des frais de dossier, taxes ou encore rémunérations. Le TEG correspond à la somme globale que va devoir supporter l'emprunteur. Il éclaire le consommateur sur le coût total du prêt. Il s'agit d'une condition de validité de la stipulation d'intérêts dans le contrat. Son omission n'entraîne pas la nullité du prêt mais une diminution de ces derniers au taux légal *(Cass. 1re civ., 22 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 22)*.

§2 La formation du prêt à intérêt

A Conditions de droit commun

– **Capacité des parties** : En tant que variété de contrat de consommation, le prêt à intérêt opère un double transfert de propriété. La capacité de disposer est donc nécessaire pour conclure ce contrat.

Par ailleurs, lorsque le prêt à intérêt porte sur des opérations de banque, les établissements bancaires disposent d'un quasi-monopole.

– **Contenu du contrat** :

(C. civ., art. 1162)
« Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

Si le prêt a pour objet de financer une opération illicite ou qui déroge à l'ordre public, il pourra être annulé pour non-respect des conditions de validité du contrat.

– **Preuve du prêt** : Les modalités de preuve du prêt à intérêt sont similaires au prêt de consommation. La preuve est libre en matière commerciale et soumise aux formalités de l'article 1376 du Code civil si la convention est de droit civil.

(C. civ., art. 1376)
« L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

B Conditions de droit spécial

– **Obligation d'information :** Le législateur instaure un dispositif protecteur du consentement de l'emprunteur.

(C. civ., art. 1907, al. 2)
« Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. »

Il s'agit d'une condition de validité du contrat, sanctionnée par la nullité relative en cas d'omission *(Cass. 1re civ., 21 janv. 1992, n° 90-18.121)*.
Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur fournit l'ensemble des informations relatives au prêt sous la forme d'une fiche d'information. Le cas échéant, le prêteur encourt la déchéance des intérêts *(C. consom., art. L. 341-1)*.
Lorsque le prêt est octroyé par un établissement de crédit afin de financer l'acquisition par un particulier d'un immeuble à usage d'habitation, l'établissement de crédit a une obligation d'information renforcée. Il doit délivrer à l'emprunteur l'ensemble des informations relatives à l'identité du prêteur, la nature, l'objet du prêt *(C. consom., art. L. 313-6)*. Ces informations sont destinées à éclairer le consentement de l'emprunteur. Le prêteur doit également informer son cocontractant sur l'ensemble des caractéristiques du prêt, et l'alerter sur les risques encourus. Cela suppose notamment d'évaluer sa capacité de remboursement. Par ailleurs, chaque fois qu'une banque octroie un crédit alors qu'elle n'aurait pas du le faire au regard de la situation économique de l'emprunteur, elle engage sa responsabilité.

– **Droit de rétractation de l'emprunteur** : L'emprunteur bénéficie d'un droit de rétractation d'un délai de 14 jours lors de la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation.
Lorsque le prêt a pour objet de financer l'acquisition d'un bien immobilier, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de 10 jours, durant lesquels il ne peut conclure le contrat.

§3 L'exécution du prêt à intérêt

Le prêt à intérêt est un contrat synallagmatique qui comporte des obligations à la charge des deux parties.

A Les obligations du prêteur

– **La remise de la chose** : Lorsque le contrat porte sur une somme d'argent remise par un professionnel, le prêteur est tenu d'une obligation de verser les fonds à son cocontractant. Dans la mesure où il d'agit d'un contrat consensuel, la remise des fonds est une modalité d'exécution du contrat.

B Les obligations de l'emprunteur

– **L'obligation de restituer le capital** : Le prêt à intérêt constitue une variété de prêt de consommation. L'emprunteur doit, à titre principal, restituer ce qui lui a été prêté en même quantité. Il s'agit de l'obligation essentielle du contrat.

– **L'obligation de payer les intérêts** : Le prêt à intérêt est un contrat à titre onéreux dans lequel l'emprunteur a l'obligation de payer au prêteur des intérêts. Le plus souvent, le paiement consiste dans le versement d'une somme d'argent, mais rien n'interdit qu'il prenne une autre forme.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M.-T. PAIN-MASBRENIER, « Réflexions sur la notion de contrat de prêt et son incidence sur la qualification de l'ouverture de crédit », Contrats, conc. consom. 2006, n° 2, p. 11
– G. BIARDEAUD, « Décimale et Cour de cassation », D. 2015, p. 215

TITRE 5

LE BAIL

Le contrat de bail fait partie des contrats de louage, et plus précisément des louages de choses.

(C. civ., art. 1709)
Il est défini à l'article 1709 du Code civil comme *« un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. »*

En d'autres termes, le bailleur met à la disposition du preneur locataire, l'usage d'une chose moyennant le paiement d'un loyer. Il s'agit donc d'un contrat à titre onéreux.

L'essentiel des dispositions relatives au bail sont issues du code civil de 1804. Les articles 1708 et suivants du Code civil constituent le droit commun du bail qui s'appliquent à défaut de règlementation particulière. En effet, il existe de nombreuses dispositions dérogatoires qui régissent des baux que l'on pourrait qualifier de baux spéciaux.

– **Les baux d'habitation** : Pour l'essentiel, ils sont régis par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui cherche à protéger les intérêts du locataire en limitant le droit du bailleur de mettre fin au contrat. Cette loi a fait l'objet de réformes récentes, notamment la loi ALUR n° 2014-366 du 24 mars 2014 ayant pour objet de favoriser l'accès à la location et renforçant la protection du locataire en encadrant notamment la fixation du loyer. La loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 comporte également des dispositions relatives aux baux d'habitation en créant un véritable statut de la colocation, modifiant les dispositions relatives au congé du bailleur ou encore en encadrant les locations de logements meublés.

– **Les baux commerciaux :** Ils sont régis par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce issus de la codification par un décret n° 53-960 du 30 septembre 1953. Ces dispositions tentent de protéger les intérêts du locataire qui doit bénéficier de la stabilité de son droit au bail pour favoriser le développement de son commerce. Le bailleur qui souhaite mettre fin au bail doit ainsi verser à son cocontractant une indemnité d'éviction destinée à compenser la perte de chiffre d'affaire ainsi que les frais de réinstallation. Au même titre que le bail d'habitation, le statut des baux commerciaux fait l'objet de réformes ponctuelles. Ainsi, la loi Pinel n° 2014-626 du 18 juin 2014 a cherché à maîtriser les hausses de loyer, rééquilibrer les relations entre les parties et faciliter l'implantation de nouveaux commerces.

– **Les baux ruraux** : Ce sont des contrats de bail portant sur des fonds de terres destinés à l'exploitation d'une activité agricole. Les dispositions relatives aux baux ruraux sont regroupées aux articles L. 411 et suivants du Code rural et de la pêche maritime. Elles

permettent d'assurer la stabilité du preneur qui exploite des terres agricoles.

Les dispositions de droit commun du bail n'ont finalement qu'une place résiduelle puisqu'elles ne s'appliquent que dans le silence de la loi notamment quant à la preuve du bail ou encore quant aux règles de responsabilité en cas d'incendie des locaux. Par ailleurs, à côté des statuts spéciaux, les dispositions du Code civil s'appliquent aux contrats qui ne sont pas régis par un statut spécial comme les baux professionnels ou encore les baux mobiliers.

Fiche n° 43 La formation du bail

Fiche n° 44 Les obligations du bailleur

Fiche n° 45 Les droits et obligations du preneur

Fiche n° 46 La fin du bail

Fiche n° 43 La formation du bail

⏭ L'ESSENTIEL

Les dispositions relatives au droit commun du bail constituent le socle de règles applicables à tous les baux, ce qui permet de les distinguer d'autres formes contractuelles.

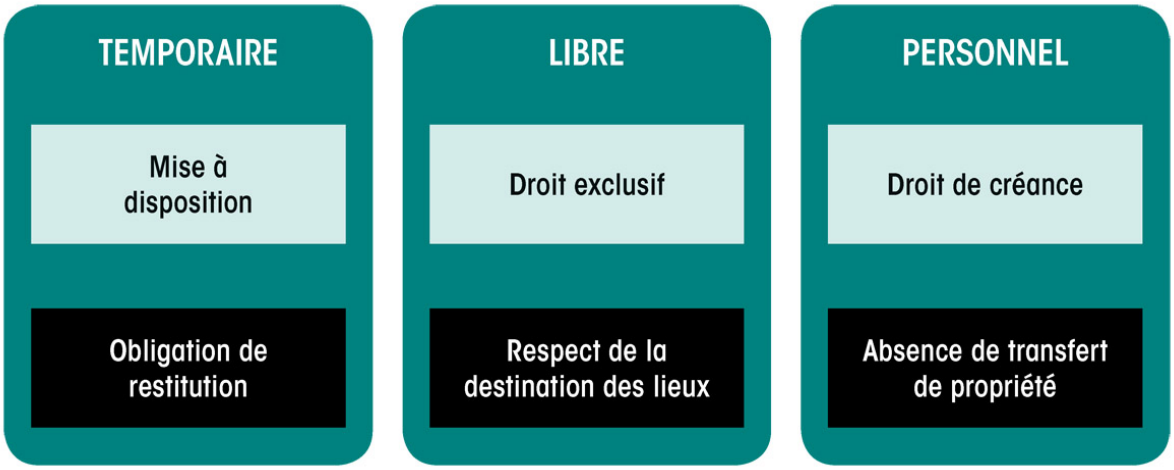
Pour qu'un contrat soit qualifié de bail, certaines conditions doivent être réunies. Il s'agit d'un contrat consensuel qui confère des obligations réciproques aux parties.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les éléments de qualification du bail

Le bail confère un droit de jouissance au locataire moyennant une contrepartie financière que l'on appelle le loyer. La jouissance du bien moyennant un certain prix constituent les deux prestations caractéristiques du bail.

A Le droit de jouissance du preneur à bail



1 Le caractère temporaire

Le bail confère un droit de jouissance temporaire sur le bien. Le bailleur doit mettre la chose à la disposition du preneur durant un certain temps. Le contrat de bail n'est pas translatif de propriété et il pèsera au terme du contrat, une obligation de restitution sur le preneur.

– **Bail et dépôt** : À l'instar du locataire, le dépositaire a une obligation de restitution du bien à l'issue du contrat. En revanche, il ne bénéficie pas d'un droit d'usage sur le bien. Le dépôt a pour finalité la conservation du bien remis, alors que dans le cas du bail, le locataire doit pouvoir s'en servir.

2 La liberté et l'exclusivité

Tout d'abord, la liberté : le locataire doit être libre d'user librement du bien, pour autant que son usage ne soit pas prohibé par les lois ou par le contrat. Ainsi, il n'a pas de compte à rendre à son bailleur sur l'usage qui est fait du bien. D'ailleurs, le bailleur ne saurait exiger sa restitution du bien en cours de bail.

Ensuite, l'exclusivité : le locataire bénéficie d'un droit exclusif. En l'absence de dispositions contraires dans la convention, il ne saurait se voir imposer un partage de l'usage du bien *(Cass. 3e civ., 11 janv. 2006, Bull. civ. III, n° 10)*.

– **Bail et contrat d'entreprise :** Certains contrats complexes confèrent un droit de jouissance à l'égard de l'un des cocontractants. Il s'agit par exemple d'un contrat de prestation de service associée à la mise à disposition d'un bien, comme la clinique qui met à la disposition d'un médecin des locaux. Dans ce cas, il n'est pas toujours aisé de qualifier la prestation. Revêt-elle les traits d'un contrat d'entreprise ou d'un bail ? Afin de régler les conflits de qualification, les juges appliquent plusieurs critères.
Ils se réfèrent au critère de l'accessoire. Si la mise à disposition de la chose n'est que l'accessoire de la prestation principale, il s'agit alors d'un contrat d'entreprise. Ainsi, la mise à disposition de locaux au sein d'une clinique n'est que l'accessoire à la prestation de soin du médecin.
Le critère de la maîtrise de la chose est également utilisé par les juges. Le bail confère une grande liberté dans l'usage de la chose, contrairement au contrat d'entreprise. Le contrat est qualifié de bail chaque fois que le locataire bénéficie du droit d'user librement de la chose. Si l'usage est contrôlé au regard de la prestation à accomplir, il s'agira davantage d'un contrat d'entreprise.

3 Le caractère personnel

– **Bail et vente :** Contrairement à la vente, le bail n'est pas un contrat translatif de propriété. Le locataire ne devient pas propriétaire de la chose puisque le locataire ne dispose que d'un droit personnel à l'encontre de son cocontractant et non d'un droit réel sur la chose,

bien que certains baux confèrent des droits très étendus au preneur. D'ailleurs, il est d'usage de qualifier de « propriété commerciale », le contrat conclu avec le propriétaire d'un local commercial.

– **Bail et bail réel** : Le bail réel confère au preneur des droits beaucoup plus étendus que le simple bail. Il en existe plusieurs :
  - Le bail emphytéotique : il s'agit d'un bail de longue durée sur un immeuble qui confère au preneur, appelé l'emphytéote, un droit de jouissance étendu qui lui permet d'user de la chose, de valoriser le fonds, d'effectuer des travaux et des constructions qu'il pourra ensuite louer ou vendre. Conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, il procure de larges prérogatives au preneur qui dispose d'un véritable droit réel sur l'immeuble. L'intérêt de ce contrat de longue durée consiste, pour les propriétaires de domaines fonciers, à valoriser leurs terres sans en supporter le coût financier. Le champ d'application du bail emphytéotique est particulièrement large, il porte indifféremment sur un terrain agricole ou encore sur un immeuble à caractère industriel ou commercial.

  - Le bail à construction : codifié aux articles L. 251-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, le bail à construction créé une obligation pour le preneur d'édifier des constructions sur le terrain du bailleur et de les conserver en bon état d'entretien. Le bail à construction est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Durant l'exécution du contrat, le preneur est titulaire de droits réels sur le fonds et sur les constructions édifiées. Le bailleur devient propriétaire des constructions au terme du contrat et profite des améliorations réalisées par le locataire.

- Le bail réel immobilier : il s'agit du contrat par lequel le bailleur consent la propriété temporaire de son bien pour une période comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans sans tacite reconduction. Le preneur quant à lui, généralement promoteur immobilier, s'engage à construire ou réhabiliter un immeuble. Une fois le programme réalisé, il pourra consentir la propriété temporaire de ces logements. Le locataire jouit de tous les attributs de la propriété dans la mesure où il peut l'habiter, l'hypothéquer ou céder son droit de propriété temporaire. Le bail réel immobilier poursuit l'objectif d'offrir des logements accessibles aux ménages à revenus intermédiaires dans les communes en forte croissance démographique.

B Le paiement du loyer

Le bail est un contrat à titre onéreux, le bailleur doit donc recevoir une contrepartie à la mise à disposition du bien au profit de son cocontractant. Le versement d'un loyer constitue un élément de qualification du bail.

1 L'obligation de stipuler un loyer

La contrepartie peut s'effectuer sous forme d'argent payé périodiquement mais aussi sous toute autre forme qui constitue une contrepartie permettant de qualifier le contrat à titre onéreux. Ainsi, la réalisation de travaux importants a pu être considérée comme une contrepartie suffisante à la mise à disposition d'un local.

Le loyer doit être réel et sérieux au jour de la conclusion du contrat au risque d'entraîner la nullité du bail *(Cass. 3e civ., 19 mai 2015, n° 14-11.830)*.

2 La preuve du loyer

Le bail est un contrat consensuel qui se forme suite à l'échange des consentements des parties. L'article 1714 du Code civil n'impose pas la rédaction d'un écrit. En l'absence d'écrit, les parties peuvent se heurter à des difficultés probatoires en cas de litige.

En cas de contestation sur le montant du loyer et en l'absence de précision dans le bail, il convient de se référer aux quittances. La quittance est un écrit qui atteste du remboursement des sommes dues. En l'absence de ce document permettant de déterminer précisément le montant du loyer, le locataire dispose d'une alternative énoncée à l'article 1716 du Code civil. Il a le choix de déférer le serment au propriétaire du bien ou de solliciter une expertise permettant d'estimer le montant du loyer.

§2 Les conditions de validité du bail

A Les conditions de droit commun

Le bail est soumis aux conditions de validité du contrat telles que mentionnées à l'article 1128 du Code civil.

1 L'accord de volontés

Le bail est un contrat consensuel qui se forme dès lors que les parties se sont entendues sur la chose louée et sur le montant du loyer. Contrairement au dépôt, la remise de la chose n'est pas une condition de formation du contrat. Par conséquent, le preneur pourra contraindre le bailleur à mettre l'objet du contrat à sa disposition dans la mesure où la forme est sans incidence sur sa validité.

2 La capacité des parties

La capacité du bailleur est régie par les règles du droit commun. En général, la conclusion d'un contrat de bail est considérée comme un acte de gestion normale du patrimoine. Il s'agit dans la plupart des cas, d'un acte d'administration.

Dans certaines hypothèses toutefois, la conclusion d'un bail prend les allures d'un acte de disposition. C'est le cas par exemple pour les baux de longue durée qui confèrent des droits très importants au preneur.

Par ailleurs, le législateur protège le bail qui porte sur le logement d'un mineur non émancipé ou encore le majeur protégé. La conclusion d'un bail avec une personne frappée d'incapacité constitue un acte de disposition qui nécessite la représentation de l'incapable.

3 Le pouvoir de conclure le bail

La question de la validité de la conclusion du bail se pose le plus souvent lorsque le bailleur n'est pas le propriétaire exclusif du bien. Plusieurs hypothèses soulèvent des difficultés.

	Propriétaire indivis	Propriétaire indivis avec pouvoir de gestion	Usufruitier	Epoux commun de biens	Absence de droit sur le bien
Bail acte d'administration	2/3 des propriétaires indivis sinon inopposabilité	Information des indivisaires	Oui	Oui si acte de gestion courante	Inopposabilité au propriétaire qui n'y a pas consenti sauf théorie du mandat apparent
Bail de longue durée	Unanimité sinon inopposabilité	Unanimité sinon inopposabilité	Concourt du nupropriétaire sinon inopposabilité	Accord des deux époux sinon inopposabilité	Inopposabilité
Logement de famille				Accord des deux époux sinon inopposabilité	

– **Hypothèse 1 :** Le bailleur est propriétaire indivis de la chose louée. Il n'est donc propriétaire que de sa quote-part indivise, ce qui signifie qu'il ne peut consentir seul un contrat de bail sur le bien. Selon l'article 815-3 du Code civil, les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent consentir un bail. Si le bail est néanmoins conclu sans cette condition de majorité, et en l'absence de ratification des autres indivisaires, le bail sera inopposable aux propriétaires qui pourront solliciter l'éviction du preneur dans la mesure où le contrat a été conclu en violation de leur droit de propriété. Le locataire évincé pourra alors engager la responsabilité du bailleur qui a commis une faute en s'engageant en l'absence de pouvoir.

– **Hypothèse 2 :** Le bailleur est propriétaire indivis d'un bien loué pour une longue durée. L'ensemble des actes qui ne se rattachent pas à une exploitation normale de l'indivision requièrent l'unanimité des indivisaires. Ainsi, un indivisaire seul ne saurait conclure un bail commercial, un bail rural ou encore un bail emphytéotique.

– **Hypothèse 3 :** Le bailleur est propriétaire indivis mais dispose d'un pouvoir de gestion de l'indivision. Selon l'art. 815-3, 4°, alinéa 2 du Code civil, le propriétaire qui gère l'indivision n'a pas l'obligation de recueillir le consentement des autres indivisaires pour conclure le bail qui n'est pas de longue durée. Cependant, il doit les informer afin que l'acte leur soit opposable.

– **Hypothèse 4 :** Le bailleur est un usufruitier. L'article 595 du Code civil prévoit une répartition des pouvoirs entre l'usufruitier et le nu-propriétaire pour la conclusion du bail. Lorsque le bail entre dans la catégorie des actes d'administration, il peut être conclu par l'usufruitier seul. En revanche, pour les baux qui s'apparentent à des actes de disposition car conclus pour plus de neuf ans comme le bail commercial, le bail rural ou encore le bail emphytéotique, à peine de nullité, le nu-propriétaire devra concourir à l'acte afin de donner son consentement. En cas de refus, l'usufruitier pourra se faire autoriser en justice à passer seul le contrat s'il justifie d'un intérêt.

– **Hypothèse 5 :** Le bail porte sur un bien commun appartenant à des époux. En vertu du pouvoir de cogestion des époux, il convient de vérifier si un seul a le pouvoir de conclure un bail. Lorsqu'il s'agit d'un acte d'administration, il entre dans la catégorie des actes de gestion courante et peut être conclu par un seul des époux. L'acte

est alors opposable à l'autre s'il a été conclu sans fraude. En revanche, s'il s'agit d'un bail de plus de neuf ans, l'accord des deux sera nécessaire.

– **Hypothèse 6 :** Le bail porte sur un bien affecté au logement des époux. L'article 215 du Code civil instaure un régime de protection du logement de famille de sorte que la conclusion du bail nécessite l'accord des deux époux, même si l'un des conjoints avait quitté les lieux au jour de la conclusion du bail.

– **Hypothèse 7 :** Le bailleur met en location un bien ne lui appartenant pas. Il s'agit de l'hypothèse du bail de la chose d'autrui. Ce contrat est valable entre les parties mais inopposable au propriétaire qui n'y a pas consenti. Le propriétaire peut alors évincer le locataire qui ne disposera que d'un recours en responsabilité à l'encontre de son bailleur.

Dans tous les cas, lorsque le bail constitue un acte d'administration, le preneur peut éviter l'éviction en invoquant la théorie de l'apparence. Pour ce faire, il doit démontrer qu'il a légitimement cru que son bailleur était le véritable propriétaire de la chose. S'il arrive à rapporter la preuve de l'apparence de pouvoir de son cocontractant, le bail sera opposable au véritable propriétaire qui ne disposera que d'une action en responsabilité à l'encontre du bailleur.

4 L'objet du bail

(C. civ., art. 1713)
« *On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles.* »

L'objet du bail est donc particulièrement large, pourvu que la chose soit dans le commerce. En contrepartie de l'usage, le locataire s'engage à verser un loyer. Le paiement du loyer constitue à la fois un élément de qualification et de validité du bail.

– **La fixation du loyer** : le montant du loyer doit être déterminé ou déterminable au jour de la conclusion du contrat. En l'absence de prix, le bail encourt la nullité relative voire la requalification en prêt à usage selon l'intention des parties.
  Le loyer est fixé conformément à la volonté des parties. Le juge n'a pas le pouvoir d'apprécier le montant du loyer, il en vérifie seulement la réalité.

Certaines dispositions spéciales prévoient un encadrement des loyers. C'est notamment le cas en matière de baux d'immeubles à usage d'habitation, lorsque les immeubles sont situés dans une zone à forte densité démographique. La loi ALUR n° 2014-366 du 24 mars 2014 a institué un dispositif d'encadrement des loyers afin de limiter l'augmentation de leur montant.

– **La révision du loyer** : le loyer peut être révisé en cours de bail. Le Code civil ne comporte aucune disposition relative à la modification du bail. Les parties ont donc toute liberté pour réviser le loyer ou fixer les modalités de révision de celui-ci.
  Le plus souvent, la révision du loyer s'effectue par référence à un indice. À ce titre, la clause d'indexation permet de prévoir que le prix évoluera en fonction d'un indice préalablement choisi par les parties. Le choix de cet indice n'est pas libre, il doit être en rapport avec la chose louée.

(C. civ., art. 1167)
« Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

B Les conditions de droit spécial

Le bail est un contrat par nature temporaire. L'article 1709 du Code civil indique que la jouissance doit durer « *un certain temps* ». Le droit de jouissance issu du bail est particulièrement stable.

Le contrat se distingue de la convention d'occupation précaire. Cette dernière se définit comme le contrat par lequel l'une des parties procure à l'autre un droit de jouissance précaire sur un bien, en contrepartie d'une compensation pécuniaire. Elle ne présente pas les attributs du bail puisque la convention d'occupation précaire peut être dénoncée à tout moment par les parties, sans avoir à respecter un quelconque délai de préavis.

Le bail peut être conclu à durée déterminée ou à durée indéterminée librement révocable.

- **Le bail à durée déterminée** : L'article 1737 du Code civil précise que le contrat dressé par écrit s'éteint à l'expiration du terme, sans qu'il soit nécessaire de délivrer congé. Dans cette hypothèse, les parties sont liées pendant la durée du bail, sans qu'elles ne puissent y mettre fin de façon anticipée. Pour autant, on admet que le bail comportant un terme puisse se poursuivre au-delà de la durée applicable au contrat.

PROROGATION DU BAIL	RECONDUCTION DU BAIL	RENOUVELLEMENT DU BAIL
Poursuite du bail Pas de nouveau bail	Nouveau contrat identique Durée identique au précédent	Nouveau contrat Les conditions peuvent varier

- Prorogation du bail : la prorogation signifie que le bail en cours poursuit ses effets pour une durée déterminée ou non, mais sans conclusion d'un nouveau contrat. La prorogation du contrat résulte d'une manifestation de volonté des cocontractants. Dans ce cas, le bail produit ses effets jusqu'au nouveau terme convenu par les parties.
- Reconduction du bail : selon l'article 1738 du Code civil, si au terme du contrat à durée déterminée, les parties continuent d'exécuter leurs obligations, le contrat est considéré comme tacitement reconduit. La tacite reconduction donne alors naissance à un nouveau contrat au contenu identique au précédent. Puisque la reconduction donne naissance à un nouveau contrat, la loi du bail est celle applicable à la date de la reconduction et non celle applicable à la date de la première convention.
- Renouvellement du bail : le renouvellement du bail entraîne la conclusion d'un nouveau contrat, dont les conditions varient par rapport au bail précédent. Les parties peuvent profiter du renouvellement pour modifier le montant du loyer par exemple. Le droit au renouvellement du bail commercial est d'ordre public, mais il n'est pas automatique. Il résulte du congé avec offre de renouvellement délivré par le bailleur ou de la demande expresse formulée par le preneur.

– **Le bail à durée indéterminée** : En l'absence de délai stipulé dans le bail, les parties sont présumées engagées pour une durée indéterminée. L'absence de délai n'entache pas la validité du contrat s'il conserve son caractère révocable par la délivrance d'un

congé. Chacune des parties dispose donc d'une faculté de résiliation unilatérale sous réserve de respecter un préavis raisonnable. Lorsque le bail est verbal et n'a pas fait l'objet d'un écrit, il est toujours présumé être conclu à durée indéterminée.

Le bail à durée indéterminée ne se confond pas avec le bail perpétuel qui est prohibé par l'article 1210 du Code civil. Le bail perpétuel se distingue du bail à durée indéterminée dans la mesure où il ne permet pas à l'une des parties de se désengager unilatéralement en délivrant un congé. Le bail perpétuel n'est pas nécessairement nul, selon l'article 1210, alinéa 2 du Code civil « *chaque partie peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

POUR ALLER PLUS LOIN…

– J. PRIGENT, « La réforme du droit des obligations et la rédaction du bail commercial », Lexbase Hebdo Affaires, 2018, n° 577
– N. DAMAS, « Réforme du droit des contrats et baux d'habitation », AJDI 2016, p. 336

Fiche n° 44 Les obligations du bailleur

L'ESSENTIEL

Les obligations du bailleur sont variées. Une fois le contrat conclu, le bailleur confère à son cocontractant un droit de jouissance. Il doit délivrer l'objet du contrat, assurer la jouissance paisible du bien au preneur mais aussi entretenir le bien en bon état de réparations.

(C. civ., art. 1719)
« Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :
1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent.
Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ;
2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;
3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ;
4° D'assurer également la permanence et la qualité des plantations. »

LES CONNAISSANCES

§1 L'obligation de délivrance

L'obligation de délivrance est régie par les articles 1719 et 1720 du Code civil. Elle revêt un triple aspect :
– Le bailleur doit mettre le locataire en possession du bien.
– Le bailleur doit délivrer un bien conforme à sa destination.
– Le bailleur doit remettre le bien en bon état de réparation.

A La mise en possession

Le bailleur s'oblige par la nature même du bail, à délivrer au preneur, la chose louée telle que stipulée dans le contrat. Il doit fournir la chose ainsi que ses accessoires.

La mise en possession s'entend comme la remise matérielle de la chose entre les mains du locataire. Lorsque le contrat porte sur un meuble, la délivrance se manifeste par la remise matérielle de la chose. Si l'objet du contrat est un immeuble, l'obligation se traduit par la remise des clés au locataire.

Jurisprudence

Il s'agit d'une obligation essentielle du contrat. Le bailleur ne peut s'affranchir de cette obligation en stipulant une clause exonératoire de responsabilité *(Cass. 3e civ., 10 déc. 2008, n° 07-20.277)*.

Si l'exécution de délivrance n'est que partielle, plusieurs possibilités s'offrent au locataire. Il peut accepter une modification du contrat en signant un avenant emportant la modification de certains points du bail. Il peut également refuser l'exécution de sa propre obligation ou encore solliciter une réduction du prix du loyer.

B La conformité du bien à sa destination

Lorsque dans le contrat de bail il est prévu que le bien sera affecté à une activité particulière, il faut que la chose remise au preneur soit affectée à cet usage. Ainsi, le bailleur a l'obligation de vérifier que la finalité du contrat soit réalisable.

Lorsque le bail porte sur un immeuble à usage d'habitation principale du locataire, l'article 1719 impose au propriétaire, l'obligation de délivrer un logement décent. Si le locataire constate que le logement ne correspond pas aux caractéristiques du logement décent, il pourra demander sa mise en conformité par voie amiable, où par le biais d'une action en justice devant le tribunal d'instance.

C La remise d'un bien en bon état de réparation

Le bien doit présenter toutes les garanties de sécurité afin que le bien ne cause pas de dommages aux tiers.

Le bailleur est responsable des vices empêchant la jouissance de la chose par le preneur. Il est tenu des vices même s'il ignorait leur existence au jour de la conclusion du contrat. Mais il convient malgré tout d'établir un lien de causalité entre le vice et le préjudice subi par le locataire.

En matière de baux d'habitation, la loi ALUR n° 2014-366 du 24 mars 2014 accentue la lutte contre l'habitat indigne et les copropriétés dégradées, en instituant des sanctions spécifiques contre les bailleurs proposant des conditions d'hébergement insalubres.

§2 L'obligation d'entretien

L'obligation d'entretien s'exécute en cours de bail. Le bailleur doit faire en sorte que la chose reste conforme à la destination prévue par le contrat. Selon l'article 1720, alinéa 2 du Code civil, le bailleur doit s'acquitter pendant la durée du bail, de toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires. Cette obligation s'applique aux obligations autres que les obligations locatives qui sont à la charge du locataire. Les réparations à la charge du bailleur sont celles qui affectent la structure du bien.

Les réparations à la charge du propriétaire au titre de l'obligation d'entretien ne doivent pas être trop excessives. Si l'immeuble vient à disparaître, le bailleur n'est pas tenu de procéder à sa reconstruction *(Cass. 3e civ. 6 mars 1984, Bull. civ. III, n° 59)*.

§3 L'obligation d'assurer la jouissance paisible

Il s'agit d'une obligation essentielle du contrat. Le bailleur doit s'abstenir de tout comportement qui viendrait troubler la possession de la chose par le preneur. Cette obligation lui incombe durant toute la durée du bail.

Par extension, le bailleur doit respecter les droits fondamentaux dont le preneur est titulaire, notamment le droit au respect de la vie privée, de la préservation de la vie familiale. Ainsi, le bailleur ne saurait interdire à son cocontractant d'héberger des proches.

En cas de trouble anormal de jouissance, le bailleur s'expose à l'engagement de sa responsabilité contractuelle. Le bailleur répond de sa faute personnelle, mais également de celle des personnes dont il a la charge et notamment les autres locataires de l'immeuble s'il est le bailleur commun. En revanche, le bailleur n'est pas tenu de garantir les troubles causés par les tiers.

Par exception, l'article 1724 du Code civil autorise le bailleur à troubler exceptionnellement la jouissance paisible du local si en cours de bail, la chose a besoin de réparations urgentes qui ne peuvent pas être reportées. Le bailleur dispose alors d'un accès au local lorsque les réparations sont rendues nécessaires pour la conservation du bien. Si les travaux durent plus de vingt et un jours, le prix du bail peut être diminué à proportion de l'atteinte portée au droit de jouissance.

§4 Les sanctions en cas d'inexécution du bail

En cas d'inexécution par le bailleur de ses obligations, il engage sa responsabilité à l'égard de son cocontractant.

- **L'exécution forcée du bail :** Le preneur peut exiger de son cocontractant qu'il soit contraint de respecter ses obligations. Il peut ainsi demander au juge la condamnation sous astreinte d'avoir à exécuter ses obligations nées du bail.

Cependant, dans certains cas, cette exécution forcée ne sera pas possible. C'est le cas par exemple si le bien loué a été mis en possession entre les mains d'un tiers. Le locataire ne pourra donc pas revendiquer la possession du bien qui dispose d'un droit de jouissance en vertu d'un contrat antérieur. Ainsi, il pourra seulement solliciter la résiliation du contrat et solliciter des dommages-intérêts pour le préjudice subi.

- **L'engagement de la responsabilité contractuelle du bailleur :** le locataire qui souhaite engager la responsabilité de son cocontractant doit rapporter la preuve d'un manquement du bailleur à ses obligations contractuelles.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– J.-P. BLATTER, « Délivrance de la chose et responsabilité du bailleur », Loyers et copr. 2000, n° 11, chron. 1
– M. VÉRON, « L'étendue de la responsabilité du bailleur », Dr. pén. 2013, comm. 38

Fiche n° 45 Les droits et obligations du preneur

⏭ L'ESSENTIEL

Le bail est un contrat synallagmatique qui crée des droits mais aussi des obligations à la charge de chacune des parties.

L'article 1728 du Code civil impose deux obligations principales au preneur, celle d'user raisonnablement de la chose louée ainsi que celle de payer le loyer et les charges au terme convenu. En contrepartie, il dispose de certaines prérogatives sur le bien.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les prérogatives du preneur

La conclusion du bail constitue un acte d'administration pour le locataire qui dispose d'un droit personnel de jouissance sur le bien.

COTITULARITÉ	COLOCATION	SOUS-LOCATION	CESSION DU BAIL
Qualité de titulaire du bail attribuée à plusieurs personnes résulte du contrat ou de la loi	Plusieurs personnes locataires d'un même logement constituant leur résidence principale	Le locataire donne en location à un tiers tout ou partie du bien qu'il loue	Le locataire se substitue un tiers qui devient cocontractant du bailleur

A La cotitularité du bail

Le preneur est celui avec qui le bailleur conclut le contrat. La qualité de preneur est également attribuée à d'autres personnes que le signataire du contrat. L'article 1751 du Code civil institue un principe de cotitularité du bail consenti aux époux ou aux partenaires pacsés qui en font la demande conjointement, lorsque l'immeuble donné à bail constitue le logement de famille. Par le simple effet de la loi, la qualité de locataire est également attribuée au conjoint du preneur alors qu'il n'est pas partie au contrat. Ils sont cotitulaires de plein droit.

B La colocation

(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8-1)
La colocation se définit comme « *la location d'un même logement par plusieurs locataires, constituant leur résidence principale, et formalisée par la conclusion d'un contrat unique ou de plusieurs contrats entre les locataires et le bailleur.* »

Le contrat de colocation doit être rédigé par écrit. Les colocataires sont solidairement tenus du paiement du loyer durant la période d'exécution du contrat.

C La sous-location

L'article 1717 du Code civil dispose que le preneur a la faculté de sous-louer le bien qu'il a reçu de la part du bailleur, sous réserve que cette faculté ne lui ait pas été interdite par une clause expresse du contrat.

La sous-location est le contrat par lequel le preneur donne en location à un tiers, tout ou partie du bien qu'il loue. Il s'agit d'une opération à trois parties qui fait intervenir le bailleur, le locataire et le sous-locataire.

- **Dans les rapports entre le bailleur et le locataire :** lorsque la sous-location est permise, le locataire n'est pas tenu de solliciter l'accord de du bailleur. En conséquence, le locataire doit exécuter ses obligations et notamment, payer le loyer ou encore entretenir les locaux dans les termes prévus par le bail. En conséquence, si le sous-locataire manque à ses obligations propres, le locataire initial répondra de ses manquements.
  Si le bail initial prohibe la sous-location, le contrat liant le locataire au sous-locataire est inopposable au bailleur. Celui-ci va pouvoir faire comme si le contrat n'existait pas et donc, demander la résiliation du bail principal pour le manquement du locataire à ses obligations principales. La résiliation emportera corrélativement celle du contrat de sous-location.

- **Dans les rapports entre le locataire principal et le sous-locataire :** le locataire principal et le sous-locataire sont liés contractuellement. Dans ce contrat, le locataire a la qualité de bailleur et le sous-locataire a la qualité de locataire car il loue la chose mise à sa disposition. Ainsi, le locataire est tenu de toutes les obligations qui incombent au bailleur à l'égard du sous-locataire qui en contrepartie paye un loyer.

– **Dans les rapports entre le bailleur et le sous-locataire :** le bailleur et le sous-locataire ne sont pas liés contractuellement. Toutefois, le bailleur dispose d'une action directe en paiement à son encontre. Cette action est soumise à certaines conditions.

(C. civ., art. 1753)
« Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.
Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. »

Le bailleur ne saurait exiger du sous-locataire un loyer supérieur à celui qu'il est tenu de payer en vertu du contrat de sous-location. Ainsi, s'il a versé le loyer à son cocontractant, le bailleur ne disposera plus d'une action en paiement.

Outre l'action directe en paiement, le bailleur peut engager la responsabilité civile extracontractuelle du sous-locataire qui a commis une faute à l'origine d'un préjudice pour celui-ci. En sens inverse, le sous-locataire a également la faculté d'engager la responsabilité du bailleur initial sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

Jurisprudence

« Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par les manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués », (Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, Bull. AP, n° 9).

D La cession du bail

L'article 1717 du Code civil permet au preneur de céder son bail à un autre si cette faculté ne lui a pas été interdite par le contrat. Le preneur perd donc sa qualité de locataire au profit du cessionnaire. Pour que la cession soit opposable au bailleur, il doit l'avoir autorisée. Cette autorisation peut être donnée par anticipation dans une clause expresse du bail ou ultérieurement, par notification.

En l'absence d'accord, la cession n'est pas opposable au bailleur qui peut légitimement l'ignorer et solliciter l'exécution de ses obligations au locataire initial.

Dans le cas contraire, le cessionnaire se substitue dans les droits du locataire initial. Le bailleur devient alors son cocontractant dans les termes du contrat cédé. Le cédant, qui n'est plus partie au contrat n'est plus tenu du paiement des loyers, sauf si le contrat de cession stipule une clause de solidarité.

§2 Les obligations du preneur

Les obligations du preneur sont régies par les articles 1728 à 1735 du Code civil. Elles portent sur la chose louée ainsi que sur les obligations à l'égard du bailleur.

(C. civ., art. 1728)
« Le preneur est tenu de deux obligations principales :
1° D'user de la chose louée raisonnablement, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;
2° De payer le prix du bail aux termes convenus. »

A L'usage paisible

– **Utilisation raisonnable :** Le preneur ne doit pas commettre de nuisances en utilisant la chose. Cette obligation vaut pour lui ainsi que pour les occupants de l'immeuble loué. En cas d'usage déraisonnable, le bailleur peut demander la résiliation du bail *(C. civ., art.1729)*. Il existe de nombreux exemples jurisprudentiels qui mettent en évidence les comportements susceptibles d'entraîner

la résiliation du contrat. C'est le cas notamment des violences, injures ou encore dégradations.

– **Respect de la destination des lieux :** Il s'agit de l'affectation des lieux qui est prévue par le contrat. Si le bail prévoit qu'un immeuble est à usage d'habitation, le preneur ne saurait y exploiter une activité commerciale. Si le preneur ne respecte pas ses obligations contractuelles, le preneur pourra demander la résiliation pour non-respect des stipulations du bail.
  Outre l'affectation des lieux, la destination des lieux signifie également que le preneur est tenu de respecter la substance de la chose louée. Cela signifie que le preneur doit respecter la structure de la chose et ne doit pas effectuer de transformation sur la chose en l'absence d'accord exprès du bailleur.

– **L'entretien de la chose :** Durant la période d'exécution du contrat, le preneur est tenu de conserver la chose louée. Cela entraîne plusieurs conséquences. Selon l'article 1754 du Code civil, le locataire est tenu, en l'absence de clause contraire, des réparations locatives et menus entretiens. Toutes les réparations qui n'affectent pas la structure ou qui résultent de la vétusté de la chose sont à la charge du locataire.

(C. civ., art. 1732)
Le preneur « *répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.* »

Le preneur engage sa responsabilité si la chose a été détruite ou détériorée. Il s'agit d'une responsabilité pour faute présumée, cela

signifie que le locataire ne peut s'exonérer qu'en apportant la preuve de son absence de faute.

En cas de détériorations, dégradations causées sur la chose, le locataire sera tenu de procéder aux réparations des dommages ou à la remise en état du bien.

B Le paiement des loyers et des charges

Il s'agit de l'obligation essentielle du contrat. Les parties fixent les modalités de paiement mais aussi la date de paiement. Le contrat peut également comporter une clause stipulant des intérêts de retard si le locataire n'exécute pas ses obligations dans le temps convenu.

Si le locataire n'exécute pas ses obligations, le bailleur pourra l'assigner en résiliation voire en paiement de dommages-intérêts.

Afin d'être sûr d'être payé à l'échéance, le bailleur peut se prévaloir de sûretés légales ou conventionnelles incluses dans le contrat.

- **Sûretés légales :** Le législateur institue un privilège spécial au profit du bailleur en cas de non-paiement des loyers.

(C. civ., art. 2332, 1°)
« Les créances privilégiées sur certains meubles sont :
1° Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme ; savoir, pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine ; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû.
Et, à défaut de baux authentiques, ou lorsque étant sous signature privée ils n'ont pas une date certaine, pour une année à partir de l'expiration de l'année courante.
Le même privilège a lieu pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. Il a lieu également pour toute créance résultant, au profit du propriétaire ou bailleur, de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit.
Néanmoins, les sommes dues pour les semences, pour les engrais et amendements, pour les produits anticryptogamiques et insecticides, pour les produits destinés à la destruction des parasites végétaux et animaux nuisibles à l'agriculture, ou pour les frais de la récolte de l'année, seront payées sur le prix de la récolte, et celles dues pour ustensiles, sur le prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire, dans l'un et l'autre cas.
Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait fait la revendication, savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours ; et dans celui de quinzaine, s'il s'agit des meubles garnissant une maison (…) »

– **Sûretés conventionnelles :** Le bailleur a la faculté de se faire consentir des cautionnements solidaires pour le paiement des loyers ou encore souscrire une assurance garantie de loyers impayés.

C L'obligation de restitution

Au terme du contrat, le preneur a l'obligation de restituer la chose dans un état identique au jour de sa prise de possession. Pour éviter les difficultés, il est recommandé aux parties d'effectuer un état des

lieux au moment de l'entrée en jouissance du preneur, notamment lorsque le bail porte sur un immeuble.

Si le bail porte sur un meuble, le preneur aura l'obligation de remettre la chose au bailleur.
S'il s'agit d'un immeuble, la restitution se manifestera par la remise des clés.

La restitution se matérialise par la remise en possession matérielle du bien entre les mains du propriétaire. L'obligation porte sur la chose elle-même ainsi que ses accessoires. À défaut de restituer le bien à l'issue du bail, le preneur sera redevable d'une indemnité d'occupation jusqu'à la remise effective de la chose.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– S. RINGLER, « Du préjudice à l'indemnisation lors de la destruction de l'immeuble des suites d'un incendie », Lexbase Droit privé 2016, n° 645
– B. VIAL-PEDROLETTI, « Congé par le locataire : colocation et solidarité », Loyers et copro. 2018, n° 7, p. 26

Fiche n° 46 La fin du bail

L'ESSENTIEL

Le bail cesse pour les causes de droit commun. Elles résultent de la perte de la chose louée, de la résiliation du contrat, de la survenance du terme, où s'il s'agit d'un bail à durée indéterminée, du congé délivré par l'une des parties.

LES CONNAISSANCES

(C. civ., art. 1741)
« Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée, et par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements. »

L'inexécution d'une obligation essentielle du contrat est une cause de résiliation du contrat.

Le décès de l'un des cocontractants ne constitue pas une cause de résiliation du contrat. En l'absence de stipulation contraire, le bail se transmet aux héritiers du défunt, que ce soit le bailleur ou le locataire.

La perte totale de la chose louée entraîne la résiliation du contrat. Peu importe les origines de la destruction, le contrat prend fin, faute pour le preneur de pouvoir utiliser la chose louée conformément à sa destination.

Le congé se définit comme l'acte qui met fin au bail, par la seule manifestation de volonté de celui qui l'a délivrée. Il s'agit d'un acte unilatéral de volonté qui n'a pas besoin d'être accepté par l'autre partie. Il met fin au bail lorsque celui-ci est à durée indéterminée.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– S. BRENA, « Troubles de fait : résiliation du bail au tort du preneur pour hébergement de l'auteur des troubles », Revues loyers et fermages 2019, p. 236

P@RTIE 5

DROIT DES SÛRETÉS

INTRODUCTION

LES SÛRETÉS PERSONNELLES

LES SÛRETÉS RÉELLES

LES SÛRETÉS EN PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

INTRODUCTION

Fiche n° 47 Introduction au droit des sûretés

Fiche n° 47 Introduction au droit des sûretés

⏭ L'ESSENTIEL

Les sûretés ont pour fonction de garantir l'exécution d'une ou plusieurs obligations, présentes ou futures. Elles constituent un outil juridique et économique essentiel car elles favorisent le développement du crédit : « *sans sûreté, pas de crédit ; sans crédit, pas d'économie moderne* » (L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, LGDJ, n° 1). La sûreté fait bénéficier le créancier de droits supérieurs à ceux qui résultent du seul exercice de son droit de gage général. Le créancier peut ainsi disposer d'un droit de créance contre un autre débiteur en garantie de sa créance principale (sûreté personnelle) ou bénéficier d'un droit réel accessoire (sûreté réelle). Les contours de la notion de sûreté peuvent toutefois se révéler incertains en présence de mécanismes proches tels que la délégation, la solidarité passive, la promesse de porte-fort ou encore les sûretés négatives. Enfin, le ou les créanciers bénéficiaires de la sûreté peuvent ne pas en être eux-mêmes titulaires lorsqu'ils désignent un agent des sûretés dont la mission est de prendre, inscrire, gérer et réaliser toute sûreté ou garantie au profit des créanciers de l'obligation garantie.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La notion de sûreté

I. Une protection supérieure au droit de gage général

A Le droit de gage général

(C. civ., art. 2284)
« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

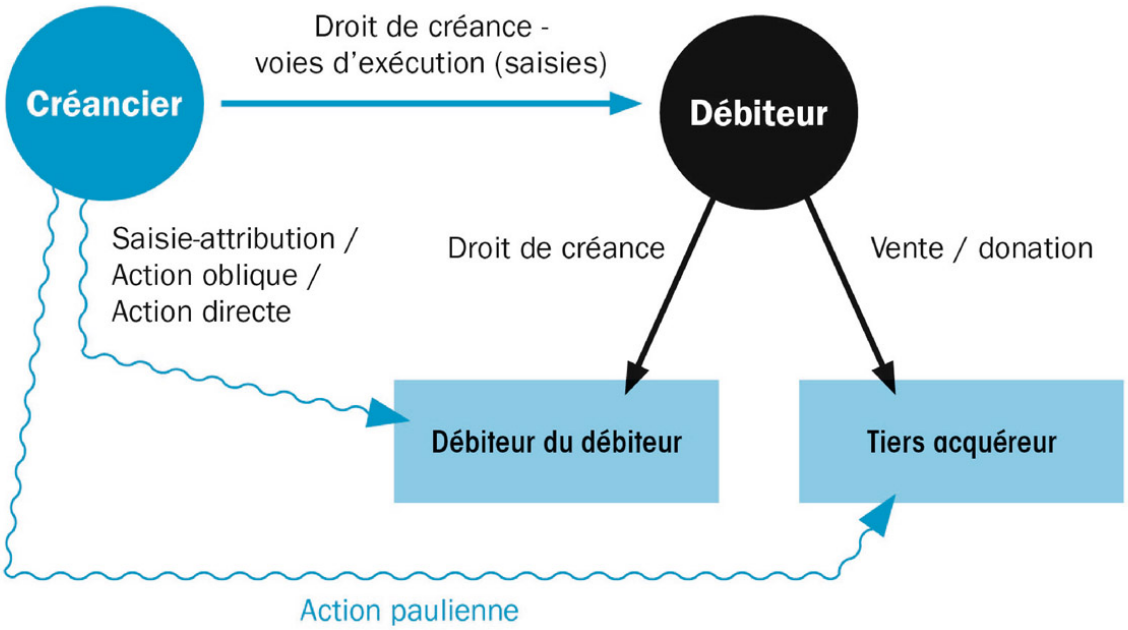
Le patrimoine est une universalité de droit constituée d'un actif et d'un passif. L'actif (les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir) répond du passif (les dettes). Le droit de gage général permet à tout créancier d'exiger le paiement de sa créance sur l'intégralité de l'actif du patrimoine de son débiteur.

(C. civ., art. 2285)
« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

Les créanciers chirographaires, c'est-à-dire ceux qui ne bénéficient d'aucune sûreté, disposent de divers moyens pour être payés en cas de défaillance de leur débiteur. Ils peuvent pratiquer des mesures conservatoires et recourir à des mesures d'exécution forcée. Ils disposent également de certaines actions leur permettant de protéger leur droit de gage général, telles que l'action paulienne, l'action oblique, l'action directe ou, par exemple, l'opposition au paiement du prix en cas de vente d'un fonds de commerce. Mais ces moyens ne confèrent aucune préférence aux créanciers chirographaires. En cas

de saisie et de vente forcée d'un bien, les créanciers chirographaires seront payés après les créanciers privilégiés, et le reliquat du prix sera réparti entre eux à proportion du montant de leur créance (« au marc le franc »). L'article 2285 pose en effet un principe d'égalité des créanciers en prévoyant une distribution du prix par contribution. Ce principe s'impose aux créanciers chirographaires mais est inapplicable entre créanciers privilégiés (V. Fiche n° 52). Les créanciers chirographaires ne peuvent non plus (sauf en cas d'action paulienne) disposer de droits sur des biens qui sont sortis du patrimoine de leur débiteur car le droit de gage général ne leur attribue aucun droit de suite.

Les actions ouvertes au titre du droit de gage général



B Une protection supplémentaire

La sûreté constitue une garantie pour le créancier qui lui permet de disposer des droits supérieurs à ce que lui offre les règles générales d'exécution des obligations.

1 Une garantie accessoire

Parce qu'elle est une garantie de paiement d'une créance, la sûreté est en principe accessoire à cette créance. Le principe de l'accessoire emporte diverses conséquences pour toutes les sûretés :

- La sûreté se transmet avec la créance. Ainsi, la cession de créance s'étend aux accessoires de la créance, telles que les sûretés. Par exception, la sûreté non accessoire, telle que la garantie autonome *(C. civ., art., 2321, al. 4)* ne se transmet pas avec la créance.
- La sûreté **s'éteint avec la créance**. L'extinction de la créance (paiement, annulation, remise de dette) rend sans objet la sûreté. Là encore il existe quelques exceptions. Par exemple, l'hypothèque stipulée rechargeable peut servir à garantir de nouvelles créances. De même, le cautionnement *omnibus* garantit toutes les dettes présentes et futures d'un débiteur à l'égard d'un créancier, ce qui fait obstacle à son extinction en cas de paiement d'une créance.
- La sûreté sert à garantir le paiement de la créance. Elle **ne doit pas servir à l'enrichissement du créancier**. Ainsi, le montant total des condamnations mises à la charge des cautions ne peut excéder la créance admise au passif de la procédure collective du débiteur principal *(Cass. com., 11 mars 2020, n° 19-11.151)*.

2 Un acte grave

Parce qu'elle constitue une garantie de paiement, la sûreté est un acte grave soumis à un formalisme plus ou moins strict selon la nature de la sûreté.

Pour autant, toutes les sûretés peuvent être conclues par voie électronique *(Ord. 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés)*.

La gravité de l'acte constitutif d'une sûreté s'évince des **règles de capacité** :

- L'administrateur légal d'un mineur ne peut, sans l'autorisation du juge des tutelles, constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers *(C. civ., 387-1, 7°)*. *A contrario*, l'autorisation judiciaire ne s'impose pas pour une sûreté rémunérée et pour la constitution d'une sûreté pour garantir la dette du mineur.
- Le tuteur d'un majeur ne peut, même avec une autorisation du conseil de famille ou du juge, accomplir un acte qui emporte constitution gratuite d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers *(C. civ., art. 509, 1°)*. En revanche, le tuteur peut, avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge, conclure un acte de disposition et donc une sûreté réelle pour garantir la dette du majeur protégé *(C. civ., art. 505 ; D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008)*.
- L'assistance du curateur s'impose pour la constitution d'une sûreté par un majeur sous curatelle *(C. civ., art. 467)*.

II. Les catégories de sûretés

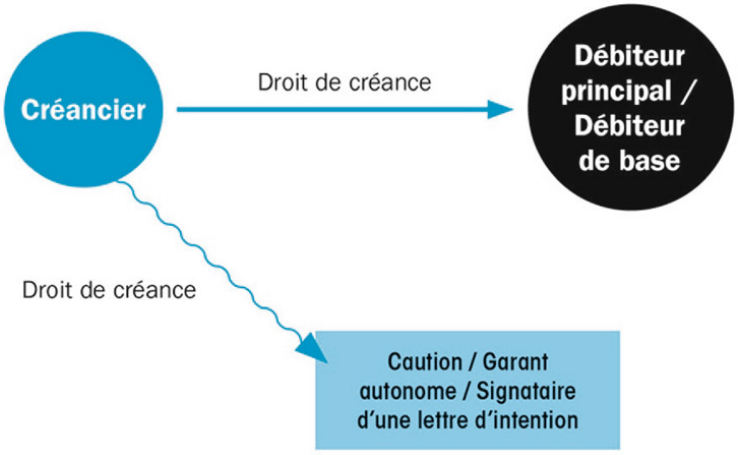
A Les sûretés personnelles

1 La notion de sûreté personnelle

Les sûretés personnelles régies par le Code civil sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention *(C. civ., art., 2287-1)*. La garantie donnée au créancier résulte de **l'adjonction d'un ou plusieurs débiteurs**. L'ajout d'un droit de créance (droit personnel) pour garantir une créance présente ou future apparaît comme le seul critère pour qualifier la sûreté. Peu importe que l'obligation du garant soit calquée (cautionnement) ou non (garantie autonome et lettre d'intention qui sont alors qualifiées

de garanties non accessoires) sur l'obligation du débiteur principal. Peu importe que l'obligation du garant soit une obligation de payer (cautionnement, garantie autonome) ou une obligation de faire (lettre d'intention).

Adjonction d'un droit de créance au moyen d'une sûreté personnelle



2 Les techniques contractuelles proches des sûretés personnelles

a) La solidarité passive

La solidarité passive est une modalité de l'obligation dont l'étude relève du régime général de l'obligation *(C. civ., art., 1310 et s.)*. La solidarité joue assurément un **rôle de garantie**. Le créancier peut poursuivre **le paiement contre n'importe lequel de ses codébiteurs**, sans avoir à diviser ses poursuites. La solidarité permet également au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité de l'un des codébiteurs solidaires. En effet, **la part du coobligé insolvable se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables**, y compris celui qui a déjà payé ou celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité *(C. civ., art. 1317, al. 3)*. La proximité avec le

cautionnement atteint son apogée lorsque l'un des codébiteurs n'est pas intéressé à la dette.

(C. civ., art. 1318)
« Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui. »

Pour autant, l'engagement du coobligé non intéressé n'est pas accessoire, car il est tenu de toute la dette sans pouvoir invoquer ni les bénéfices de discussion et de division, ni le bénéfice de subrogation, ni les exceptions propres au codébiteur intéressé. À la différence du cautionnement, la solidarité n'est pas un contrat mais une modalité de l'obligation, une stipulation contractuelle, qui ne vient pas se greffer sur un contrat principal.

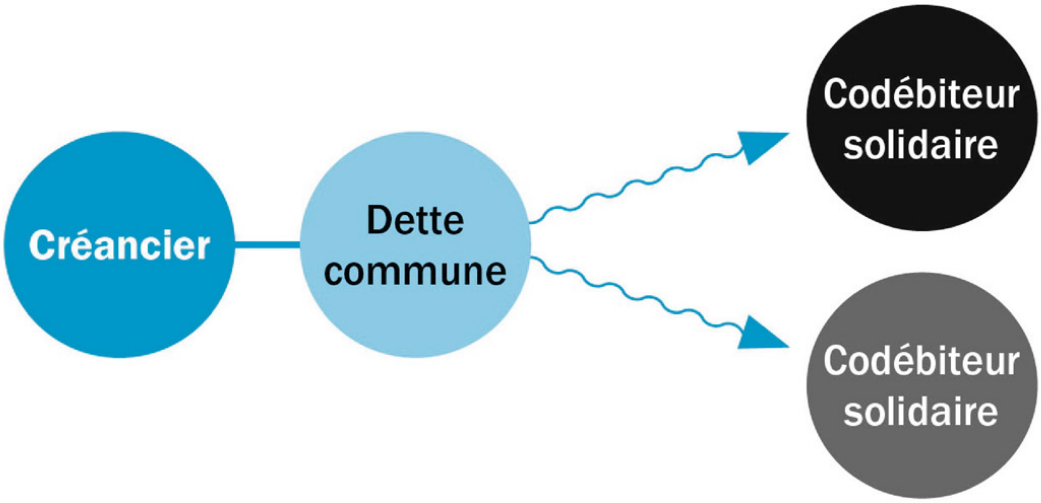
Jurisprudence

En présence de cessions de titres sociaux s'inscrivant dans le cadre d'un protocole d'accord global lequel prévoyait que si le cocontractant *« décidait de se substituer une personne morale ou une personne physique, il resterait néanmoins garant de la bonne exécution de la convention et serait solidaire du paiement du prix des actions et du compte courant »*, la cour d'appel a exactement déduit que ce cocontractant *« ne s'était pas engagé à payer la dette du cessionnaire substitué, mais en était demeuré codébiteur solidaire, de sorte que son engagement personnel ne revêtait pas un caractère accessoire et, partant, n'était pas soumis aux règles du cautionnement » (Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.438)*.

En cas de **procédure collective** d'un codébiteur solidaire ou du débiteur principal, le sort des coobligés et des cautions est le même (v. Fiches n° 58).

Enfin, l'**indivisibilité**, à l'instar de la solidarité, est une modalité de l'obligation à pluralité de débiteurs. L'obligation doit être exécutée intégralement de sorte que chaque codébiteur est tenu de l'intégralité de la dette à l'égard du créancier. L'indivisibilité peut compléter la solidarité car elle présente l'avantage de s'étendre aux héritiers. Alors qu'en présence d'une obligation solidaire, la dette se divise de plein droit entre les héritiers (l'héritier n'est tenu que de sa part et portion), la stipulation d'indivisibilité fait obstacle à cette division *(C. civ., art. 1320)*.

Solidarité passive

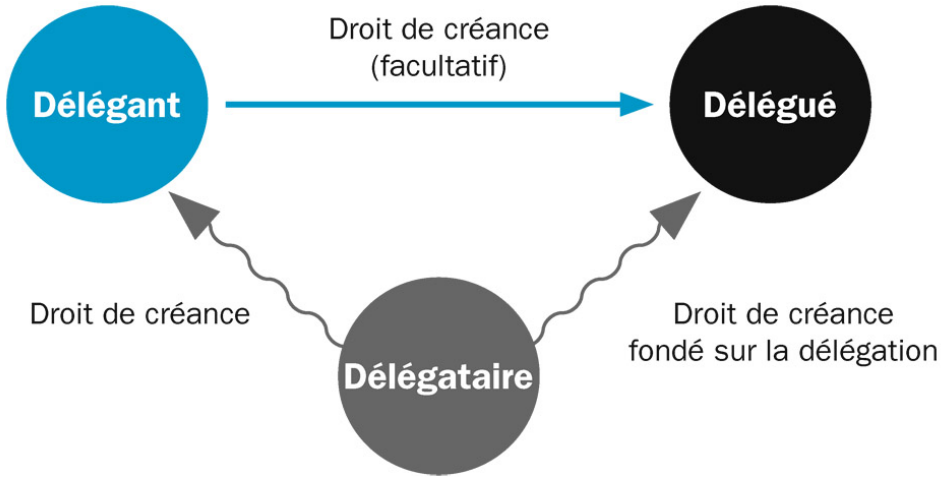


b) La délégation imparfaite

La délégation est une opération sur obligations dont l'étude relève du régime général de l'obligation. À la différence des sûretés personnelles, la délégation exige le consentement de trois parties. Le

délégant obtient l'engagement du délégué de payer le délégataire. Le créancier délégataire bénéficie d'un droit de créance contre le délégué qui s'ajoute à son droit de créance contre le délégant. Cependant, la délégation ne joue pas ce rôle de garantie si le délégataire décharge expressément le délégant de son obligation *(C. civ., art. 1337, al. 2)*. En outre, du point de vue du délégué, la délégation imparfaite ne constitue pas une garantie lorsqu'il s'engage en considération de sa dette vis-à-vis du délégant. Dans ce cas, le seul risque que prend le délégué est de **renoncer, au profit du délégataire seulement, à invoquer les exceptions tirées de son rapport avec le délégant ou des rapports entre le délégant et le délégataire** *(C. civ., art. 1336)*. Pour le délégué, la délégation est alors un mode d'extinction de sa propre dette et non une garantie, de sorte que son engagement échappe à l'exigence d'une autorisation préalable du conseil d'administration de la société anonyme *(C. com., art. L. 225-35 ; Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.173)*. Il en irait autrement que si le délégant n'est pas créancier du délégué ou lorsque ce dernier s'engage au-delà de son obligation envers le délégant, ce que la loi admet *a contrario (C. civ., art. 1339, al. 1er : « Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence »)*.

La délégation imparfaite



Jurisprudence

Le maître d'ouvrage délégué ne peut opposer au sous-traitant délégataire les exceptions inhérentes à la dette que l'entreprise délégante aurait pu opposer au sous-traitant, dès lors que le délégué ne peut opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre le délégant et le délégataire *(Cass. civ. 3e, 7 juin 2018, n° 17-15.981)*.

En vertu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (art. 14) relative à la sous-traitance, les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant sont garanties par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur auprès d'un établissement agréé. Cependant, l'entrepreneur peut aussi déléguer le maître de l'ouvrage au sous-traitant.

c) La promesse de porte-fort

La promesse de porte-fort est le contrat par lequel un promettant s'engage à ce que son cocontractant (bénéficiaire) obtienne

l'engagement d'un tiers à son égard. L'engagement du tiers peut résider dans la ratification ou la conclusion d'un contrat ou encore dans l'exécution d'une obligation pesant sur ce tiers. L'engagement de porte-fort dit d'exécution est une forme de garantie. L'obligation pesant sur le porte-fort est une **obligation de faire** qui échappe à la formalité de l'article 1376 du Code civil *(Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.890)* et dont l'inexécution ne peut être sanctionnée que par des dommages-intérêts *(Cass. civ. 1re, 7 mars 2018, n° 15-21.244)*. Elle est **de résultat** *(Cass. com., 1er avr. 2014, n° 13-10.629)* **et autonome** *(Cass. civ. 1re, 16 avr. 2015, n° 14-13.694 ; Cass. com., 1er avr. 2014, préc.)*. Le porte-fort exécution paraît alors se confondre avec la lettre d'intention lorsque celle-ci stipule une obligation de résultat. Dans les deux cas, le promettant est tenu de réparer l'entier préjudice causé au bénéficiaire par l'inexécution du tiers. En outre, le porte-fort exécution semble recouvrir l'engagement de ducroire par lequel un intermédiaire (mandataire, commissionnaire, courtier) garantit, à titre principal (et non accessoire), auprès de son cocontractant, l'exécution d'une obligation par un tiers (en général, son client, mandant ou commettant).

B Les sûretés réelles

2 La notion de sûreté réelle

(C. civ. art. 2323)
« La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier. ».

L'énumération légale des sûretés réelles paraît confirmer l'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles. C'est ainsi qu'une cession

fiduciaire a été requalifiée en nantissement de créance *(Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395)*. L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a depuis consacré la cession de créance à titre de garantie *(C. civ., art. 2373)*.

La sûreté réelle permet au créancier de bénéficier d'un **droit réel accessoire** sur un bien ou un ensemble de biens de son débiteur. En cas de paiement de la créance garantie, le droit réel disparaît. Il peut s'agir d'un droit de préférence. Le créancier sera alors payé avant les autres créanciers dans le cadre d'une procédure de distribution du prix de vente du bien grevé consécutive à une saisie ou d'une procédure d'insolvabilité (procédure collective ou surendettement). Il échappera ainsi à l'égalité entre les créanciers qui implique une répartition du prix par contribution.

Le droit de préférence justifie également que le créancier puisse bénéficier d'autres **modes de réalisation de la sûreté** : l'attribution judiciaire ou par pacte commissoire du bien grevé.

À l'exception des privilèges *(C. civ. art. 2330 et 2376)*, la sûreté réelle accorde au créancier un **droit de suite** qui lui permet de saisir le bien grevé alors même que celui-ci a été cédé par le constituant.

Le **droit de propriété** peut également servir à garantir une créance. Il s'agit alors d'une propriété fiduciaire qui est par essence temporaire. Enfin, la jurisprudence qualifie le droit de rétention de droit réel tout en précisant qu'il ne s'agit pas d'une sûreté.

2 La sûreté réelle pour autrui

(C. civ., art. 2325 – en vigueur à compter du 1er janvier 2022)
« La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers. Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables. »

La sûreté réelle pour autrui n'est pas un cautionnement. Le constituant affecte un bien à la garantie de la dette d'autrui. Cette sûreté réelle n'implique **aucun engagement personnel** à satisfaire à l'obligation d'autrui (*Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. n° 7* qui désavoue la première chambre civile qui avait jugé le contraire pour faire application de l'article 1415 du Code civil ; désormais l'article 1422 impose le consentement des deux époux pour affecter un bien commun à la garantie de la dette d'un tiers).

L'Ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés confirme cette solution.

L'article 2325 fait toutefois profiter le constituant d'une sûreté réelle pour autrui de certaines règles protectrices de la caution :
- Devoir de mise en garde du créancier professionnel au profit de la caution personne physique ;
- Obligation d'information du créancier professionnel au profit de la caution personne physique ;
- Bénéfice de discussion ;
- Recours personnel et subrogatoire de la caution ;
- Bénéfice de subrogation.

Le nouvel article 2325 met fin à la jurisprudence qui avait fermé au constituant d'une sûreté réelle pour autrui le droit d'invoquer le bénéfice de discussion *(Cass. civ. 2e, 4 sept. 2014, n° 13-11.887)*, le bénéfice de subrogation *(Cass. civ. 3e, 12 avr. 2018, n° 17-17.542)* et le devoir de mise en garde du créancier *(Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034)*.

Mais le fondement de cette jurisprudence est entériné par la loi, de sorte que la sûreté réelle pour autrui n'étant pas un cautionnement, le constituant ne peut invoquer le bénéfice de division *(Cass. civ. 1re, 25 nov. 2015, n° 14-21.332)*. Et les autres règles protectrices de la caution ne sont pas applicables, notamment l'exigence de la mention écrite par la caution *(C. civ., art. 2297)* et celle de la proportionnalité du cautionnement *(C. civ., art. 2300)*.

La sûreté réelle pour autrui étant accessoire, le constituant doit pouvoir invoquer les exceptions qui appartiennent au débiteur sans distinguer les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles *(C. civ., art. 2298)*.

Jurisprudence

À la différence d'un cautionnement qui n'implique aucun acte d'exécution du créancier, « *l'inscription d'une hypothèque constitue un commencement d'exécution indépendamment de la personne qui l'effectue* », de sorte que, si « *l'hypothèque pour autrui* » a été inscrite par le créancier, la « *caution hypothécaire* » ne peut se prévaloir, par voie d'exception (perpétuelle), de la nullité de l'hypothèque après l'expiration du délai de prescription *(Cass. civ. 3e, 9 mars 2017, n° 16-11.728)*.

C Les sûretés négatives

Les sûretés négatives sont des engagements pris par le débiteur au profit du créancier de ne pas accomplir des actes susceptibles de diminuer l'efficacité du droit de gage général ou d'une sûreté. **Sans être une véritable sûreté**, la sûreté négative renforce les chances de paiement de la créance.

Les sûretés négatives sont souvent stipulées dans des contrats de prêt. Les clauses constitutives de sûreté négative sont très diverses : ne pas vendre ou hypothéquer le bien acquis au moyen du prêt sans l'accord du prêteur ; domicilier ses traitements et salaires auprès du prêteur ; ne pas accorder une sûreté à un autre créancier sans proposer au créancier garanti le même avantage (clause *pari passu*) ; respecter des ratios financiers et comptables ; exécuter ses obligations au titre d'autres contrats conclus ou non avec le même créancier (clause de défaut croisé) ; interdiction de contracter d'autres emprunts, etc. La violation de ces obligations engage la responsabilité du débiteur et/ou autorise le prêteur à prononcer la déchéance du terme.

Les sûretés négatives peuvent également résulter d'un contrat entre créanciers par lequel l'un d'eux s'engage à ce que l'autre soit remboursé avant lui. Par exemple, la dette mezzanine est une dette subordonnée au remboursement d'une dette senior ; elle se situe en termes de risque entre l'investissement en fonds propres et la dette senior. Un créancier peut également renoncer à exercer une voie d'exécution sur certains biens du débiteur ou à exercer une action particulière (par ex. : le vendeur d'un fonds de commerce renonce à exercer l'action résolutoire).

L'acte authentique par lequel un entrepreneur individuel renonce, au profit d'un créancier, à l'insaisissabilité de sa résidence principale ou d'un immeuble déclaré insaisissable peut être analysé comme une sûreté négative *(C. com., art. L. 526-3, al. 2)* ; de même que la renonciation de l'entrepreneur individuel à la séparation de ses patrimoines professionnel et personnel pour un engagement spécifique *(C. com., art. L. 526-25)*.

Jurisprudence

Certaines sûretés négatives se heurtent à des règles d'ordre public. Est nulle, car contraire au droit de propriété, la clause qui interdit à l'emprunteur de louer sans l'accord du prêteur *(Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, n° 04-13.772)*. Est abusive la clause d'un crédit immobilier consenti à des consommateurs selon laquelle la somme prêtée est immédiatement exigible en cas de défaillance de l'emprunteur extérieure au contrat *(Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.226)*.

La clause d'inaliénabilité est soumise à deux conditions. Elle doit être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime *(Cass. 1re civ., 31 oct. 2007, n° 05-14.238)*. En matière immobilière, elle doit être publiée, ce qui la rend opposable aux tiers *(D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, 2°)*. Doit également être publiée, l'inaliénabilité des biens indispensables à la continuation de l'entreprise, sauf autorisation judiciaire, prévue par le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement *(C. com., art. L. 626-14)*.

§2 L'agent des sûretés

I. La désignation de l'agent des sûretés

(C. civ., art., 2488-6, al. 1er)
« Toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée ou réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie. »

À la différence de la qualité de fiduciaire réservée à certaines catégories de personnes, **toute personne peut être désignée agent des sûretés** (*security trustee*) par les créanciers.

(C. civ., art. 2488-7)
« À peine de nullité, la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs. »

En dehors de ces mentions obligatoires, les parties demeurent libres. Elles peuvent notamment prévoir les conditions de remplacement de l'agent. À défaut, tout créancier bénéficiaire peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés si l'agent a manqué à ses devoirs ou fait l'objet d'une procédure collective *(C. civ., art. 2488-11)*.

II. Les missions et pouvoirs de l'agent des sûretés

La mission de l'agent des sûretés suit **la vie de la sûreté, de sa conclusion à sa réalisation**. Si, dans le cadre d'un crédit syndiqué, l'ensemble des prêteurs ont vocation à profiter des sûretés et garanties, l'agent en est le **seul titulaire**.

Dès lors que l'agent est titulaire des sûretés, il lui appartient, si une telle formalité est requise, de **procéder à leur inscription** en faisant expressément mention de sa qualité. L'intérêt de recourir à l'agent est alors évident puisqu'en cas de changement de la composition du groupe des créanciers, aucune inscription modificative n'est requise *(v. avant la réforme du régime de l'agent des sûretés, le recours au mécanisme complexe de la dette parallèle : Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-25.533, Belvédère)*.

Par ailleurs, les sûretés dont l'agent est titulaire sont maintenues sans coût supplémentaire en cas d'opération de refinancement dès lors que celle-ci aura été envisagée dans le contrat initial conformément au

principe de spécialité qui gouverne les sûretés réelles (les créances garanties doivent être déterminées ou déterminables, sauf convention de rechargement en matière d'hypothèque et de fiducie-sûreté).

La mission de gestion des sûretés impose au seul agent des sûretés **les obligations qui incombent au créancier bénéficiaire d'une sûreté** : obligation d'information annuelle de la caution, entretien et conservation des biens gagés, réception et appréhension des biens grevés (notamment recouvrement des créances cédées ou nanties) ou de leurs fruits (dividendes d'actions nanties), etc.

En cas de défaillance du débiteur, il appartient à l'agent de **procéder aux démarches nécessaires pour réaliser les sûretés** (actionner un garant, demander l'attribution judiciaire ou l'exécution d'un pacte commissoire, etc.).

L'agent des sûretés peut, sans avoir à justifier d'un mandat spécial, exercer **toute action pour défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie et procéder à toute déclaration de créance** *(C. civ., art. 2488-9)*. L'exercice de ce pouvoir de représentation des créanciers lui impose de toujours faire expressément mention de sa qualité *(C. civ., art. 2488-8)*.

III. Le patrimoine affecté de l'agent des sûretés

Les biens et droits acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre *(C. civ., art. 2488-6, al. 3)*. À l'instar du fiduciaire, l'agent des sûretés dispose d'un **patrimoine d'affectation qui comprend les biens cédés à titre de garantie** (par ex. une « cession Dailly »), **les biens attribués par réalisation d'une sûreté**

(attribution judiciaire ou pacte commissoire), **ainsi que les fruits et produits d'un bien grevé** (par ex. les dividendes d'actions nanties).

Le patrimoine affecté à la garantie des créanciers est protégé tant de l'action des autres créanciers du débiteur que de l'action des créanciers de l'agent des sûretés.

Le droit exclusif des créanciers de l'obligation garantie sur le patrimoine affecté souffre toutefois de trois exceptions :

- Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission peuvent être saisis par les titulaires de créances nées de leur conservation ou de leur gestion *(C. civ., art. 2488-10)* ;
- Le droit de suite des créanciers régulièrement inscrits antérieurement au transfert du bien à l'agent des sûretés *(C. civ., art. 2488-10, in fine)* ;
- Lorsque le transfert à l'agent des sûretés résulte d'une fraude aux droits des autres créanciers *(C. civ., art. 2488-10, in fine)*.

Enfin, « *l'agent des sûretés est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* » *(C. civ., art. 2488-12)*. Le patrimoine affecté ne répond pas des fautes de l'agent.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– L.-J. LAISNEY, Changement de régime pour l'agent des sûretés, AJ Contrat 2017, p. 273
– M. JULIENNE, L'agent des sûretés : portée pratique et théorique de la réforme, RDC 2017, n° 3, p. 461
– A. RIÉRA, Le porte-fort et le droit des sûretés, AJ Contrat 2017, p. 262

TITRE 1

LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Fiche n° 48 Les conditions du cautionnement

Fiche n° 49 Les effets du cautionnement

Fiche n° 50 L'extinction du cautionnement

Fiche n° 51 Les sûretés personnelles non accessoires

Fiche n° 48 Les conditions du cautionnement

⏭ L'ESSENTIEL

Le cautionnement est un contrat unilatéral et accessoire par lequel une caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation d'un tiers (débiteur principal) en cas de défaillance de celui-ci. La caution doit manifester un consentement exprès visant la dette principale garantie et précisant l'étendue de son engagement. L'acte de cautionnement doit comporter une mention écrite par la caution qui indique le montant de son engagement en lettres et en chiffres. Si la caution est une personne physique, la mention écrite est une condition de forme dont l'irrégularité entraîne la nullité relative du cautionnement. Le cautionnement est soumis à des conditions de fond qui relèvent du droit commun (protection du consentement, exigence d'une contrepartie) et du droit spécial (droit des sociétés, droit des régimes matrimoniaux).

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La condition de preuve du cautionnement

I. Le champ d'application de la mention écrite par la caution

Le cautionnement conclu sous seing privé doit comporter la mention écrite par la caution de **la somme en toutes lettres et en chiffres** qu'elle s'engage à payer en cas de défaillance du débiteur principal *(C. civ., art. 1376)*.

Étant soumis aux mêmes règles de preuve que le cautionnement lui-même, le mandat de se porter caution doit comporter la mention exigée par l'article 1376 *(Cass. civ. 1re, 4 juin 2002, n° 99-21.470)*.

Le champ d'application de cette condition de preuve du cautionnement est très résiduel. En effet, les cautionnements consentis par une personne physique sont soumis à la condition de forme de l'article 2297 du Code civil. En outre, la condition de l'article 1376 est inapplicable à la preuve du cautionnement contre un commerçant *(C. com., art. L. 110-3)* ou si le montant de l'acte n'excède pas 1500 euros *(C. civ., art. 1359)*.

En définitive, la mention exigée à titre de preuve ne s'applique qu'au cautionnement consenti par une personne morale n'ayant pas la qualité de commerçant.
Par exception, l'acte notarié et l'acte sous seing privé contresigné par un avocat sont dispensés de toute mention manuscrite *(C. civ., art. 1369, al. 3 et 1374, al. 3)*.

II. Le contenu de la mention écrite

La mention doit uniquement préciser le ***quantum* de l'engagement**, à l'exclusion de toute autre information relative à l'engagement de la caution (ex. solidarité) ou à la dette garantie (ex. dette présente ou future).

Jurisprudence

La mention n'a pas à être manuscrite mais peut résulter d'un procédé d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de la mention *(pour une reconnaissance de dette : Cass. civ. 1re, 28 oct. 2015, n° 14-23.110)*.

III. La sanction de l'irrégularité de la mention écrite

À partir des années 1980, la jurisprudence a considéré que la mention manuscrite ne constituait pas une simple règle de preuve mais avait pour finalité la protection de la caution et que son défaut entraînait la nullité du cautionnement. Cette jurisprudence a provoqué un important contentieux. Elle a été progressivement assouplie dans les années 1990 avant d'être définitivement abandonnée en 2002.

Désormais, le défaut ou l'irrégularité de la mention n'entraîne pas la nullité de l'acte mais réduit sa valeur probante à celle d'un **commencement de preuve par écrit** devant être complété par des éléments extrinsèques. Ces **éléments extrinsèques** sont **appréciés souverainement par les juges du fond** et peuvent, par exemple, résulter de l'exposé de l'obligation principale sur le même *instrumentum* que celui qui constate le cautionnement *(Cass. civ. 1re, 15 janv. 2002, Bull. n° 13 ; Cass. com., 1er oct. 2002, Bull. n° 132)*.

§2 Les conditions de forme du cautionnement

I. La condition de forme imposant une mention écrite par la caution

(C. civ., art. 2297)
« *À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres.*
Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. À défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices.
La personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article ».

A Le champ d'application de la mention écrite par la caution

Depuis le 1er janvier 2022, tous les cautionnements conclus par une caution personne physique sont soumis à la condition de forme imposant une mention écrite.

Avant cette date, seuls les cautionnements consentis par une personne physique au profit d'un créancier professionnel étaient soumis, à peine de nullité, à une mention manuscrite dont la teneur était fixée par le code de la consommation.

Jurisprudence

Le cautionnement étant un contrat unilatéral, il suffit que l'original du cautionnement détenu par le créancier comporte une mention régulière pour que l'acte soit valable, peu importe que la mention apposée sur l'original détenu par la caution soit irrégulière *(Cass. com. 2 juin 2021, n° 20-10.690)*.

Bien que les articles 1369, alinéa 3 et 1374, alinéa 3, du Code civil ne visent que la mention manuscrite exigée par la loi, ces dispositions devraient exclure l'exigence de la mention écrite lorsque le cautionnement résulte d'un acte notarié ou d'un acte sous signature privée contresigné par un avocat. Une telle solution paraît logique puisqu'elle était admise lorsque le Code de la consommation imposait une mention manuscrite *(v. not. anc. art. L. 331-3)*. Par conséquent, la conclusion d'un cautionnement illimité (sans plafond) et solidaire, en particulier d'un cautionnement *omnibus*, n'est possible que par un acte souscrit en la forme authentique ou un acte contresigné par un avocat. Mais une telle solution reste à confirmer.

Jurisprudence

Le recours à l'acte authentique ou à l'acte d'avocat s'impose lorsque la caution est illettrée *(Cass. civ. 1re, 9 juill. 2015, n° 14-21.763 ; Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-27.814)*. Cependant, la caution illettrée peut désormais faire rédiger la mention par un mandataire, ce qui constitue un revirement *contra legem (Cass. com., 20 sept. 2017, n° 12-18.364)*. Cette solution est à confirmer au visa de l'article 2297.

B La nature et le contenu de la mention écrite par la caution

Le nouvel article 2297 n'impose pas que la mention soit manuscrite mais uniquement qu'elle soit **apposée par la caution elle-même**. Cette évolution s'imposait puisque dorénavant le cautionnement peut être conclu par voie électronique. Les conditions de rédaction de la mention (électronique) doivent garantir que celle-ci n'a pu être faite que par la caution.

Jurisprudence

La caution qui a cru devoir faire rédiger la mention par sa secrétaire, au lieu d'y procéder elle-même, détournant ainsi sciemment le formalisme de protection, ne peut invoquer la nullité du cautionnement en vertu du principe *fraus omnia corrumpit (Cass. com., 5 mai 2021, n° 19-21.468)*.

L'article 2297 laisse aux parties une liberté de rédaction de la mention pour éviter le retour du contentieux lié au respect scrupuleux de la mention manuscrite pré-rédigée imposée jusqu'au 1er janvier 2022 par le code de la consommation.

La mention doit exprimer deux informations fondamentales :

- **l'engagement de la caution de payer le créancier en cas de défaillance du débiteur** ;
- **la limite du montant de l'engagement de la caution, en principal et accessoires, exprimé en lettres et en chiffres**.

La jurisprudence antérieure reste utile pour apprécier l'exigence de précision et de clarté qui devrait s'imposer aux parties. Ainsi, la jurisprudence pourrait exiger que le créancier et le débiteur principal soient clairement identifiés par leur nom ou dénomination sociale *(en ce sens, Cass. com. 24 mai 2018, n° 16-24.400, mention se référant au bénéficiaire du crédit ; Cass. com. 9 juill. 2019, n° 17-22.626, mention se référant à l'enseigne du débiteur ; Cass. com., 15 nov. 2017, n° 15-27.045, erreur quant à la désignation du débiteur principal)*. Mais rien n'est moins sûr car la jurisprudence devrait accepter de se référer aux autres stipulations du cautionnement pour apprécier la clarté de la mention écrite.

Sous l'empire de la mention manuscrite, celle-ci devait préciser que le montant de l'engagement couvrait le principal, les intérêts et, le cas échéant, les pénalités et intérêts de retard. Désormais, il suffit que la mention précise que l'engagement couvre les accessoires. Il est vrai qu'une interprétation libérale de la combinaison des articles 2295 *(« le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie »)* et 2297 pourrait conduire à juger que le montant du cautionnement couvre nécessairement les accessoires et qu'ainsi leur mention est inutile. Mais ce raisonnement est loin d'être acquis. En outre, la jurisprudence avait jugé que l'omission de la mention des « *intérêts* » de la mention manuscrite n'entraînait pas la nullité du cautionnement mais limiter son étendue au principal *(Cass. com. 4 nov. 2014, n° 13-24.706)*, solution transposable à la mention écrite de l'article 2297.

De surcroît, la jurisprudence validait la mention dès lors que son irrégularité n'affectait ni le sens, ni la portée de l'engagement de la caution *(par ex. : la mention d'un engagement de* « deux cent sept mille neuf cent soixante mille euros » : *Cass. com. 9 mai 2018, n° 16-26.926)*.

L'article 2297 n'impose pas la mention écrite de la durée de l'engagement de la caution. La jurisprudence antérieure avait d'ailleurs considérablement réduit l'exigence d'une mention manuscrite de la durée en validant le cautionnement à durée indéterminée, stipulé « *jusqu'au paiement effectif des sommes dues* » *(Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-10.504)*. Désormais, non seulement le cautionnement peut être à durée déterminée ou indéterminée,

mais les parties fixent librement cette durée lorsque celle-ci est déterminée (ex. : date précise ; nombre de mensualités dues par le débiteur principal ; durée du crédit plus deux ans, etc.).

La mention écrite doit comprendre une troisième information lorsque le cautionnement est solidaire : **la caution ne peut exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions**. Il ressort des termes de la loi que la simple mention que le cautionnement est solidaire voire que la caution renonce aux bénéfices de discussion et de division paraît insuffisante. La mention doit exprimer clairement, en particulier pour une caution profane, la nature des droits auxquels elle renonce.

C La sanction de l'irrégularité de la mention écrite par la caution

L'irrégularité de la mention et *a fortiori* son absence entraîne la **nullité relative** du cautionnement. La caution peut donc renoncer à la nullité par une exécution volontaire de son engagement irrégulier en connaissance du vice qui l'affecte *(Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720)*.

Le juge a la faculté de **relever d'office la nullité** du contrat, mais il n'en a pas l'obligation si bien qu'une caution ne peut invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation l'irrégularité de la mention *(Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25.128)*.

Si la mention écrite par la caution de la renonciation aux bénéfices de discussion et/ou de division fait défaut, le cautionnement n'est pas nul, mais la caution conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. En d'autres termes, l'acte est qualifié de cautionnement simple *(C. civ., art. 2297, al. 2)*.

II. Les conditions de forme propres au cautionnement des dettes d'un locataire

La caution personne physique doit apposer la mention prévue par l'article 2297 du Code civil *(L. n° 89-462 , 6 juill. 1989, art. 22-1)*.

De plus, l'acte de cautionnement doit, à peine de nullité, faire apparaître **le montant du loyer et les conditions de sa révision** tels qu'ils figurent au contrat de location, ainsi que la reproduction de **l'avant-dernier alinéa de l'article 22-1**.

(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1, al. 6)
« Lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée indéterminée, la caution peut le résilier unilatéralement. La résiliation prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation ».

Par ailleurs, l'article 22-1 prévoit que le cautionnement ne peut pas être demandé, à peine de nullité, par un bailleur qui a souscrit une assurance, ou toute autre forme de garantie, garantissant les obligations locatives du locataire, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou à un apprenti. Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie. Si le bailleur est une personne morale autre qu'une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, le cautionnement ne peut être demandé que : – s'il est apporté par un des organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État ; – ou si le logement est loué à un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur. Dans les autres hypothèses, le bailleur est libre d'exiger un cautionnement.

(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8-1, dernier al.)
« L'acte de cautionnement des obligations d'un ou de plusieurs colocataires résultant de la conclusion d'un contrat de bail d'une colocation identifie nécessairement, sous peine de nullité, le colocataire pour lequel l'extinction de la solidarité met fin à l'engagement de la caution. »

§3 Les conditions de fond du cautionnement

I. Le consentement exprès de la caution

(C. civ., art. 2293)
« Le cautionnement doit être exprès. Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

L'engagement de la caution ne peut pas résulter de son consentement tacite (silence) ou implicite (comportement).

Jurisprudence

L'acceptation de modifier son engagement ne peut résulter de la connaissance par la caution, en sa qualité de dirigeante de la société débitrice, des modifications apportées au contrat de prêt *(Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-21.074)*.

Le consentement de la caution doit être formulé de manière univoque. Il doit viser tant la **dette principale garantie** que prévoir l'**étendue de l'engagement** de la caution, qui sont les deux composantes de l'objet de l'obligation de la caution, lequel doit être déterminable *(C. civ., art. 1163)*.

À défaut de **désignation du débiteur principal ou de l'obligation garantie**, à moins que ceux-ci soient déterminables, l'engagement de la caution est nul *(Cass. com., 14 mai 2002, n° 98-17.144 ; cep. retenant que le cautionnement n'indiquant pas le débiteur principal est un commencement de preuve par écrit : Cass. civ. 1re, 13 nov. 1997, n° 95-21.401 ; Cass. civ. 1re, 20 oct. 1993, n° 91-21.782)*.

Dès lors que le débiteur principal a été désigné par l'acte, **l'engagement de la caution ne peut être étendu aux dettes d'un autre débiteur** et seules les **dettes visées par l'acte de cautionnement** sont garanties.

Jurisprudence

Le cautionnement qui garantit le prêt consenti à une société en formation ne garantit pas la dette personnelle du représentant de la société en cas de défaut de reprise du prêt *(Cass. civ. 1re, 2 oct. 2002, n° 00-10.499)*.
Le cautionnement des dettes d'une société mère ne s'étend pas à celles de sa filiale, même lorsque ces sociétés ont été placées sous une procédure collective commune *(Cass. com., 25 nov. 1997, n° 95-15.496)*.

Cependant, la caution peut s'engager à garantir l'ensemble des dettes présentes et futures d'un débiteur principal envers un créancier (cautionnement *omnibus*). Or, le cautionnement *omnibus* s'étend aux dettes de la société absorbée par le débiteur principal envers le même créancier *(Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-18.692, qui précise que le créancier n'a pas à informer la caution des conséquences de la transmission universelle du patrimoine des sociétés absorbées à la société débitrice principale absorbante)*.

Le cautionnement qui garantit des dettes contractuelles ne s'étend pas à la garantie de dettes délictuelles *(Cass. com., 26 juin 2001, bull. civ. IV, n° 125 ; Cass. com., 3 avr. 1990, bull. civ. IV, n° 106)*.
L'acte de cautionnement, qui vise un bail dérogatoire de courte durée, les cessions éventuelles de ce bail avec l'accord de la bailleresse, ainsi que le renouvellement exprès ou tacite dudit bail et les conventions d'occupation qui lui succéderaient, ne s'étend pas au bail commercial susceptible de faire suite au bail dérogatoire *(Cass. civ. 3e, 23 mai 2013, n° 11-17.071)*.

L'**absence de date** sur l'acte de cautionnement n'est pas une cause de nullité, car elle ne fait pas obstacle à la connaissance par la caution de l'étendue de son engagement *(Cass. com., 15 mai 2019, n° 17-28.875 ; Cass. com., 1er févr. 2011, n° 09-17.411)*.

En qualité de partie, **le créancier est désigné par l'acte**. Toutefois, le cautionnement peut être conclu au profit d'un créancier seulement déterminable. Le cautionnement est alors une stipulation pour autrui conclue entre la caution et le débiteur au profit d'un créancier bénéficiaire. C'est le cas du cautionnement-flotte prévu par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance *(L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 14)*. Il s'agit du contrat par lequel un entrepreneur principal (débiteur principal) obtient d'un établissement de crédit (caution) l'engagement de garantir ses sous-traitants (créancier). Il suffit que la banque fournisse à l'entrepreneur principal une attestation de cautionnement, celui-ci lui notifiera le nom de chaque sous-traitant et l'indication du marché concerné *(Cass. civ. 3e, 20 juin 2012, n° 11-18.463)*.

II. Les vices du consentement

A L'erreur

A priori, la caution ne peut pas commettre d'erreur sur la **prestation du créancier** puisque le cautionnement est un contrat unilatéral. Pourtant, la caution qui croit s'engager afin que le débiteur obtienne de nouveaux crédits, alors que le créancier ne cherche qu'à garantir une créance antérieure commettrait une erreur *(implicitement : Cass. com., 29 oct. 2002, n° 99-11.988 ; la cour d'appel a souverainement apprécié que le créancier ne s'était pas engagé à financer des travaux de rénovation de sorte qu'un tel financement n'étant pas entré dans le champ contractuel, la caution n'a pu commettre une erreur sur la cause de son engagement : Cass. civ. 1re, 6 sept. 2017, n° 16-15.331)*.

La caution peut commettre une **erreur sur les autres garanties** fournies au créancier à condition que l'existence et l'efficacité d'autres sûretés étaient une condition déterminante de l'engagement de la *caution (erreur sur le caractère subsidiaire d'une autre garantie : Cass.*

com., 22 sept. 2015, n° 14-17.671 ; erreur sur le rang de la sûreté réelle consentie au créancier : Cass. civ. 1re, 1er juil. 1997, Bull. civ. I, n° 219 ; Cass. com., 9 juill. 2002, n° 00-14.551 ; erreur sur l'existence ou l'efficacité d'autres sûretés : Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-11.733 ; Cass. civ. 1re, 5 févr. 2009, n° 07-17.853 ; Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-19.695).

La caution ne peut invoquer une **erreur sur la solvabilité actuelle du débiteur** *(i.e. au jour de l'engagement de la caution),* sauf si elle démontre avoir fait de cette circonstance une condition de son engagement *(admettant que cette condition puisse être **tacite** : Cass. com., 1er oct. 2002, bull. civ. IV, n° 131 ; Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-10.860)*.

Enfin, l'**erreur sur la qualité du débiteur principal** est indifférente (simple motif) puisque celui-ci n'est pas partie au contrat *(contra, Cass. com., 19 nov. 2003, n° 01-01.859, s'agissant d'un débiteur frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale)*.

B Le dol

Le créancier commet un dol (manœuvres, mensonge ou dissimulation) lorsqu'il fait croire à la caution que le débiteur est en mesure d'exécuter l'obligation principale, alors qu'il sait que sa **situation est irrémédiablement compromise ou lourdement obérée** *(Cass. civ. 1re, 9 juil. 1996, n° 94-15.412)*. Le dol peut également résulter du fait pour le créancier d'avoir sciemment surpris le consentement des cautions en s'abstenant de les informer de son intention de réduire le montant de l'autorisation de découvert après libération du prêt, alors que les cautions avaient fait du **maintien des concours bancaires antérieurement consentis** au débiteur une condition déterminante de leur engagement *(Cass. com. 23 sept.*

2014, n° 13-20.766). **Le créancier est donc tenu d'informer la caution sur la situation du débiteur et sur ses intentions quant aux crédits consentis au débiteur.**

Le manquement à cette obligation d'information ne caractérise pas un dol si la caution disposait de l'information. Toutefois, la seule qualité d'associé de la caution ne permet pas de considérer que celle-ci avait connaissance de la situation du débiteur principal *(Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-15.456)*.

Le devoir d'information est d'ordre public *(C. civ., art. 1112-1, al. 5)*. La clause du cautionnement par laquelle la caution déclare s'engager en pleine connaissance de la situation financière et juridique du débiteur principal ne peut pas dispenser le créancier de son obligation *(Cass. civ. 1re, 14 mai 2009, n° 07-17.568)*.

Il en va de même de la clause qui énonce que la caution ne fait pas de la situation du débiteur une condition déterminante de son engagement *(Cass. civ. 1re, 13 mai 2003, n° 01-11.511)*.

Enfin, les manœuvres qui émanent d'un tiers, y compris le débiteur principal, ne constituent pas un dol lequel doit émaner du cocontractant *(C. civ., art. 1137 et 1138)*. Par exception, dans les **rapports entre cofidéjusseurs** (*i.e.* quant à la contribution à la dette), le dol peut être invoqué par la caution lorsqu'il émane de son cofidéjusseur *(Cass. com., 29 mai 2001, n° 96-18.118)*.

III. Le cautionnement consenti par une société

A Le respect de l'objet social

1 Le principe

Les SARL et les sociétés de capitaux (SA, SAS) sont engagées par tous les actes de leurs représentants, même s'ils sont étrangers à l'objet social.

Au contraire, **la société en nom collectif et les sociétés civiles** ne sont engagées que par les actes du gérant entrant dans l'objet social. Le cautionnement doit alors être prévu dans les **statuts** ou autorisé par une **décision unanime des associés**, sous peine de nullité. Toutefois, le cautionnement qui n'entre pas directement dans l'objet social est valable lorsqu'il existe une **communauté d'intérêts** entre la société caution et la société cautionnée *(Cass. civ. 1re, 8 nov. 2007, n° 04-17.893)*.

2 L'exigence d'une autorisation préalable dans les sociétés anonymes

Dans les **SA**, les cautions, avals et garanties (y compris les sûretés réelles pour autrui) font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance *(C. com., L. 225-35 et L. 225-68)*. À défaut, **le cautionnement est inopposable à la société** et sa conclusion ne saurait engager la responsabilité délictuelle de celle-ci *(Cass. com. 15 janv. 2013, n° 11-27.648)*. De plus, le seul fait pour le dirigeant de consentir la garantie sans l'autorisation préalable du conseil d'administration ne caractérise pas une faute détachable de ses fonctions *(Cass. com. 8 nov. 2017, n° 16-10.626 ; Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15.418)*. Il appartient donc au créancier de vérifier l'existence de l'autorisation préalable.

Le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant global qu'il fixe, autoriser le directeur général à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société *(C. com., art. R. 225-28)*. L'autorisation peut préciser le montant maximal par engagement

donné par le directeur général. En cas de dépassement du plafond global ou du plafond par engagement, une nouvelle autorisation est requise. Le dépassement n'est opposable au créancier que si l'engagement dépasse à lui seul le plafond global ou le plafond par engagement, sauf à démontrer que le créancier avait connaissance du dépassement du plafond global par l'addition des engagements déjà consentis. La durée des autorisations ne peut être supérieure à un an.

B Le respect de l'intérêt social

1 La nullité du cautionnement pour violation de l'intérêt social

La sûreté consentie par une société pour garantir la dette d'un tiers est nulle lorsqu'elle méconnait l'intérêt social de la société caution. La contrariété à l'intérêt social est une cause de nullité alors même que l'acte entre dans l'objet social, a été consenti à l'unanimité des associés ou s'il existe une communauté d'intérêts entre la société caution et la société cautionnée (notamment un intérêt intragroupe).

Jurisprudence

Est nul le cautionnement donné par une filiale au profit de sa société mère qui avait pour effet de priver la caution, sans aucune contrepartie, de ressources éventuelles, en grevant lourdement son patrimoine immobilier *(Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826)*.

L'intérêt social est méconnu lorsqu'une SCI grève son unique bien immobilier au profit d'un tiers sans aucune contrepartie, à raison du risque que son engagement fait peser sur l'existence même de la société *(Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-19.762 ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 ; Cass. civ. 3e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 ; Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438)*.

Le cautionnement d'une SCI avec affectation hypothécaire de l'immeuble dont elle est propriétaire en garantie d'une dette souscrite par une associé, et qui n'entrerait pas dans l'objet social, est frappé de nullité absolue *(Cass. civ. 1re, 18 oct. 2017, n° 16-17.184)*.

Si la valeur de l'immeuble donné en garantie par la SCI excède le montant de la dette garantie souscrite par les associés, la mise en jeu de la garantie ne peut entraîner la disparition de son entier patrimoine, de sorte que l'engagement n'est pas contraire à l'intérêt social *(Cass. civ. 3e, 21 déc. 2017, n° 16-26.500)*.

Le contrôle du respect de l'intérêt social permet de protéger les sociétés à responsabilité illimitée (sociétés civiles et sociétés en nom collectif) qui ne sont de surcroît engagées que par les actes conformes à leur objet social. En revanche, les **sociétés à responsabilité limitée** sont engagées par tous les actes de leurs représentants, y compris ceux conclus en dehors de leur objet, de sorte que **la contrariété à l'intérêt social n'est pas une cause de nullité**.

Jurisprudence

Procédant à un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation décide désormais, au visa de l'article L. 223-18 du code de commerce, que « *la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers* » *(Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504 qui casse l'arrêt ayant relevé que, s'il existait une communauté d'intérêts, aucune contrepartie directe n'était venue équilibrer l'engagement de caution de la filiale qui avait donné en garantie son unique actif immobilier ; contra, Cass. com., 13 nov. 2007, préc.)*.

La contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le président d'une société par actions simplifiée *(Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-17.600)*.

2 Les conventions interdites

Il est interdit aux gérants ou associés d'une SARL, aux administrateurs, au directeur général et aux directeurs généraux délégués d'une SA (ou membres du directoire et du conseil du surveillance) « *de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que* ***de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers*** » *(C. com., art. L. 223-21, L. 225-43, L. 225-91)*. La même interdiction s'applique au président de la SAS *(C. com., art. L. 227-1)*. Ces interdictions ne s'appliquent qu'aux personnes physiques. Elles s'étendent aux membres de leur famille proche et aux personnes interposées. La règle est sanctionnée par une **nullité absolue** *(Cass. com., 25 avr. 2006, n° 05-12.734)*.

3 L'assistance financière

Une société anonyme *« ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers » (C. com., art. L. 225-216)*. Cette règle applicable aux sociétés par actions (SA, SAS) est sanctionnée pénalement *(C. com., art. L. 242-24)* et par la nullité de l'acte irrégulier *(Cass. com., 19 déc. 2000, n° 96-22.172)*. L'interdiction s'impose en particulier dans les achats de sociétés à effet de levier (LBO) lorsqu'une société d'acquisition (holding) est constituée pour acquérir les titres d'une société cible au moyen d'un emprunt qui sera remboursé avec les dividendes versés par la société cible. Il est interdit à la société cible de consentir une sûreté (personnelle ou réelle) pour garantir l'emprunt contracté par la holding.

IV. Le cautionnement consenti par un époux

A L'autorisation du conjoint de la caution

(C. civ., art. 1415)
« Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. » (V. Fiche n° 20).

B Le sort du cautionnement en cas de divorce

Le divorce n'a aucun effet sur l'engagement de caution du conjoint.

(C. civ., art. 1387-1)
Toutefois, « *Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal judiciaire peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise.* »

Ce texte est susceptible de deux interprétations :

– soit la décision du juge n'affecte que la contribution à la dette de sorte que le conjoint déchargé reste tenu de l'obligation à la dette : il doit payer le créancier mais dispose d'un recours contre son ancien conjoint. C'est l'interprétation retenue par plusieurs décisions des juges du fond.
– soit la décision du juge supprime l'obligation à la dette de sorte que le créancier perd son action contre le conjoint déchargé.

V. La contrepartie du cautionnement

Le cautionnement a une contrepartie lorsque la **caution est intéressée**, c'est-à-dire lorsqu'elle a un intérêt à soutenir l'activité du débiteur ou lorsqu'elle est rémunérée *(le cautionnement bancaire ou rémunéré est une opération de crédit : C. mon. fin., art. L. 313-1)*.

Jurisprudence

Lorsque la société cautionnée est l'associé majoritaire de la société caution et que celle-ci a intérêt à favoriser le financement de sa société mère, laquelle pourra participer à son développement, le cautionnement a une « *contrepartie* » de sorte qu'il ne constitue pas un acte à titre gratuit au sens de l'article L. 632-1, I, 1° du Code de commerce *(Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23.020)*.

En dehors de ces hypothèses, le cautionnement n'est pas pour autant un acte de disposition à titre gratuit car la caution *solvens* dispose de recours contre le débiteur *(ex. Cass. civ. 3e, 16 nov. 1988, n° 87-13.492 excluant l'application de l'article 1422, al. 1er, du Code civil)*.

Par ailleurs, dans le célèbre arrêt *Lempereur*, la Cour de cassation a jugé que la cause de l'obligation de la caution était la considération de l'obligation prise par le créancier (ouverture de crédit) au profit de débiteur principal *(Cass. com., 8 nov. 1972, bull. civ. IV, n° 278)*. Le cautionnement a une **contrepartie dans l'avantage que le créancier procure ou a procuré au débiteur**.

Jurisprudence

La contrepartie réside dans « *le crédit octroyé au débiteur par le créancier* » *(Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-11.536)*. Et non dans la relation entre la caution et le débiteur, laquelle est un motif qui ne peut entrer dans le champ contractuel que par une stipulation expresse.

Par conséquent, **la perte par la caution de sa qualité d'associé majoritaire, de dirigeant ou d'époux est, sauf stipulation contraire, sans influence** sur le maintien de son engagement *(sous réserve du devoir d'information du rédacteur de l'acte de cession des titres de la société cautionnée : Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.454 ; et du devoir du créancier de ne pas induire en erreur les cautions sur l'étendue de leur engagement : Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-24.791)*.
Contrairement à ce que peut laisser entendre l'arrêt *Lempereur*, le cautionnement peut garantir **une dette antérieure**. L'obligation du créancier n'a pas à être prise en même temps que l'engagement de la caution. De plus, il n'est **pas interdit de se porter sciemment caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée** *(Cass. com., 10 oct. 1995, Bull. civ. IV, n° 223 ; Com. 9 déc. 1997, n° 95-13.335)*.

Mais, doit être cassé l'arrêt qui, pour refuser d'annuler le cautionnement a retenu qu'il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur insolvable, alors que ces motifs sont « *impropres à caractériser, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de* ***l'engagement souscrit par la caution après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal*** *en garantie d'une* ***dette antérieure*** *à l'ouverture de la procédure collective* » *(Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15.746)*.

En revanche, n'est pas dépourvu de contrepartie, le cautionnement souscrit pour une durée de cinq ans en garantie de crédits qui n'ont été renouvelés que pour quelque mois *(Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16.839)*.

§4 La nature du cautionnement

I. Le cautionnement commercial

A Les critères de qualification

Est commercial le cautionnement qui :

- est **par nature** un acte de commerce (cautionnement bancaire),
- constitue un acte de commerce **par la forme** (aval d'un effet de commerce : *C. com., art. L. 511-21* ; cependant, jugeant que l'aval est un engagement cambiaire gouverné par les règles propres au droit du change de sorte que l'avaliste n'est pas fondé à en invoquer la disproportion manifeste à ses biens et revenus en application des règles propres au cautionnement : *Cass. civ. 1re, 19 déc. 2013, n° 12-25.888*).
- a été conclu en garantie d'une dette commerciale *(C. com., art. L. 110-1, 11°)*. À compter du 1er janvier 2022, tout cautionnement d'une dette commerciale est un acte de commerce par accessoire. Avant cette date, le cautionnement n'était un acte de commerce par accessoire que si la caution avait la qualité de commerçant ou si elle avait un intérêt patrimonial personnel dans l'opération.

B Les intérêts de la qualification

Tout litige relatif au cautionnement commercial relève de la compétence du tribunal de commerce *(C. com. art. L. 721-3, 3°)*. Si la loi autorise les parties à soumettre tout litige relevant de la compétence du tribunal de commerce à l'arbitrage, il est prévu une exception pour le cautionnement : *« lorsque le cautionnement d'une dette commerciale n'a pas été souscrit dans le cadre de l'activité professionnelle de la caution, la clause compromissoire ne peut être opposée à celle-ci » (C. civ., art. L. 721-3, in fine)*.

Par ailleurs, si les parties ont la qualité de commerçant, le cautionnement peut stipuler une clause attributive de compétence territoriale *(CPC, art. 48)*. Si la caution est société commerciale, la solidarité est présumée.

II. Les cautionnements légal et judiciaire

Même lorsqu'il est dit légal ou judiciaire, le cautionnement requiert la conclusion d'un contrat entre un créancier et une caution.

> (C. civ. art. 2289, al. 1er)
> *« Lorsque la loi subordonne l'exercice d'un droit à la fourniture d'un cautionnement, il est dit légal. »*

Par exemple, l'usufruitier ou le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation ont l'obligation de donner caution *(C. civ., art. 601 et 626)*.

> (C. civ., art. 2289, al. 2)
> *« Lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement, il est dit judiciaire. »*

Par exemple, l'article 277 du Code civil donne pouvoir au juge d'imposer à l'époux, débiteur d'une prestation compensatoire, l'obligation de donner caution ou de souscrire un contrat garantissant le paiement de la rente ou du capital. De même, l'exécution provisoire d'un jugement peut être ordonnée sous caution *(CPC, art. 517)*. Le débiteur a l'obligation de fournir une caution solvable *(C. civ., art. 2301)*. Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit lui substituer une autre caution, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement. Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– D. MAZEAUD, « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », D. 2017, p. 1694
– M. ZOLOMIAN, « "Les cautions, avals et garanties" à l'aune de la réforme des contrats », D. 2017, p. 175
– C. JUILLET, La fin de la mention manuscrite ad validitatem dans le cautionnement de dettes locatives, RLDC 2019, n° 166, p. 21
– M. MIGNOT, Au-delà des mots : le sens et la portée de la mention manuscrite, Gaz. Pal. 2013, n° 149-150, p. 12
– J. HEINICH, Cautionnement, objet social et intérêt social : pas de nullité de l'engagement de la SAS, Dr. sociétés, 2018, n° 12, p. 18
– D. GIBIRILA, La société caution, Rev. sociétés 2011, p. 663

Fiche n° 49 Les effets du cautionnement

⏭ L'ESSENTIEL

L'engagement de la caution de payer la dette du débiteur principal est accessoire qu'il soit égal au montant de la dette principale (cautionnement indéfini) ou plafonné à un certain montant (cautionnement défini). Le cautionnement peut garantir les dettes présentes et/ou futures du débiteur principal, ce qui conduit à distinguer les obligations de règlement et de couverture. Le caractère accessoire permet à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. L'objet du cautionnement étant de garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, la caution ne peut en principe se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance. L'engagement de la caution peut être simple ou solidaire selon que la caution a renoncé ou non aux bénéfices de discussion et de division. Le cautionnement a également pour effet d'imposer au créancier des obligations d'information sur le montant de la dette principale, la durée de l'engagement de la caution et la défaillance du débiteur. Enfin, après avoir payé le créancier, la caution dispose de recours personnel et subrogatoire contre le débiteur principal.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'engagement de la caution

I. Le caractère accessoire du cautionnement

Le cautionnement est par essence un contrat accessoire :
- le cautionnement ne peut garantir qu'une obligation valable *(C. civ., art. 2293, al. 1er)* ;
- l'obligation de la caution ne peut dépasser dans son étendue ce qui est dû par le débiteur principal *(C. civ., art. 2296, al. 1er)* ;
- la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal *(C. civ., art. 2298)* ;
- lorsque l'obligation principale s'éteint, le cautionnement s'éteint par voie de conséquence (V. Fiche n° 50).

A L'étendue de l'engagement de caution

1 L'objet du cautionnement

(C. civ., art. 2296)
« Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie.
Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses ».

Même si elle s'y est engagée spécialement, la caution ne peut être tenue d'une dette plus lourde que celle du débiteur principal. L'obligation principale constitue la limite du cautionnement. Si la caution s'est engagée pour un montant supérieur à la dette principale ou à des conditions plus onéreuses, le cautionnement est **réductible**.

La caution n'est jamais tenue de payer au créancier des intérêts à un taux supérieur à celui stipulé dans le contrat principal ou de payer des intérêts alors que la stipulation d'intérêts dans le contrat principal a été annulée.

a) Cautionnement défini ou indéfini

Le cautionnement est indéfini lorsque la caution s'engage dans les mêmes termes que le débiteur principal, sans limitation par rapport à l'obligation principale. Le cautionnement est défini ou limité lorsque la caution s'engage dans la limite d'un plafond chiffré. Le cautionnement consenti par une personne physique comprend une mention qui fixe la limite de son engagement *(C. civ. art. 2297)*.

Que le cautionnement soit défini ou indéfini, il s'étend, **sauf clause contraire**, aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution *(C. civ., art. 2295)*.

Lorsqu'une partie seulement de la dette principale est cautionnée, les **paiements partiels effectués par le débiteur** s'imputent sur la partie non cautionnée *(Cass. com., 5 nov. 1968, Delfour, bull. civ. IV, n° 306)*. Au contraire, en présence de deux dettes dont l'une seulement est cautionnée, le paiement partiel s'impute d'abord sur la dette que le débiteur a le plus intérêt à acquitter *(C. civ., art. 1342-10)*, c'est-à-dire la dette cautionnée *(Cass. civ. 3e, 12 juin 2014, n° 13-18.595)*.

b) Les dettes présentes et/ou futures

(C. civ., art. 2292)
« Le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables. »

Lorsque la dette cautionnée est née (prêt), il importe peu que son exigibilité soit différée, le cautionnement porte sur une dette présente. En revanche, si la dette n'existe pas encore *(futurs contrats ; solde d'un compte courant ; ouverture de crédit qui est une promesse de prêt : Cass. com., 21 janv. 2004, n° 01-01.129)*, le cautionnement porte sur une dette future. Enfin, la dette cautionnée peut résulter d'un contrat successif à durée déterminée (bail), la dette est présente car ses éléments sont déterminés (loyers, charges). Si le contrat successif est à durée indéterminée, il s'agit d'une dette future.

À la différence des dettes présentes, le cautionnement de dettes futures fait peser sur la caution une **obligation de couverture** à exécution successive (Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1981). L'obligation de couverture, qui suppose que les dettes cautionnées soient déterminables (ex. ensemble des dettes d'une société à l'égard du créancier, i.e. un cautionnement *omnibus*), donnera lieu à une obligation de règlement « *au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront* ». L'obligation de couverture correspond à une période de garantie : les dettes nées pendant cette période sont garanties par une obligation de règlement.

Si l'obligation de couverture est à durée indéterminée, la caution dispose d'une faculté de résiliation *(C. civ. art. 2315)*. Une fois que l'obligation de couverture est éteinte, la caution reste tenue d'une obligation de règlement des dettes nées pendant la période de garantie, son obligation est alors identique à celle qui résulte d'un

cautionnement de dette présente. Si le cautionnement ne peut déroger à la faculté de résiliation unilatérale, les effets de la résiliation peuvent être aménagés *(Cass. civ. 1re, 2 juin 2004, n° 02-12.626 : maintien de la garantie pendant un délai de 90 jours après réception de la lettre de résiliation)*.

2 L'évolution de l'objet du cautionnement

a) Le terme de l'obligation principale

Les modalités qui affectent l'obligation principale (terme, condition) s'appliquent, par accessoire, à l'obligation de la caution. En revanche, l'évolution de ces modalités ne sont pas opposables à la caution si celle-ci n'y a pas consenti.

– La simple **prorogation de terme,** accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge pas la caution *(C. civ., art. 2320)*. Lorsque le terme initial est échu, la caution peut soit payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Elle est alors présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance, sauf preuve contraire apportée par le débiteur. Si la caution obtient une sûreté judiciaire, elle n'a pas à introduire une procédure visant à l'obtention d'un titre exécutoire dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, ce délai ne court qu'à compter du paiement du créancier par la caution *(CPC exéc., art. R. 511-7, al. 3)*. Enfin, l'article 2320 ne fait pas obstacle à des aménagements contractuels. Par exemple, le cautionnement peut stipuler l'interdiction d'accorder une prorogation du terme au débiteur sans l'accord de la caution.

– La décision du juge de reporter ou d'échelonner, dans la limite de deux ans, le paiement des sommes dues par le débiteur sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil, fait obstacle à l'exécution forcée de l'obligation principale mais non à son exigibilité. La caution ne peut en principe se prévaloir de cette mesure judiciaire favorable au débiteur.

– La **déchéance du terme** encourue par le débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires, et à ses cautions *(C. civ., art. 1305-5)*. Sauf **clause contraire**, la caution bénéficie du terme dont a été déchu le débiteur principal, même si celui-ci est insolvable.

Jurisprudence

En l'absence de clause contraire, la déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire du débiteur principal *(C. com., art. L. 643-1)* est sans incidence sur la situation de la caution *(pour le cautionnement d'un prêt : Cass. com., 4 nov. 2014, n° 12-35.357 ; pour le cautionnement d'un crédit-bail : Cass. com., 8 mars 1994, n° 92-11.854)*.

Mais *« le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte, est immédiatement exigible de la caution » (Cass. com., 13 déc. 2016, n° 14-16.037)*.

b) La prolongation ou le renouvellement du contrat principal

Sauf clause contraire, la caution ne garantit pas les obligations qui résultent de la prorogation, prolongation, reconduction ou renouvellement d'un contrat successif à durée déterminée (bail, ouverture de crédit). Car le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté *(Cass. com., 6 févr.*

2001, n° 97-19.130 ; Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-18.019 ; v. également, C. civ., art. 1740). Cependant, la caution peut consentir au maintien de son engagement en cas de reconduction ou renouvellement du contrat principal *(Cass. com. 11 juin 2003, bull. civ. IV, n° 94 ; Cass. civ. 3e, 5 nov. 2009, n° 08-15.433)*.

En matière de cautionnement des obligations du locataire au titre d'un bail d'habitation, l'engagement de caution est maintenu de plein droit en cas de renouvellements successifs du bail. Si l'engagement ne comporte aucune indication de durée ou si sa durée est stipulée indéterminée, le cautionnement peut être résilié unilatéralement par la caution (*L. n° 89-462, 6 juill. et 1989, art. 22-1)*. La résiliation du cautionnement prend alors effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouv elé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation.

B L'opposabilité des exceptions

(C. civ., art. 2298, al. 1er)
« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293. »

L'opposabilité des exceptions est un effet de cautionnement et non un critère de sa qualification. Dès lors que la sûreté a pour objet une obligation principale (critère de qualification), c'est-à-dire « *les sommes dues par le débiteur* », elle doit être qualifiée de cautionnement, ce qui rend nécessairement opposables les exceptions relatives au contrat principal *(Cass. com., 13 déc. 1994, Magnetti ; Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-28.728)*.

1 Le principe de l'opposabilité des exceptions appartenant au débiteur

Avant l'Ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, la caution ne pouvait opposer au créancier que les exceptions inhérentes à la dette et non les exceptions purement personnelles au débiteur. En se fondant sur cette distinction, la Cour de cassation avait rendu plusieurs décisions défavorables aux cautions en contradiction avec la règle de l'accessoire. Le nouvel article 2298 du Code civil rend ces décisions obsolètes pour les cautionnements conclus à compter du 1er janvier 2022.

La caution, qui n'est pas partie au contrat principal, n'est pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à le protéger, constitue une exception purement personnelle *(Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602)*. Sauf revirement de jurisprudence, la solution reste applicable aux cautionnements conclus avant le 1er janvier 2022 *(sur les revirements de jurisprudence conduisant de facto à l'application immédiate d'une loi nouvelle aux contrats en cours : Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411 ; Cass. soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 ; Cass. civ. 3e, 23 juin 2021, n° 20-17.554)*.

Pour les cautionnements conclus à compter du 1er janvier 2022, la caution peut invoquer la nullité relative de l'obligation principale. La confirmation du contrat par le débiteur ne paraît pas faire obstacle au droit de la caution d'invoquer la nullité relative, car la confirmation emporte renonciation aux exceptions sans préjudice des droits des tiers *(C. civ., art. 1182, al. 3)*. En revanche, si l'action en nullité est prescrite, la caution ne pourra invoquer l'exception de nullité que si le contrat principal n'a pas fait l'objet d'un commencement d'exécution *(Cass. civ. 1re, 9 nov. 1999, n° 97-16.454)*.

Le nouvel article 2298 remet aussi en cause la jurisprudence selon laquelle la prescription biennale de l'obligation principale sur le fondement de l'article L. 218-2 du Code de la consommation ne peut être opposée au créancier par la caution dès lors qu'il s'agit d'une exception personnelle procédant de la qualité de consommateur du débiteur principal *(Cass. civ. 1re, 11 déc. 2019, n° 18-16.147)*.

Mais le maintien de cette jurisprudence « *exposerait le débiteur principal au recours personnel de la caution, le privant ainsi du bénéfice de la prescription biennale (...) outre qu'elle conduirait à traiter plus sévèrement les cautions ayant souscrit leur engagement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance* », la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence conduisant à une application rétroactive de la réforme *(Cass. civ. 1re, 20 avr. 2022, n° 20-22.866)*.

À la différence du débiteur solidaire *(Cass. civ. 1re, 5 juin 2019, n° 17-27.066)*, la caution pourrait aussi, sur le fondement de l'article 2298, opposer au créancier prêteur l'exception purement personnelle tirée de l'existence d'un contrat d'assurance-décès souscrit par le débiteur.

Le nouvel article 2298 devrait encore permettre à la caution d'invoquer l'exception purement personnelle au débiteur tirée de la stipulation dans un prêt ou une convention de garantie de passif d'une clause de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge *(Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-19734 ; Cass. com., 6 juill. 2022, n° 20-20.085, s'agissant de contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'art. 2298)*.

Constituent, par exemple, des exceptions qui appartiennent au débiteur principal :

– les exceptions de nullité et celles tirées de l'inexécution du contrat (résolution, exception d'inexécution) ;
– la prescription de l'obligation principale ;
– la défaillance de la condition suspensive de l'obligation principale, étant entendu que la renonciation du créancier et du débiteur à cette condition est inopposable à la caution *(Cass. civ. 1re, 29 avr. 1997, n° 95-13.505)* ;
– la prorogation du terme accordée par le créancier *(C. civ., art. 2320)* ;
– la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal *(C. civ. art. 1347-6, al. 1er)*. La caution peut invoquer la compensation même si le débiteur principal ne l'a pas fait. Il suffit que la créance du débiteur principal contre le créancier soit certaine, liquide et exigible. La compensation s'opère **de plein droit**. L'article 1347 du Code civil dispose que la compensation « *s'opère, sous réserve d'être invoquée* (par le débiteur ou la caution), *à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies* », et non à la date où elle est invoquée ;
– la faute du créancier à l'égard du débiteur. Si la responsabilité du créancier pour soutien abusif est reconnue dans le cadre d'une procédure collective, les garanties prises en contrepartie de ses

concours peuvent être annulées ou réduites par le juge *(C. com., art. L. 650-1)*.

Jurisprudence

La compensation est une exception inhérente à la dette qui peut être invoquée par la caution, alors même que le débiteur principal y a renoncé *(Cass. civ. 1re, 1er juin 1983, Bull. n° 165 ; Cass. com., 26 oct. 1999, Bull. n° 181 ; Cass. com., 17 juill. 2001, Bull. n° 138)*.

La caution qui oppose au créancier sa responsabilité à l'égard du débiteur dispose d'une option procédurale : soit demander le simple rejet de la prétention du créancier par voie de défense au fond, soit solliciter des dommages-intérêts par voie de demande reconventionnelle et la compensation entre le montant de sa dette et celui de ces dommages-intérêts *(Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-16.836, Echaudemaison ; Cass. ch. mixte, 21 févr. 2003, n° 99-18.759 ; Cass. com., 13 déc. 2017, n° 13-24.057)*. En vertu du principe de concentration des moyens (jurisprudence *Césaréo*), la caution (qu'elle soit demanderesse ou dé fenderesse) doit se prévaloir de la faute du créancier dès l'instance relative à la première demande, sous peine de se voir opposer l'autorité de la chose jugée *(Cass. civ. 2e, 1er juill. 2021, n° 20-11.706)*.

La cession de créance ne transfère au cessionnaire que les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, de sorte que le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant, antérieur à la cession, sauf connexité avec la créance cédée. Par conséquent, le cessionnaire ne peut se voir opposer la créance de dommages-intérêts fondée sur une faute commise par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance cédée *(Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-18.413)*.

Jurisprudence

La faute du créancier à l'égard du débiteur peut résulter, par exemple, d'une rupture abusive de crédit au sens de l'art. L. 313-12 du Code monétaire et financier *(Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.583 ; Cass. com., 24 mars 2015, n° 13-16.076)* ou du manquement au devoir de conseil et de mise en garde *(Cass. com., 5 nov. 2013, n° 11-25.111 ; n.b. : à l'égard du consommateur ce devoir est sanctionné par une déchéance qui profite à la caution : C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-27)*.

La caution peut invoquer la responsabilité du prestataire de service de paiement à l'égard du débiteur en cas d'opération de paiement mal exécutée *(C. mon. fin., art. L. 133-21 et s.)* sans que lui soit opposable le délai de forclusion de l'article L. 133-24 *(Cass. com., 9 févr. 2022, n° 17-19.441 ; CJUE, 2 sept. 2021, C-337/20)*. La caution peut ainsi se prévaloir du droit commun de la responsabilité contractuelle, tandis que l'action du débiteur (utilisateur du service de paiement) contre la banque est forclose en vertu du droit spécial.

2 Les exceptions au principe de l'opposabilité des exceptions

a) L'incapacité du débiteur principal

(C. civ., art. 2293, al. 2)
« […] celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est tenu de son engagement. »

b) Les mesures favorables au débiteur consécutives à sa défaillance

(C. civ., art. 2298, al. 2)
« […] la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

La défaillance du débiteur consécutive à son insolvabilité est précisément le risque garanti par le cautionnement. Par conséquent, les mesures consécutives au placement du débiteur en procédure collective ou en situation de surendettement ne profitent pas en principe à la caution.

Par exemple, constituent des mesures légales ou judiciaires favorables au débiteur défaillant en sauvegarde, les délais et remises *(C. com., art. L. 626-18 et -19)*, la suspension des poursuites *(C. com., art. L. 622-21)*, l'arrêt du cours des intérêts *(C. com., art. L. 622-28)*, l'inopposabilité de la créance à la procédure en cas de défaut de déclaration de créance *(C. com., art. L. 622-26)* ; ces mesures étant applicables en cas de redressement judiciaire *(C. com., art. L. 631-14)*.

De même, constituent des mesures judiciaires favorables au débiteur en surendettement, les mesures de rééchelonnement de la dette, de suspension de l'exigibilité, d'effacement partiel de la dette ou encore de rétablissement personnel *(C. consom., art. L. 733-1, L. 733-4 et L. 741-2)*.

En dehors d'une procédure d'insolvabilité, le délai de paiement accordé par le juge s'apparente à une mesure judiciaire favorable consécutive à la défaillance du débiteur *(C. civ., art. 1343-5)*.

Par exception, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie bénéficient, en vertu de dispositions spéciales, des mesures favorables accordées au débiteur en procédure collective *(procédure de conciliation : C. com., art. L. 611-10-2 ; au profit des personnes physiques dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire : C. com., art. L. 622-26, al. 2, L. 622-28 et L. 631-14)*.

Jurisprudence

À la différence des mesures légales et judiciaires, les mesures conventionnelles profitent à la caution. Ainsi, la remise de dette ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal en liquidation judiciaire libère la caution, même si cette dernière a déjà été condamnée en exécution de son engagement, conformément à l'article 1350-2, al. 1er, du Code civil *(Cass. com., 25 mars 2020, n° 18-26.482 ; contra, pour les mesures consenties par les créanciers dans un plan conventionnel de redressement : Cass. civ. 1re, 13 nov. 1996, n° 94-12.856)*.

II. L'intensité de l'engagement de la caution

A Le cautionnement simple

1 Le bénéfice de discussion

(C. civ., art. 2305, al. 1er)
« Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal ».
(C. civ., art. 2305-1)
« Le bénéfice de discussion doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.
La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis, qui ne peuvent être des biens litigieux ou grevés d'une sûreté spéciale au profit d'un tiers.
Si le créancier omet de poursuivre le débiteur, il répond à l'égard de la caution de l'insolvabilité de celui-ci à concurrence de la valeur des biens utilement indiqués. »

Le caractère subsidiaire du cautionnement autorise la caution à exiger du créancier, sous forme d'une **exception dilatoire**, que celui-ci poursuive la vente forcée des biens du débiteur.

Si le créancier tarde à saisir les biens du débiteur principal indiqués par la caution, et que ceux-ci ne peuvent plus être saisis, l'engagement de la caution est réduit de la valeur desdits biens.

2 Le bénéfice de division

(C. civ., art. 2306, al. 1er et 2)
« Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions de la même dette, elles sont chacune tenues pour le tout.
Néanmoins, celle qui est poursuivie peut opposer au créancier le bénéfice de division. Le créancier est alors tenu de diviser ses poursuites et ne peut lui réclamer que sa part de la dette ».

(C. civ. art. 2306-1)
« Le bénéfice de division doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.
Il ne peut être mis en œuvre qu'entre cautions solvables. L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée par celles qui sont solvables. La caution qui a demandé la division ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité d'une autre, survenue postérieurement ».

(C. civ. art. 2306-2)
« Si le créancier a divisé de lui-même son action, il ne peut plus revenir sur cette division, même s'il y avait, au temps de l'action, des cautions insolvables ».

Chaque caution peut refuser de payer au créancier l'intégralité de la dette principale et ainsi lui imposer de diviser son recours entre les cofidéjusseurs. **L'obligation à la dette de la caution est alors égale à sa contribution à la dette**. La détermination de la part contributive s'opère comme en matière de recours entre cofidéjusseurs, à la différence qu'il ne faut pas tenir compte du montant payée par la caution exerçant son recours mais du montant de la dette principale (V. *infra*).

Chaque caution reste obligée pour toute la dette, ce qui explique qu'**en cas d'insolvabilité d'une caution, la part de celle-ci est répartie par contribution entre les autres**. C'est dire que si un seul cofidéjusseur est solvable, il sera tenu de payer l'intégralité de la dette dans la limite de son engagement. Il ne faut donc pas confondre le bénéfice de division avec la division de l'obligation plurale *(« chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune » : C. civ., art. 1309, al. 2)*.

Calcul des parts contributives	
Assiette du recours entre cofidéjusseurs	(Engagement du cofidéjusseur subissant le recours / Total des engagements) x Montant payé par le cofidéjusseur exerçant le recours
Assiette du recours du créancier en cas de division	(Engagement du cofidéjusseur actionné / Total des engagements) x Dette principale

Détermination des parts contributives en cas de division	
Exemple 1 : Dette principale de 200 ; C1 engagée pour 100 ; C2 engagée pour 50	Pas de division car, même par addition des engagements, la dette principale n'est pas intégralement garantie.
Exemple 2 : Dette principale de 200 ; C1 engagée pour 150 ; C2 engagée pour 100	Part contributive de C1 : (150/250) x 200 = 120 Part contributive de C2 : 80
Exemple 3 : Dette principale de 200 ; C1 engagée pour 200 ; C2 engagement indéfini	Part contributive de chaque cofidéjusseur : 100
Exemple 4 : Dette principale de 200 ; C1 engagée pour 100 ; C2 engagée pour 200 ; C3 engagée pour 100 mais insolvable	Part contributive : C1 = 50 ; C2 = 100 ; C3 = 50 Répartition de la part contributive de C3 Pour C1 : (50/150) x 50 = 16,66 ; Pour C2 : (100/150) x 50 = 33,33

B Le cautionnement solidaire

1 La stipulation de la solidarité

En vertu de l'article 2290, alinéa 2, du Code civil, la solidarité peut être stipulée entre la caution et le débiteur principal (ce qui exclut le bénéfice de discussion), entre les cautions (ce qui exclut le bénéfice de division), ou entre eux tous. Si le cautionnement n'est pas stipulé solidaire, la caution peut néanmoins renoncer au bénéfice de discussion et/ou au bénéfice de division *(C. civ., art. 2305, al. 2 et 2306, al. 3)*.

La solidarité ne se présume pas *(C. civ., art. 1310)*. De surcroît, elle doit faire l'objet d'une mention écrite par la caution elle-même lorsque celle-ci est une personne physique *(C. civ., art. 2297)*. En revanche, la solidarité devrait être présumée lorsque les cautions sont des sociétés commerciales qui se sont engagées à garantir un même débiteur pour une même dette et dans un même acte *(comp. Cass. civ. 1re, 27 juin 1984, n° 83-12.107)*.

2 Les effets de la solidarité

La solidarité rend les bénéfices de discussion et/ou de division inopposables au créancier.

Jurisprudence

Nonobstant la solidarité du cautionnement, les cautions peuvent consentir un même engagement ou des engagements distincts.

Si des cautions solidaires se sont engagées par actes séparés, dans la limite d'une somme équivalente, le créancier peut poursuivre chacune des cautions dans la limite de la somme pour laquelle elle s'est engagée, de sorte que le créancier se trouve garanti à hauteur du montant cumulé des engagements des cautions *(Cass. com., 22 févr. 1977, n° 75-13.800 ; Cass. civ. 1re, 1er juin 1999, n° 90-18.948)*.

En revanche, les cofidéjusseurs, qui se sont engagés solidairement à garantir le débiteur principal dans la limite d'une somme déterminée, ont limité l'unique engagement qu'ils ont souscrit ensemble, de sorte que doit être cassé l'arrêt qui a condamné chaque caution pour un montant égal à ladite somme *(Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-16.632 et n° 12-26.356 ; Cass. civ. 1re, 3 juill. 2008, n° 07-14.950)*.

La solidarité produit des effets secondaires :

- la **mise en demeure** adressée à l'un des cofidéjusseurs produit effet à l'encontre des autres ;
- l'**interruption de la prescription** à l'égard d'un cofidéjusseur vaut à l'égard des autres *(C. civ. art. 2245, al. 1er)* et même du débiteur principal *(Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-28.150)* ;
- la **demande d'intérêts** formée contre un cofidéjusseur fait courir les intérêts à l'égard de tous *(C. civ., art. 1314)* ;
- l'**autorité de la chose jugée** quant à l'obligation principale à l'égard du débiteur principal ou d'une caution solidaire est opposable aux cofidéjusseurs ;
- la remise de dette consentie à l'une des cautions solidaires libère les autres à concurrence de sa part *(C. civ., art. 1350-2, al. 2)*. En revanche, en présence de cautionnements séparés sans stipulation

de solidarité entre les cautions, la décharge consentie par le créancier à l'une des cautions n'a pas d'effet sur l'engagement des autres cautions, sauf convention contraire *(Cass. civ. 1re, 23 juin 1992, n° 91-11.064)*.

Jurisprudence

La caution solidaire placée en liquidation judiciaire peut se prévaloir du rejet de la créance garantie prononcé dans la liquidation judiciaire de son cofidéjusseur, à moins qu'il ne soit dû à une cause personnelle à celui-ci *(Cass. com., 18 nov. 2014, pourvoi n° 13-23.976)*, telle que l'insuffisance d'actif.

La caution solidaire peut former tierce opposition pour contester le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier *(Cass. com., 5 mai 2015, pourvoi n° 14-16.644)*.

III Les obligations d'information dues à la caution

L'Ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a mis fin au millefeuille des obligations légales d'information au profit de la caution et de leurs sanctions prévues par le code civil, le code de la consommation et le code monétaire et financier. Les nouveaux articles 2302 à 2304 du Code civil sont applicables dès le 1er janvier 2022, y compris aux cautionnements et aux sûretés réelles pour autrui constitués antérieurement *(art. 37)*. Par dérogation au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, ces dispositions nouvelles sont donc d'application immédiate.

A La champ d'application des obligations d'information

Les obligations d'information sont à la charge du **créancier professionnel** et profitent à la **caution personne physique** *(C. civ.,*

art. 2302).

Le champ d'application des obligations d'information est étendu dans deux hypothèses :

– dans le mois qui en suit la réception, la caution (même non professionnelle) communique à ses frais à la **sous-caution personne physique** les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303 *(C. civ., art. 2304)* ;
– les obligations d'information relatives au montant de l'obligation garantie et à la durée de l'engagement de la caution s'appliquent au cautionnement souscrit par une **personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise** *(C. civ., art. 2302, al. 3)*.

Jurisprudence

Le concours financier ne s'entend pas de toute opération de banque. Le crédit-bail et la location avec option d'achat ne sont pas des concours financiers *(Cass. com., 30 nov. 1993, Bull. n° 435 ; Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-24.592)*.
La notion d'entreprise débitrice est conçue largement puisqu'elle recouvre notamment l'activité économique exercée par une association, une société civile immobilière ou un agent d'assurance ayant seulement procédé à un achat de portefeuille d'assurances *(Cass. civ. 1re, 12 mars 2002, 3 arrêts, Bull. n° 86)*.

B L'objet des obligations d'information

Avant le 31 mars de **chaque année**, le créancier professionnel indique à la caution :

– le **montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires** restant dus au 31 décembre de l'année précédente au

titre de l'obligation garantie.
– le **terme de l'engagement** de la caution ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa **faculté de résiliation** et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

Ces obligations sont fournies aux frais du créancier.

Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la **défaillance du débiteur principal** dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement *(C. civ., art. 2303)*.

Jurisprudence

C'est au créancier de prouver, par tous moyens, que l'information a été envoyée *(Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-17.634)*. La simple production de la copie d'une lettre ne permet pas de justifier de son envoi *(Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-22.179)*. Mais le créancier n'a pas à prouver que la caution a effectivement reçu l'information envoyée *(Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-18.413)*.

C L'inexécution des obligations d'information

L'inexécution de l'obligation d'information entraîne la **déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus** :
– pour l'information relative au montant et à la durée, depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information ;
– pour l'information relative à la défaillance, depuis la date de l'incident de paiement jusqu'à la communication de l'information.

Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant ces périodes sont **imputés prioritairement sur le principal** de la dette.

C'est dire que, même en l'absence de défaillance du débiteur principal, la méconnaissance de l'obligation d'information est sanctionnée (déchéance de la garantie des intérêts ; imputation prioritaire des paiements sur le capital).

Jurisprudence

En l'absence de dol ou de fraude, l'inexécution des obligations légales d'information au profit de la caution n'est sanctionnée que par la sanction prévue par la loi (notamment la déchéance de la garantie des intérêts), à l'exclusion de dommages-intérêts *(Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-25.523)*.

« Les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel ne sont que des obligations légales sanctionnées par la déchéance du droit aux accessoires de la créance et non la contrepartie de l'obligation de la caution », de sorte que le contrat de cautionnement (unilatéral) *« n'avait **pas encore été exécuté par la seule délivrance de l'information annuelle** »* et qu'ainsi la caution pouvait invoquer l'exception de nullité du cautionnement *(Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447)*.

La prétention de la caution fondée sur le défaut d'information annuelle tend seulement au rejet de la demande en paiement des intérêts au taux contractuel formée par le créancier, de sorte qu'elle constitue un **moyen de défense au fond sur lequel la prescription est sans incidence** *(Cass. com., 6 juin 2018, n° 17-10.103)*.

D Les autres obligations d'information

1 Le cautionnement des obligations d'un bail d'habitation

(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 24, al. 3)
« Lorsque les obligations résultant d'un (bail d'habitation) sont garanties par un cautionnement, le commandement de payer est signifié à la caution dans un délai de quinze jours à compter de sa signification au locataire. À défaut, la caution ne peut être tenue au paiement des pénalités ou des intérêts de retard. »

Cette obligation se cumule avec les obligations d'information prévues par le code civil. En effet, elle porte sur une information distincte : le commandement de payer visant la clause résolutoire qui est un préalable à la résiliation de plein droit du bail d'habitation.

2 L'information relative au surendettement du débiteur principal

(C. consom. art. R. 723-4, al. 1er)
« Lorsque la commission [de surendettement] constate que le remboursement d'une ou plusieurs dettes du débiteur principal est garanti par un cautionnement, elle informe la caution de l'ouverture de la procédure, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

L'omission de cette information n'est pas sanctionnée.

§2 Les recours de la caution

I. Les recours contre le débiteur principal

La caution *solvens* peut exercer contre le débiteur principal un recours personnel *(C. civ., art. 2308)* et un recours subrogatoire *(C. civ., art. 2309)*.

Jurisprudence

Le fait de ne pas s'être prévalu de l'un de deux recours lors d'une première action en justice ayant fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée rend irrecevable l'action fondée sur l'autre recours *(Cass. com., 26 janv. 2016, n° 12-21.285)*.

Les recours personnel et subrogatoire ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, de sorte que l'établissement d'une quittance subrogative à seule fin d'établir la réalité du paiement est sans incidence sur le choix de la caution d'exercer son recours personnel *(Cass. civ. 1re, 29 nov. 2017, n° 16-22.820)*.

La caution est déchue de ses recours dans deux cas *(C. civ., art. 2311)* :

– si elle a payé le créancier sans avoir averti le débiteur qui a payé une seconde fois ;
– si elle a payé le créancier sans avoir averti le débiteur quand celui-ci disposait, au moment du paiement, de moyens de faire déclarer la créance éteinte. La caution dispose alors d'une action en restitution contre le créancier.

Jurisprudence

En cas de déchéance du recours de la caution, le débiteur principal qui a néanmoins payé la caution est fondé à demander la répétition de l'indu *(Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-28.728)*.

En cas de manquement à son obligation d'avertir le débiteur qui disposait d'un moyen de s'opposer au paiement, la caution est déchue de son droit à remboursement à hauteur des sommes que le débiteur n'aurait pas eu à acquitter *(Cass. civ. 1re, 9 sept. 2020, n° 19-14.568)*. Par exemple, la caution ne peut obtenir que le remboursement du capital avec intérêts au taux légal et non des intérêts conventionnels lorsque le débiteur principal a obtenu l'annulation du prêt. Ce faisant la jurisprudence consacre une déchéance partielle, alors que l'article 2311 dispose que « *la caution n'a pas de recours* », ce qui aurait pu s'interpréter restrictivement comme une déchéance totale.

De surcroît, la caution n'encourt pas d'autre sanction que la déchéance de ses recours, en particulier elle n'engage pas sa responsabilité civile *(Cass. civ. 1re, 23 sept. 2020, n° 18-26.771)*.

L'absence de déchéance du terme, qui ne constitue pas un moyen de faire déclarer la créance éteinte, ne prive pas la caution de son droit d'exercer son recours personnel contre le débiteur au cas où elle aurait réglé l'intégralité de la dette sans l'avertir *(Cass. civ. 1re, 25 mai 2022, n° 20-21.488)*. En revanche, la caution ne peut pas exercer le recours subrogatoire car le débiteur peut alors précisément lui opposer l'absence d'exigibilité de la créance, comme il peut le faire à l'encontre du créancier.

A Le recours personnel

Le recours personnel permet à la caution d'obtenir :

– le remboursement de ce qu'elle a payé au créancier ;

– les frais qu'elle a engagés après avoir dénoncé au débiteur les poursuites dirigées contre elle ;

– les intérêts au taux légal courent de plein droit à compter du jour de son paiement ;
– l'indemnisation des dommages subis en raison de l'exécution de son engagement et distincts du retard du remboursement *(C. civ., art. 2308)*.

La caution peut donc obtenir **plus que ce qu'elle a payé mais elle n'est créancière qu'à titre chirographaire**.

En cas de paiement partiel (la caution a limité son engagement ou n'a pas pu l'exécuter intégralement), la caution entre en **concours avec le créancier** à moins que celui-ci dispose d'une cause légitime de préférence. C'est la raison pour laquelle le contrat de cautionnement peut stipuler une **clause de non recours** par laquelle la caution renonce à tout recours contre le débiteur tant que le créancier n'a pas été intégralement désintéressé.

Le recours personnel doit être exercé dans un délai de cinq ans à compter du paiement. Toutefois, si la caution a la qualité de professionnel et qu'elle exerce son recours contre un consommateur, celui-ci est soumis au délai biennal de l'art. L. 218-2 c. cons. *(Cass. civ. 1re, 17 mars 2016, n° 14-12.494)*.

Seule la caution peut invoquer la non-réalisation de la condition stipulée dans son intérêt exclusif dans l'acte de cautionnement (apport minimum du débiteur lors de l'achat du bien financé), de sorte qu'elle peut y renoncer en payant le créancier en connaissance de cause et exercer ensuite son recours personnel contre le débiteur *(Cass. civ. 1re, 5 janv. 2022, n° 19-17.200)*.

B Le recours subrogatoire

Le recours subrogatoire permet à la caution d'exercer les droits du créancier contre le débiteur, à concurrence de son paiement effectif.

La caution ne peut réclamer **que ce qu'elle a payé, augmenté des intérêts** au taux légal à compter de la mise en demeure du débiteur *(c. civ. art. 1346-4, al. 2)*.
Elle bénéficie de tous les **accessoires de la créance**, tels que les sûretés réelles ou personnelles. Le subrogé bénéficie de la déclaration de créance effectuée par le créancier qu'il a désintéressé *(Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-16.503)*.

La caution bénéficie des actions directes dont disposait le créancier, telle que l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage *(Cass. civ. 3e, 18 mai 2017, n° 16-10.719)*.

En cas de paiement partiel, le créancier est payé en priorité *(C. civ., art. 1346-3)*.

Jurisprudence

La caution peut se voir opposer les exceptions opposables au créancier, tel le caractère abusif d'une clause du contrat de prêt *(Cass. civ. 1re, 10 oct. 2018, n° 17-20.441)*.

La caution n'a pas de recours à l'encontre de personnes envers lesquelles le créancier ne disposait d'aucun droit. Ainsi, le créancier ne dispose d'aucun recours contre la sous-caution *(Cass. com., 16 janv. 2007, n° 05-19.902)* ou contre le cofidéjusseur dont l'engagement est disproportionné *(Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13.709)*.

La caution qui est subrogée dans les droits du créancier ne dispose que des actions bénéficiant à celui-ci, de sorte que l'action subrogatoire de la caution contre le débiteur est soumise à la même prescription que celle applicable à l'action du créancier contre le débiteur, laquelle ne commence à courir que du jour où le créancier a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer *(Cass. com., 5 mai 2021, n° 19-14.486 ; v. également, Cass. civ. 3e, 11 mai 2022, n° 20-23.335)*.

C La procédure collective du débiteur

Si le débiteur est en procédure collective, la caution doit déclarer son recours personnel pour pouvoir participer aux répartitions. Elle peut même déclarer sa créance subrogatoire lorsque le créancier n'a pas procédé à la déclaration de sa propre créance.

(C. com., art. L. 622-34)
« *Même avant paiement, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent procéder à la déclaration de leur créance pour la sauvegarde de leur recours personnel.* »

Le coobligé ou la personne ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, qui a payé à la place du débiteur principal peut le poursuivre malgré la clôture de la liquidation judiciaire de celui-ci pour insuffisance d'actif *(C. com., art. L. 643-11, II)*. La caution peut ainsi exercer les recours personnel et subrogatoire, sans distinguer selon que le paiement soit antérieur ou postérieur à l'ouverture de la procédure collective *(Cass. com., 28 juin 2016, n° 14-21.810)*.

II. Le sous-cautionnement

(C. civ., art. 2291-1)
« Le sous-cautionnement est le contrat par lequel une personne s'oblige envers la caution à lui payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement. »

La sous-caution garantit les recours de la caution contre le débiteur principal. Seule la caution peut agir contre la sous-caution. Son recours est **personnel et non subrogatoire**. Car la sous-caution ne garantit pas la dette du débiteur principal envers le créancier, mais la dette du débiteur principal envers la caution qui a payé à sa place le créancier.

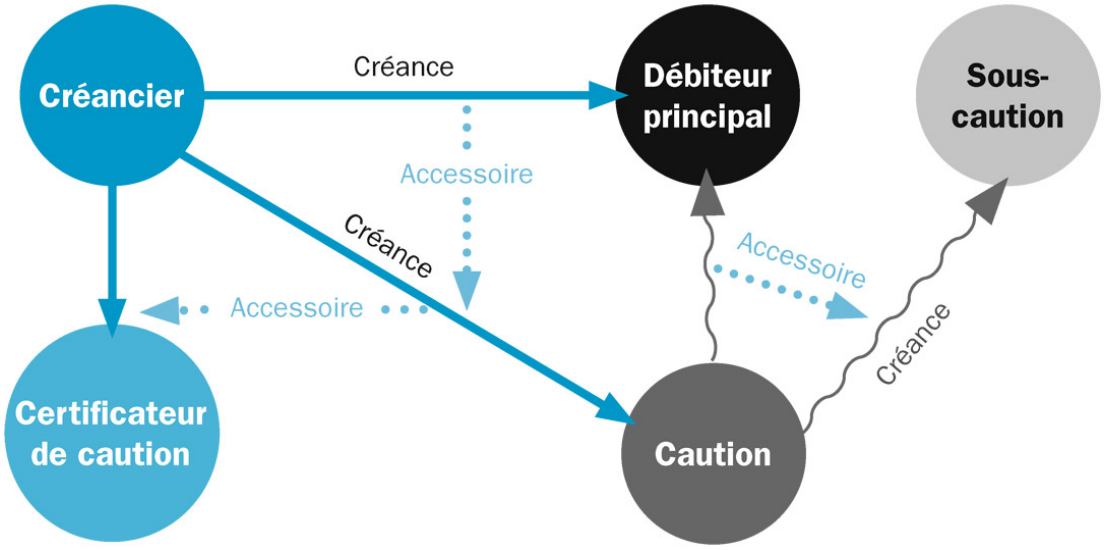
Le sous-cautionnement doit être distingué de la certification de caution qui est le contrat par lequel un tiers, certificateur de caution, s'engage envers le créancier à payer à la place de la caution, si celle-ci est défaillante *(C. civ., art. 2291)*. L'engagement du certificateur (caution de la caution) est l'accessoire de la dette de la caution (qui a alors la casquette de débiteur principal), et non de l'obligation principale.

Jurisprudence

Puisque la sous-caution couvre le risque que la caution ne puisse pas obtenir du débiteur principal le remboursement des sommes qu'elle a payées, l'obligation de la sous-caution prend naissance à la même date que l'obligation de la caution (date où le débiteur principal contracte la dette cautionnée), de sorte qu'il est sans emport que les paiements aient été effectués par la caution après l'expiration de la période de couverture de l'engagement de la sous-caution dès lors que la dette principale est née pendant cette période *(Cass. com., 9 févr. 2022, n° 19-21.942)*.

Le créancier n'étant titulaire d'aucun droit contre la sous-caution qu'il aurait pu transmettre par voie de subrogation, sa déclaration de créance au passif du débiteur principal ne peut profiter à la caution lorsqu'elle exerce son recours contre la sous-caution *(Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-18.460 ; Cass. com., 30 mars 2005, n° 00-20.733)*. C'est dire qu'il appartient soit à la caution soit à la sous-caution de déclarer la créance de la caution à l'encontre du débiteur principal afin qu'elle soit opposable à la procédure collective de ce dernier.
La sous-caution ne peut se prévaloir des exceptions du débiteur principal à l'égard du créancier initial, sauf à rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer lesdites exceptions *(Cass. com., 27 mai 2008, n° 06-19.075)*.
Elle peut invoquer les exceptions que peut opposer le débiteur principal au recours de la caution *(Cass. com., 17 sept. 2002, n° 00-14.190)*.

Sous-cautionnement et certification de caution



III. Les recours contre les cofidéjusseurs

(C. civ., art. 2312)
« En cas de pluralité de cautions, celle qui a payé a un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres, chacune pour sa part ».

La caution *solvens* doit **diviser ses recours contre les cofidéjusseurs**. Ce principe de division n'est pas d'ordre public. Les cautions peuvent convenir que l'une d'elles supportera la totalité de la dette.

Comment déterminer la part de chaque caution ? Si les cautions se sont engagées pour le même montant limité ou illimité, la répartition doit se faire par parts égales (viriles), sauf clause contraire. Si leurs engagements sont différents, alors la répartition doit se faire en proportion de leur engagement initial (l'engagement illimité d'une caution est égal au montant de l'obligation garantie).

En cas d'insolvabilité de l'une des cautions, sa part est répartie entre les autres par contribution, comme en matière de solidarité passive *(C. civ., art. 1317)*.

Dette principale de 200 ; C1 engagée sans limite ; C2 engagée pour 100. C1 a réglé le montant de la dette principale.	Part contributive de C2 : (100/300) x 200 = **66,66**

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– J.-D. PELLIER, Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 1) : le cautionnement (dispositions générales) et (Saison 2, Episode 3) : les effets du cautionnement, Dalloz Actualité, 20-21 sept. 2021
– P. CROCQ, Cautionnement *omnibus* et fusion des sociétés, RTD civ. 2018, p. 458

Fiche n° 50 L'extinction du cautionnement

⏭ L'ESSENTIEL

L'extinction de l'obligation principale emporte, par voie accessoire, l'extinction de l'engagement de la caution *(C. civ. art. 2313, al. 2)*. Le cautionnement s'éteint aussi par voie principale par application des causes d'extinction relevant du droit commun *(C. civ., art. 2313, al. 1er)* ou qui sont propres au droit du cautionnement (bénéfice de subrogation, disproportion du cautionnement, devoir de mise en garde).

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 L'extinction du cautionnement par voie accessoire

L'obligation de la caution s'éteint par suite de l'extinction de l'obligation garantie (compensation, prescription, etc.). La règle s'applique **même si l'extinction survient après la condamnation définitive de la caution**. La transmission de l'obligation principale peut également affecter l'engagement de la caution.

Jurisprudence

La décision de condamnation de la caution à exécuter son engagement, serait-elle passée en force de chose jugée, ne fait pas obstacle à ce que la caution puisse opposer l'extinction de la créance garantie pour une cause postérieure à cette décision *(Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-19.526, pour la décision du juge-commissaire refusant d'admette au passif une créance irrégulièrement déclarée qualifiée de décision de rejet de la créance, qualification qui se heurte désormais à l'article L. 624-2 modifié par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 sept. 2021 portant réforme du livre VI du code de commerce ; Cass. com., 5 déc. 1995, n° 94-14.793)*.

En revanche, si le débiteur a été condamné, la caution ne peut en principe invoquer l'extinction de l'obligation principale : la chose jugée contre le débiteur principal, relativement à la dette cautionnée, est opposable à la caution. Par exception, la caution peut invoquer la prescription de l'obligation principale, même si le débiteur a négligé de le faire, y a renoncé ou s'est laissé condamner *(Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-17.909 ; Cass. civ. 1re, 14 mars 2000, n° 98-11.770 ; v. aussi, C. civ., art. 2253)*.

LES CAUSES D'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE ACCESSOIRE

Causes d'extinction ou de transmission de l'obligation principale	Fondement	Effets sur le cautionnement
Novation	*C. civ., art. 1334*	Libération de la caution *« Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants »*
Délégation parfaite	*C. civ., art. 1337*	Libération de la caution Incertitude sur la maintien de l'engagement de la caution dans l'hypothèse où le délégant n'est pas libéré car il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation
Cession de contrat ou de dette	*C. civ., art. 1216-1 et -3, art. 1327-2 et 1328-1*	Pour l'avenir : à défaut de libération du cédant, les sûretés consenties subsistent. En cas de libération, les sûretés consenties par le cédant ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Pour les dettes antérieures à la cession : maintien de l'obligation de règlement de la caution *(Cass. com. 21 nov. 1995, n° 93-20.387)*
Cession de créance et subrogation	*C. civ., art. 1321 et 1346-3*	Maintien de l'engagement de la caution
Remise volontaire de dette	*C. civ., art. 1350-2* *C. com., art. L. 611-10-2*	Libération de la caution
Confusion	*C. civ., art. 1349-1, al. 2*	Libération de la caution

Causes d'extinction ou de transmission de l'obligation principale	Fondement	Effets sur le cautionnement
Annulation ou résolution	*C. civ., art. 2293, al. 1er* *C. civ., art. 1352-9*	Libération de la caution Par exception, *« les sûretés constituées pour la paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme »*
Compensation, Prescription	*C. civ., art. 2298*	Libération de la caution
Défaut de déclaration ou de tierce opposition en procédure de surendettement	*C. consom., art. L. 742-10 et -11 ;* *C. consom., art. L. 741-9*	Libération de la caution
Défaut de déclaration en cas d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net	*C. civ., art 792*	*« Les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci »*, ce qui *« bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte ».*

§2 L'extinction du cautionnement par voie principale

I. Les principes généraux de l'extinction par voie principale

A Les causes d'extinction par voie principale

La caution peut invoquer les causes d'extinction du droit commun (paiement, nullité, prescription, compensation, remise de dette…).

Le point de départ de la prescription de l'action en paiement contre la caution est fixé au jour où l'obligation principale est exigible et, si l'engagement de la caution est à durée déterminée, au jour de la date d'expiration de cet engagement.

L'interruption de la prescription à l'égard du débiteur (demande en justice, acte d'exécution forcée, reconnaissance par le débiteur) interrompt le délai de prescription contre la caution *(C. civ., art. 2246)*.

Le cautionnement qui stipule que la caution sera tenue dans un délai de deux ans suivant l'exigibilité de la dette fixe un délai de forclusion insusceptible de suspension ou d'interruption *(Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-23.285)*.

À défaut de précision, le délai applicable est celui du droit commun. Le créancier professionnel qui bénéficie d'un cautionnement ne fournit aucun service à la caution de sorte que le délai biennal de l'action des professionnels contre les consommateurs *(C. consom., art. L. 218-2)* ne lui est pas applicable *(Cass. civ. 1re, 6 sept. 2017, n° 16-15.331)*. En revanche, le cautionnement bancaire étant un service financier, l'action subrogatoire de la caution professionnelle contre le consommateur auquel elle a fourni ce service est soumise au délai biennal *(Cass. civ. 1re, 17 mars 2016, n° 15-12.494)*.

LE CHANGEMENT DE LA SITUATION DES PARTIES OU DU DÉBITEUR PRINCIPAL

Causes du changement	Obligation de règlement	Obligation de couverture
Qualité (dirigeant, époux) ou forme sociale des parties ou du débiteur principal	Maintenue	Maintenue, sauf stipulation contraire *(ex. : perte de la qualité de dirigeant de la caution : Cass. com. 15 oct. 1991, n° 89-19.122 ; changement de forme sociale de la caution ou du débiteur : Cass. com. 2 oct. 1979, n° 78-10.114, - 20 févr. 2001, n° 97-21.289)*
Décès de la caution *(C. civ., art. 2317)*	Maintenue	Éteinte, toute clause contraire est réputée non écrite
Décès du créancier ou du débiteur	Maintenue	Sans objet
Dissolution du créancier ou du débiteur par l'effet d'une fusion ou d'une scission *(C. civ., art. 2318, al. 1er)*	Maintenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit opposable aux tiers	Éteinte, sauf consentement contraire de la caution : – lors de l'opération, ou – à l'avance pour l'opération affectant le créancier
Dissolution de la caution par fusion ou scission *(C. civ., art. 2318, al. 2)*	Maintenue	Maintenue

Jurisprudence

La banque créancière n'est tenue à l'égard de la caution quittant ses fonctions d'aucune obligation d'information sur la persistance de son engagement ou sur l'octroi d'un nouveau crédit garanti par l'obligation de couverture *(Cass. com., 29 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 21 ; Cass. com., 8 janv. 2008, Bull. civ. IV, n° 1)*. En revanche, le rédacteur de l'acte de cession des titres sociaux doit informer le cédant du maintien de son engagement de caution nonobstant la cessation de ses fonctions.

Lorsque la caution s'est engagée à garantir le paiement des créances professionnelles cédées par le débiteur au créancier, elle ne peut être tenue que des créances cédées avant l'apport par le créancier de son fonds de commerce *(Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-27.666)*.

B Les effets de l'extinction du cautionnement

L'extinction du cautionnement par voie principale **ne libère pas le débiteur principal** *(par ex. remise de dette : C. civ., art. 1350-2 ; confusion : C. civ., art. 1349-1 ; novation : C. civ., art. 1335, al. 2)*.

Si la remise de dette intervient en contrepartie d'un paiement partiel, le débiteur est libéré à concurrence de ce paiement à l'égard du créancier, mais la caution conserve naturellement son recours.

Si la caution devient créancière du créancier, elle peut invoquer la compensation. Dans ce cas, le créancier ayant été payé, le débiteur principal est libéré, sauf le recours de la caution.

Jurisprudence

Cependant, « *la compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de la caution.* » *(Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-28.635 ; Cass. com. 6 juill. 2022, n° 20-17.279)*. La compensation s'apparente alors à une déchéance qui laisse intact le recours du créancier contre le débiteur principal.

L'extinction du cautionnement (nullité, résolution, prescription, déchéance) est, en principe, **sans effet à l'égard des cofidéjusseurs**.

Cependant :

– Si la libération d'une caution emporte la **satisfaction en tout ou partie du créancier** (par ex. un paiement) la dette commune est diminuée à due concurrence.

(C. civ., art. 1350-2, al. 2)
*« La **remise** consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part »* (*a contrario* la remise de dette ne profite pas aux autres cautions simples).

(C. civ., art. 1347-6, al. 2 et 1315)
*« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la **compensation** de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »*

(C. civ., art. 1349-1, al. 2)
*« (…) Lorsque la **confusion** concerne l'obligation d'une des cautions, le débiteur principal n'est pas libéré. Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution. »*

(C. civ., art. 1335, al. 2)
La **novation convenue entre le créancier et une caution** *« (…) libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation. »*

– Le cofidéjusseur est libéré s'il a fait du maintien des autres cautionnements la condition déterminante de son propre engagement *(Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-11.733 ; Cass. civ. 1re, 5 févr. 2009, n° 07-17.853 ; Cass. civ. 1re, 2 mai 1989, n° 87-17.599)*.

En cas d'extinction du cautionnement d'un compte courant ou de dépôt, la caution est engagée dans la limite du solde du compte au jour cette extinction. Cependant, le montant de l'engagement est diminué de toutes les remises au crédit effectuées par le débiteur jusqu'à la clôture du compte. En pratique, une clause du cautionnement stipule que les remises postérieures s'imputent prioritairement sur les avances postérieures. Nonobstant l'extinction du cautionnement, la caution serait alors tenue sans limitation de durée. C'est la raison pour laquelle *« la caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement » (C. civ., art. 2319)*.

II. Le bénéfice de subrogation

(C. civ., art. 2314)
« Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.
Toute clause contraire est réputée non écrite.
La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

A Les conditions de la décharge de la caution

1 La perte d'un droit exclusif ou préférentiel du créancier

La subrogation présente un intérêt pour la caution si le créancier disposait contre le débiteur d'un droit supérieur au droit de gage général. Le droit préférentiel confère au créancier un droit de préférence résultant d'une sûreté réelle. Le droit exclusif permet au créancier d'échapper au concours des autres créanciers du débiteur ou de faciliter le recouvrement de sa créance. Il s'agit, par exemple, de la solidarité passive, de la délégation, de la compensation, de l'action en résolution, du droit de rétention, du droit de propriété

réservée, c'est-à-dire du droit d'exercer l'action en revendication (crédit-bail, clause de réserve de propriété).

Jurisprudence

Constitue un droit préférentiel ou exclusif, la clause prévoyant une cession conditionnelle des loyers dus à l'emprunteur à compter du non-paiement d'une seule échéance *(Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-17.283)*.

Le cessionnaire d'une créance professionnelle qui s'est abstenu de notifier la cession au débiteur cédé ne fait pas perdre à la caution du cédant un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance *(Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-12.491 ; Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-18.282)*. Cette solution est contestable puisque la notification fait bénéficier le cessionnaire d'un droit exclusif au paiement de la créance cédée. Elle serait fondée sur le caractère facultatif de la notification lequel exclurait toute faute du cessionnaire *(Cass. com., 27 sept. 2016, préc.)*.

« *Le droit de participer aux répartitions et dividendes constitue un droit préférentiel* » *(Cass. civ. 1re, 3 juill. 2013, n° 12-21.126)*, de sorte que le défaut de déclaration de la créance à la procédure collective autorise la caution à invoquer la perte du bénéfice de subrogation. Encore faut-il que le créancier ait pu tirer un avantage effectif de la déclaration *(Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-07.113 ; Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-28.423)*, c'est-à-dire un paiement, au moins partiel, de sa créance dans le cadre de la procédure collective. C'est au créancier de prouver l'absence de préjudice et donc d'avantage effectif de la déclaration de créance *(Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-22.969)*.

2 La perte d'un droit certain

Le droit préférentiel ou exclusif est certain soit s'il a été constitué antérieurement ou concomitamment à la conclusion du cautionnement, soit si le créancier s'était engagé à le constituer, soit

lorsque la caution pouvait légitimement croire que ce droit serait constitué par le créancier.

Jurisprudence

La simple promesse d'hypothèque ou de nantissement n'est pas un droit certain, dès lors que la constitution de la sûreté est au seul pouvoir du promettant *(Cass. civ. 1re, 19 nov. 2009, n° 08-19.173)*.

En revanche, la mention du nantissement dans l'acte de prêt est susceptible de caractériser la croyance légitime, au moment où les cautions se sont engagées, dans le fait que le créancier prendrait une telle garantie *(Cass. com., 1er oct. 2002, n° 98-23.314)*.

Le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et bénéficie d'une sûreté provisoire (nantissement judiciaire du fonds de commerce), s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive *(Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123)*, de sorte qu'une **simple faculté du créancier devient une obligation** si la caution y trouve un intérêt.

Le créancier bénéficiaire d'une sûreté légale (ex. : hypothèque légale) s'oblige envers la caution à inscrire cette sûreté pour la rendre efficace *(Cass. civ. 1re, 3 avr. 2007, n° 06-12.531)*.

C'est dire qu'en pratique le contrat principal ou le cautionnement devront expressément exclure toute inscription de la sûreté légale pour faire obstacle aux attentes légitimes de la caution et au risque de transformation des simples facultés du créancier en des obligations lorsque le crédit est garanti par un cautionnement.

3 La faute du créancier

Constitue une **faute du créancier**, la perte du droit préférentiel ou exclusif consécutive à la décharge d'une caution ou d'un codébiteur, au défaut d'inscription d'une sûreté, de sa péremption ou de sa mainlevée *(Cass. ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296)*, au défaut de

réalisation d'une sûreté ou au fait de laisser vendre les biens grevés à bas prix, au défaut d'exercice de l'action en revendication, etc.

En revanche, le créancier est libre de choisir le mode de réalisation de sa sûreté *(C. civ., art. 2314, al. 3)*. Il s'ensuit que le créancier n'a pas l'obligation de réaliser au plus vite sa sûreté, et peut préférer attendre la vente forcée du bien grevé plutôt que d'opter pour une attribution en propriété.

La perte doit être causée par le fait exclusif du créancier, de sorte qu'il n'y a **pas de déchéance si la perte s'explique par le fait d'un tiers** (constituant ayant détourné le bien grevé, faute du débiteur principal ou du notaire).

Jurisprudence

L'article 2314, al. 3 brise la jurisprudence selon laquelle le créancier commettait une faute s'abstenant de demander l'attribution en propriété du bien grevé *(Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-15.404 ; Cass. com., 8 mars 2017, n° 14-29.819)*. En revanche, le créancier qui ne réalise pas du tout ou trop tardivement sa sûreté commet une faute.

L'article L. 642-12, al. 4, du Code de commerce prévoit que la cession de l'entreprise dans le cadre d'une liquidation judiciaire transfère la charge des sûretés réelles garantissant le remboursement du crédit ayant financé le bien cédé, sauf accord entre le cessionnaire et le créancier titulaire de la sûreté. Or, le choix du créancier d'accepter la mainlevée du nantissement grevant le fonds de commerce cédé en contrepartie du paiement partiel de la créance par le cessionnaire a pour effet de décharger les cautions ayant garanti par ailleurs le remboursement du prêt ayant financé le fonds *(Cass. com., 20 oct. 2021, n° 20-16.980, comp. Cass. com. 7 juill. 2009, n° 08-17.275)*.

La perte du nantissement sur les parts sociales d'une société absorbée résulte d'un fait fautif exclusivement imputable au créancier dès lors que celui-ci aurait pu protéger ses intérêts en mettant en œuvre le droit d'opposition au projet de fusion-absorption que lui conférait l'article L. 236-14, al. 2, du Code de commerce *(Cass. com., 23 sept. 2020, n° 19-13.378)*.

Le créancier ne commet aucune faute lorsque la mainlevée s'imposait à raison du paiement effectué par le débiteur en exécution du plan de redressement prévoyant une remise de dette *(Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-16.264)*.

En cas d'incendie de l'immeuble, le créancier hypothécaire a la faculté de prononcer la déchéance du terme et de se faire attribuer l'indemnité d'assurance, dont le non-exercice n'est pas, en lui-même, constitutif d'une faute *(Cass. civ. 1re, 22 mai 2002, n° 99-13.085)*. Cette jurisprudence pourrait être remise en cause par l'article 2314, al. 3.

Le créancier inscrit a l'obligation d'assurer la conservation du fonds de commerce et de ne pas laisser se perdre le droit au bail en cas de défaut de paiement des loyers par le locataire *(Cass. com., 3 nov. 1975, n° 74-11.845 ; contra : Cass. com., 2 avr. 1996, n° 93-19.074, qui retient que la perte du nantissement n'était pas imputable exclusivement au fait du créancier qui n'avait pas l'obligation de payer les loyers)*.

4 Le préjudice de la caution

Le créancier peut **démontrer que le maintien ou la constitution du droit ne lui aurait pas permis d'obtenir un avantage effectif**. Par exemple, lorsque le créancier disposait d'une hypothèque dont le rang ne lui aurait pas permis d'être colloqué utilement ou d'un nantissement portant sur un bien ayant perdu toute valeur, lorsque la caution subrogée dispose de sûretés suffisantes pour exercer son recours, ou encore lorsque la déclaration de créance à la procédure du débiteur n'aurait pas permis au créancier de bénéficier d'un paiement dans le cadre de la procédure collective *(Cass. civ. 1re, 3 juill. 2013, n° 12-21.126)*.

Il n'y a pas d'avantage effectif lorsque le droit du créancier **ne pouvait pas être transmis à la caution à raison de son inexistence**. Ainsi, la caution ne peut invoquer le bénéfice de subrogation lorsque son recours contre un cofidéjusseur est fermé en raison de la disproportion manifeste de l'engagement de ce dernier *(Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13.709 ; désormais la déchéance est remplacée par une réduction de l'engagement disproportionné : v. infra)*.

Suivant une même logique, l'annulation du cautionnement, même à raison de la faute du créancier (dol), ne permet pas à une autre caution d'invoquer le bénéfice de subrogation. Celle-ci ne peut qu'invoquer la nullité de son engagement pour erreur en démontrant que la pluralité de cautions en constituait une condition déterminante.

B L'étendue de la décharge de la caution

La **décharge de la caution a pour mesure la valeur du droit perdu**. Par conséquent, si le droit perdu aurait permis d'obtenir le paiement d'une partie seulement de la créance, la caution reste tenue de la différence.

La **valeur du droit perdu doit être appréciée à la date d'exigibilité de l'obligation de la caution**, c'est-à-dire à la date de la défaillance du débiteur principal *(Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-29.670)*. Toutefois, la date de la défaillance du débiteur ne peut être retenue lorsque le créancier s'est trouvé dans l'impossibilité de réaliser immédiatement son gage du fait de l'ouverture d'une procédure collective *(Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-20.458)*.

III. Le cautionnement disproportionné

1 Le principe

(C. civ. art. 2300)
« Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. »

Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, la disproportion du cautionnement entraînait une déchéance totale mais le créancier pouvait y échapper en démontrant que la caution était en mesure de payer au jour où elle était appelée.

Désormais, la disproportion entraîne une réduction de l'engagement de la caution à hauteur de ses capacités financières au jour de la

conclusion du cautionnement. Il est sans emport qu'au jour où elle est appelée la caution soit en mesure d'exécuter l'intégralité de son engagement contractuel.

La réduction est peu dissuasive car le créancier ne risque rien à obtenir un cautionnement disproportionné. Elle reste préférable à une déchéance totale et au pari sur l'avenir qu'était incité à faire le créancier dans le dispositif antérieur.

Jurisprudence

Peu importe que la caution soit avertie ou qu'elle soit le dirigeant de la société débitrice principale *(Cass. com., 12 juill. 2012, n° 11-16.355)*.

L'exception fondée sur la disproportion du cautionnement, qui peut être invoquée par la caution comme défense au fond ou moyen de défense à une mesure d'exécution forcée, échappe à la prescription *(Cass. civ. 1re, 31 janv. 2018, n° 16-24.092 ; Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-12.741)*.

La caution peut opposer la disproportion de son engagement à un cofidéjusseur qui agit contre elle en contribution *(Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13.709)*.

2 L'exigence d'une disproportion manifeste lors de la conclusion

Pour vérifier la situation financière de la caution, le créancier professionnel peut se fonder sur les **seules informations fournies par la caution**, à condition que celles-ci soient suffisantes et accompagnées de justificatifs, et en l'absence d'anomalies apparentes *(Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-13.458 ; Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-20.959 ; Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-25.651)*. Le juge ne doit pas tenir compte du passif dissimulé par la caution *(Cass. com.,*

25 sept. 2019, n° 18-14.108). En revanche, le créancier ne peut prétendre ignorer les emprunts souscrits antérieurement auprès de lui par la caution *(Cass. com., 8 janv. 2020, n° 18-19.528)*.

Il ne suffit pas que l'engagement de la caution soit pratiquement du montant de son patrimoine, la disproportion manifeste suppose qu'au jour de son engagement la caution soit dans *« l'impossibilité manifeste de faire face à son obligation avec ses biens et revenus » (Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841)*. **L'engagement doit être supérieur au patrimoine net de la caution (actif – passif)**.

Jurisprudence

C'est à la caution de prouver qu'au jour de sa conclusion le cautionnement était manifestement disproportionné *(Cass. com., 24 mars 2015, n° 14-11.936)*.

La disproportion manifeste du cautionnement s'apprécie au regard de la capacité de la caution à faire face, avec ses biens et revenus, non à l'obligation garantie, mais au montant de son propre engagement *(Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-25.390 ; Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-27.063)*.

En cas de pluralité de cautions solidaires, le montant de l'engagement est comparé aux revenus de chacune des cautions solidaires (et non de leurs patrimoines cumulés) car chacune d'elles est tenue au tout *(Cass. civ. 1re, 25 nov. 2015, n° 14-24.800 ; comp. l'obligation de mise en garde contre le risque d'endettement excessif s'apprécie au regard de l'ensemble des patrimoines des emprunteurs, codébiteurs solidaires : Cass. civ. 1re, 10 sept. 2015, n° 14-18.851)*. Il est indifférent que la même dette soit garantie par d'autres sûretés, réelles ou personnelles, consenties par des *tiers (Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-18.106)*.

L'actif de la caution ne comprend pas les revenus escomptés de l'opération garantie, car c'est justement à défaut de réussite du projet que la caution sera appelée *(Cass. civ. 1re, 3 juin 2015, n° 14-13.126 ; Cass. com., 7 janv. 2015, n° 13-27.625)*. En revanche, la valeur des titres de la caution dans la société débitrice principale, ainsi que sa créance résultant de son compte courant d'associés, doivent être prises en compte *(Cass. com., 26 janv. 2016, n° 13-28.378)*.

Si la caution est mariée, il faut intégrer à l'actif les **biens communs**. Et ce même si le conjoint de la caution n'a pas consenti au cautionnement car ce qui compte ce n'est pas l'assiette du recours du créancier, mais le patrimoine de la caution : ses biens propres et les biens communs incluant les revenus du conjoint *(Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-10.504 ; Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-14.915 ; Cass. com., 6 juin 2018, n° 16-26.182)*. Si la caution est mariée sous le régime de la séparation de biens, la disproportion s'apprécie, en l'absence de communauté, au regard de ses seuls biens et revenus personnels *(Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-23.036)*, en y incluant sa quote-part dans les biens indivis *(Cass. civ. 1re, 19 janv. 2022, n° 20-20.467)*.

Par analogie, la proportionnalité du cautionnement consenti par un entrepreneur individuel devrait s'apprécier à l'aune de ses patrimoines personnel et professionnel, même s'il ne peut engager qu'un seul de ces patrimoines par un cautionnement *(C. com., art. L. 526-22, al. 3)*.

Si deux époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts s'engagent solidairement à cautionner la même dette par deux actes distincts, la proportionnalité est appréciée en confrontant la somme de leurs engagements à l'ensemble de leurs biens et revenus propres et communs *(Cass. civ. 1re, 2 févr. 2022, n° 20-22.938)*.

Le passif comprend les dettes et les autres engagements de la caution pourvu qu'ils soient antérieurs. Le passif existant n'intègre pas les cautionnements postérieurs à celui dont la proportionnalité est appréciée.

Jurisprudence

Est compris dans le passif, le précédent cautionnement consenti par la caution *(Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-17.891)*, alors même que celui-ci a été jugé disproportionné *(Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-24.568)*. En revanche, le cautionnement déclaré nul par le juge, et donc anéanti rétroactivement, n'est pas pris en compte dans l'endettement global de la caution *(Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25.128)*.

IV. Le devoir de mise en garde

(C. civ. art. 2299)
« Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.
À défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. »

Le créancier professionnel est tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard de la caution personne physique, même si celle-ci est avertie (*i.e.* en mesure d'apprécier les risques de l'opération).

Le devoir de mise en garde ne porte que sur l'inadaptation de l'obligation du débiteur principal à ses capacités financières ; l'inadaptation de l'engagement de la caution à ses capacités financières relevant du contrôle de proportionnalité du cautionnement.

Jurisprudence

Dès lors qu'à la date de l'engagement de caution, l'ouverture de crédit était adaptée au regard des capacités financières de la société débitrice principale, la banque n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde envers la caution *(Cass. com. ,13 janv. 2015, n° 13-24.875)*.

La mise en garde porte sur l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur, et non sur l'opportunité et les risques de l'opération financée *(Cass. com., 11 avr. 2018, n° 15-27.133 ; Cass. com., 11 mars 2020, n° 19-11.151)*.
Peu importe que l'engagement de la caution ne soit pas manifestement disproportionné *(Cass. civ. 1re, 14 oct. 2015, n° 14-14.531)* ou qu'il soit adapté aux capacités financières de la caution dès lors que le prêt était inadapté aux capacités financières de l'emprunteur *(Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16.790)*.

Les conditions de la responsabilité du créancier du fait des concours consentis à un débiteur faisant ultérieurement l'objet d'une procédure collective *(C. com., art. L. 650-1)* ne s'appliquent pas l'action de la caution contre le créancier pour manquement à son devoir de mise en garde contre les risques de l'endettement né de l'octroi du prêt cautionné *(Cass. com., 12 juill. 2017, n° 16-10.793)*.

Le manquement au devoir de mise en garde entraîne la déchéance du droit du créancier contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. Avant la réforme, la caution avait droit à des dommages-intérêts en réparation de la perte de chance de ne pas se porter caution ou de réduire son engagement, ce qui entraînait une compensation. En l'absence de compensation, la caution n'aura de recours contre le débiteur principal qu'au titre de la somme qu'elle a versée au créancier *(déjà en ce sens : Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-28.635)*.

En outre, la sanction de la déchéance pourrait échapper à toute prescription, alors qu'avant la réforme du 15 sept. 2021, la

prescription de l'action en responsabilité pour défaut de mise en garde courait à compter de la mise en demeure adressée à la caution de payer à raison de la défaillance du débiteur *(Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-26.155 ; Cass. civ. 1re, 5 janv. 2022, n° 20-17.325)*.

Étant une cause de libération de la caution, la méconnaissance du devoir de mise en garde doit être présentée, dès l'instance initiale, avec l'ensemble des moyens susceptibles de faire échec à l'action du créancier *(Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-23.167)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– C. JUILLET, La sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun, RDC 2017, n° 2, p. 382
– P. PAILLER, De l'effet extinctif de la fusion-absorption sur l'engagement de la caution et sur ses accessoires, RLDC 2015, n° 123, p. 29
– M. BOURASSIN, Mise en garde des cautions : florilège de solutions favorables aux banques, Gaz. Pal. 2018, n° 21, p. 67
– A. DADOUN, Cautionnement : le principal ne suit pas l'accessoire, D. 2012, p. 1043

Fiche n° 51 Les sûretés personnelles non accessoires

⏭ L'ESSENTIEL

Deux sûretés personnelles prévues par le Code civil échappent à la règle de l'accessoire : la garantie autonome et la lettre d'intention. Le garant autonome s'oblige à payer une somme au profit d'un créancier bénéficiaire. La détermination de cette somme est indépendante du montant de l'obligation dont est tenu le donneur d'ordre qui est appelé débiteur de base. Le garant ne peut opposer au bénéficiaire aucune exception fondée sur le contrat de base. Il ne peut invoquer que les exceptions fondées sur son rapport d'obligation avec le bénéficiaire, en particulier les conditions de forme de l'appel en garantie, ainsi que la fraude ou l'abus manifestes de l'appel en garantie. De son côté, le signataire d'une lettre d'intention s'oblige à une obligation de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier, bénéficiaire de la lettre. L'obligation peut être de moyens ou de résultat. Son inexécution est sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts. Ces sûretés doivent être rapprochées d'autres garanties non accessoires qui ne sont pas qualifiées de sûreté : l'assurance-crédit, les garanties financières et les dérivés de crédit.

> **Attention** Les sûretés non accessoires ne sont pas au programme du CRFPA (arrêté du 2 oct. 2018 modifiant l'arrêté du 17 oct. 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au CRFPA).

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La garantie autonome ou à première demande

(C. civ., art. 2321)
« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers (donneur d'ordre)*, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. »*

La Convention des Nations-Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by prévoit un régime détaillé des garanties autonomes internationales. Conformément au principe d'autonomie dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux, les parties peuvent soumettre leur contrat aux règles édictées par la chambre de commerce internationale en matière de garanties internationales, notamment les règles uniformes relatives aux garanties sur demande *(RUGD 758 ou encore ISP 98 – International Standby Practices établi par l'Institute of International Banking Law & Practice)*. Le créancier peut aussi préférer être garanti par une banque de son pays laquelle bénéficiera d'une contre-garantie consentie par une banque du pays du donneur d'ordre (importateur ou entrepreneur). Le contre-garant garantit alors le recours du garant de premier rang contre le donneur d'ordre (débiteur de base).

I. La conclusion de la garantie autonome

A La qualification de la garantie autonome

Jurisprudence

« Un engagement ne peut être qualifié de garantie autonome que s'il n'a pas pour objet la dette du débiteur principal et comporte une stipulation de l'inopposabilité des exceptions »(Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-17.643)

Ces deux critères (**indifférence de l'obligation principale ; inopposabilité des exceptions**) sont cumulatifs. Certes, le garant s'engage à payer une somme en garantie de l'exécution d'un contrat de base, mais là s'arrête les références à ce contrat. **Le montant de la garantie doit être déterminé à l'avance et ne pas correspondre à un simple plafond de garantie** *(Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-18.203)*. S'engager à payer une somme déterminée en précisant qu'elle correspond, par exemple, aux factures impayées par le débiteur principal, constitue un cautionnement à raison du lien établi entre la détermination de l'obligation du garant et celle du débiteur principal. Il faut donc que l'autonomie résulte des stipulations expresses du contrat (ex. engagement de payer « *à première demande et inconditionnellement* »), et que la référence au contrat de base n'implique aucune appréciation des modalités d'exécution de celui-ci pour déterminer le montant de la garantie.

La garantie autonome suppose deux dettes distinctes, celle de l'obligation garantie et celle du garant, alors que, dans le cautionnement, il y a une seule dette (*debitum*), celle du débiteur principal, mais deux obligations (*obligatio*).

Si le montant de la garantie ne doit pas être calqué sur l'obligation principale, la garantie peut soit fixer un montant forfaitaire, soit un

montant réductible à mesure de l'exécution de l'obligation garantie (garanties glissantes ou réductibles).

Jurisprudence

La preuve de livraisons effectives permet de réduire le montant de la garantie en exécution d'une clause de réduction « *en proportion des livraisons de marchandises* » *(Cass. com., 16 juin 1992, n° 90-15.489)*.

B Les conditions de formation

Parce ce qu'elle constitue un contrat unilatéral par lequel le débiteur s'engage à payer une somme d'argent, la garantie autonome se prouve au moyen d'un acte comportant la mention écrite spéciale prévue par l'article 1376 du code civil. Par ailleurs, offrant un bel exemple d'interprétation *a fortiori*, la Cour de cassation soumet la garantie à première demande à l'article 1415 du code civil *(Cass. civ. 1re, 20 juin 2006, n° 04-11.037)*. En outre, l'autorisation préalable du conseil d'administration dans les SA s'impose pour « *les cautions, avals et garanties* », ce qui comprend à l'évidence les garanties autonomes.

L'engagement d'un garant à première demande est causé, dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu importe qu'il n'y soit pas partie *(Cass. com., 19 avr. 2005, Bull. IV, n° 91)*. La contrepartie de l'engagement du garant, au sens de l'article 1169 du code civil, résulterait ainsi du seul intérêt économique du donneur d'ordre, c'est-à-dire, nous semble-t-il, dans la simple existence d'un contrat de base.

Enfin, la garantie autonome ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit immobilier ou d'un crédit à la consommation régis par le Code de la consommation *(C. consom., art. L. 314-19)*.

En matière de bail d'habitation, une garantie autonome ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie et ne peut donc être supérieure à un mois de loyer en principal *(L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22 et 22-1-1)*.

Jurisprudence

Le bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome *(Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-21.279)*. Le créancier, professionnel du crédit, n'a donc pas à attirer l'attention du garant, averti ou non, sur les risques de l'opération eu égard à ses capacités financières.

II. L'efficacité de la garantie autonome

A L'appel en garantie

1 Les conditions de garantie

L'engagement du garant est régi par les seules stipulations de la lettre de garantie (durée de la garantie, formalités documentaires…). La lettre de garantie doit certes identifier le contrat de base, mais il est sans emport que l'obligation principale existe ou soit contestable. Si le garant est tenu à première demande, il suffira au bénéficiaire d'exiger le paiement en invoquant la défaillance du donneur d'ordre au titre du contrat de base sans avoir à la prouver, et sans que le garant puisse soulever une contestation *(Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-21.279, préc.)*. En cas de garantie documentaire, le bénéficiaire

devra fournir au garant des documents pour bénéficier de la garantie (ex. facture, connaissement, lettre de transport aérien ou de voiture, etc.). La lettre de garantie peut exiger d'autres conditions, telles que « *la non-acquisition de l'immeuble malgré la réalisation des conditions suspensives de la promesse unilatérale de vente* » *(Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-14.686)*.

2 Les modalités de l'appel en garantie

Le bénéficiaire doit exiger le paiement en des termes fermes et non équivoques. Les conditions de forme et de rédaction de l'appel en garantie prévues au contrat ou par les règles applicables à celui-ci (par ex. RUGD) doivent être rigoureusement respectées car elles sont la contrepartie de l'autonomie de la garantie *(Cass. com., 10 févr. 2015, n° 12-26.580)*.

Ce qui n'empêche pas le bénéficiaire de laisser au garant le choix de proroger la garantie plutôt que de payer.

Le délai de prescription de l'action en paiement court à compter de la date d'exigibilité du paiement, c'est-à-dire de l'appel en garantie.

Jurisprudence

Le donneur d'ordre peut engager la responsabilité du garant ou du contre-garant qui aurait payé le bénéficiaire sans que soient strictement respectées les conditions de l'appel *(Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-12.701 - application des RUGD selon lesquelles, sauf clause contraire, le bénéficiaire doit déclarer – motiver - par écrit que le donneur d'ordre a manqué à une ou plusieurs obligations prévues au contrat de base et préciser en quoi ces obligations ont été méconnues)*.

B Les exceptions opposables par le garant

1 Le principe de l'inopposabilité des exceptions

Seules les conditions prévues dans la lettre de garantie (rapports entre le garant et le bénéficiaire) peuvent être invoquées pour faire obstacle au paiement. En revanche, *« le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie » (C. civ., art. 2321)* : nullité du contrat de base *(Cass. com., 20 déc. 1982, Bull. n° 417)*, inexécution fautive du contrat de base par le bénéficiaire, terme ou montant de l'obligation garantie, prescription, compensation, etc. Le garant ne peut pas plus opposer les exceptions tenant à ses rapports avec le donneur d'ordre (par ex. défaut de paiement de la rémunération de l'octroi de la garantie).

Jurisprudence

La contre-garantie est autonome tant du contrat de base que par rapport à la garantie de premier rang *(Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-10.485)*.
« En l'absence de clause contraire, l'exigibilité de la contre-garantie n'est pas subordonnée à l'exécution par son bénéficiaire, garant de premier rang, de son propre engagement » (Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.384).

2 L'exception de fraude et d'abus manifestes

(C. civ., art. 2321, al. 2)
« Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. »

La fraude résulte notamment de la falsification d'un document nécessaire à l'appel en garantie. L'appel en garantie est abusif lorsque le bénéficiaire n'a manifestement droit à aucune garantie.

Par exemple, il est établi judiciairement que le bénéficiaire n'a aucune créance contre le donneur d'ordre *(Cass. com., 7 oct. 1997, Bull. n° 242 ; pour une sentence arbitrale : Cass. com., 17 mars 2004, n° 02-18.092)*, le bénéficiaire a reconnu lui-même par écrit (aveu, certificat de réalisation des travaux) que le donneur d'ordre avait exécuté ses obligations.

Est également abusif, l'appel manifestement extérieur au cadre dans lequel la garantie s'insère *(Cass. com., 2 déc. 1997, n° 95-16.956 – refus du donneur d'ordre de souscrire un contrat non conforme au cahier des charges ; Cass. com., 18 avr. 2000, n° 97-10.160 – inexécution d'un autre contrat que celui visé dans la lettre d'engagement)*.

En toute hypothèse, l'absence totale de droit du bénéficiaire doit résulter d'une pièce incontestable émanant de celui-ci. Car tant l'abus que la fraude doivent être manifestes, évidents. Le donneur d'ordre a intérêt à agir en référé pour bloquer la garantie.

Jurisprudence

En présence d'une contre-garantie, l'abus ou la fraude doit être le fait du garant de premier rang. « *Le caractère manifestement abusif de l'appel de la contre-garantie ne peut résulter du seul caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang, mais suppose de démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion entre le garant de premier rang, bénéficiaire de la contre-garantie, et le bénéficiaire de la garantie de premier rang* » *(Cass. com. 3 mai 2016, n° 14-28.962)*. L'abus manifeste de l'appel de la contre-garantie ne peut se déduire de l'abus manifeste de l'appel en garantie de premier rang car les deux garanties sont autonomes. Il s'ensuit que la contre-garantie est due si, au moment où le contre-garant est appelé, il ne peut être reproché au bénéficiaire – garant de premier rang – ni fraude ni abus. Certes, si l'appel de la garantie de premier rang est manifestement abusif alors le garant de premier rang devrait le savoir, mais ce n'est là qu'une supposition. Bien souvent c'est le donneur d'ordre qui s'oppose au paiement. Le garant de premier rang peut donc avoir payé sans connaître la fraude ou l'abus. Ce n'est que s'il s'accorde préalablement avec le bénéficiaire de premier rang que l'appel de la contre-garantie sera jugé manifestement abusif ou frauduleux. C'est dire que la preuve du caractère manifestement abusif de l'appel en garantie de premier rang ne permet pas, à lui seul, au contre-garant d'échapper à son obligation.

3 Succession

En cas d'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net, « *faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûreté sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte* » *(C. civ., art. 792, al. 2)*.

III. Les recours en matière de garantie autonome

1 Les recours du garant

À l'instar de la caution, le garant *solvens* dispose d'un recours personnel et d'un recours subrogatoire contre le donneur d'ordre. Par exception, si le garant a payé le bénéficiaire sans respecter les conditions prévues par la lettre de garantie *(par ex. l'appel a été reçu après la date d'expiration de la garantie : Cass. com., 12 juill. 2005, Bull. IV, n° 161)* ou s'il a négligé d'invoquer le caractère manifestement abusif de l'appel, il perd son droit au remboursement *(Cass. com., 2 déc. 1997, n° 95-17.956)*. Le garant devra alors exiger la restitution de ce qu'il a versé en exécution de la garantie, à condition de prouver la fraude ou l'abus manifeste *(Cass. com., 4 juill. 2006, n° 04-19.577)*.

2 Les recours du donneur d'ordre

Le donneur d'ordre ayant remboursé le garant dispose d'un recours contre le bénéficiaire mais sans qu'il soit fait référence à la garantie autonome, de sorte qu'il incombera à chaque partie au contrat de base de prouver l'exécution ou l'inexécution des obligations nées de ce contrat selon les règles de preuve du droit commun *(Cass. com., 31 mai 2016, n° 13-25.509)*.

IV. La transmission de la garantie autonome

(C. civ., art. 2321, al. 4)
« Sauf convention contraire, cette sûreté [la garantie autonome] ne suit pas l'obligation garantie. »

Le changement de bénéficiaire en cas de cession de créance, décès ou fusion-absorption du créancier met fin, sauf clause contraire, à la

garantie autonome.

Jurisprudence

La garantie autonome n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie *(Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158)*. Peu importe qu'il y ait transmission universelle du patrimoine du bénéficiaire par fusion, absorption ou scission, car la garantie n'est pas un accessoire *(contra, pour une garantie professionnelle : Cass. civ. 2e, 21 oct. 2004, n° 02-18.897)*. Selon certains auteurs, il faudrait dissocier la transmission à titre particulier soumise à la règle posée par l'article 2321, aliéna 4, et la transmission universelle ou à titre universelle qui imposerait le transfert de la garantie. Ce n'est pas la solution retenue par la jurisprudence.

En revanche, le décès ou la fusion-absorption du garant emporte transfert de la garantie à l'héritier ou à la société absorbante. Il n'y a pas lieu de distinguer entre obligation de règlement et de couverture, car cette distinction n'a pas de sens en matière de garantie autonome.

Quant au changement de donneur d'ordre (cession de l'obligation, décès ou fusion-absorption), une lecture littérale de l'article 2321, alinéa 4, devrait conduire à l'extinction de la garantie. Cependant, une telle interprétation n'est pas souhaitable car elle méconnait l'autonomie de la garantie de sorte que l'intransmissibilité prévue par la loi ne devrait concerner que le bénéficiaire.

§2 La lettre d'intention

I. Une garantie indemnitaire

(C. civ., art. 2322)
« La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. »

L'émetteur ou signataire de la lettre d'intention ne s'engage, ni à exécuter l'obligation du débiteur principal, ni à payer une somme d'argent. Par conséquent, l'article 1376 du Code civil n'est pas applicable *(Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-25.607)*.
Le signataire s'engage à exécuter une prestation : soutenir financièrement sa filiale, combler un déficit de trésorerie, ne pas céder sa participation dans sa filiale, ou encore « *faire tout le nécessaire* » pour que la filiale exécute ses engagements. La lettre d'intention (cette qualification prête à confusion car elle correspond également à l'acte par lequel une partie s'engage à poursuivre des négociations tout en fixant les conditions essentielles du futur accord) sert à rassurer le créancier tout en étant moins contraignante que le cautionnement.

La lettre d'intention étant qualifiée de sûreté personnelle depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, elle doit être autorisée par le conseil d'administration dans les sociétés anonymes *(C. com., art. L. 225-35 et L. 225-68)*. Enfin, il n'est pas certain que l'article 1415 du Code civil soit applicable.

Jurisprudence

La seule cession de la participation de la société signataire dans le capital de sa filiale n'a pas pour effet de rendre caduque la lettre d'intention *(Cass. com., 3 juill. 2019, n° 17-27.820)*.

II. L'intensité de l'obligation de soutien

En raison de la diversité des formules employées par la pratique, certaines « *lettres d'intention* » se limitent à un engagement moral ou d'honneur.

À l'opposé, certains actes peuvent être requalifiés en cautionnement, en particulier si le signataire s'engage à se substituer au débiteur défaillant.

Lorsque l'acte est qualifié de lettre d'intention, l'engagement contractuel de faire ou de ne pas faire correspond à une obligation de moyens ou de résultat.

Constitue une **obligation de résultat**, l'engagement de faire en sorte que les besoins de trésorerie de la filiale soient couverts au mieux pendant une durée d'une année *(Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882)*, de prendre toutes les dispositions, de garantir ou de donner l'assurance que le débiteur exécutera ses obligations, d'apporter son soutien à sa filiale pour qu'elle puisse restituer la somme due, ou encore de « *faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment vis-à-vis de la banque* » *(Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-16.186)*.

Constitue une **obligation de moyens**, la lettre dans laquelle le signataire s'engage à faire ses meilleurs efforts pour que le débiteur soit en mesure de faire face à ses obligations, s'assurer que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante, apporter un appui financier aux engagements de la filiale ou veiller à l'exécution de ses obligations par le débiteur. Il suffit alors que le signataire ait soutenu sa filiale par un ensemble de mesures jugées suffisantes, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de celle-ci, pour que l'obligation de moyens soit considérée comme exécutée *(Cass. com., 18 avr. 2000, n° 97-19.043)*.

III. L'inexécution de l'obligation de soutien

Avant d'être indemnisé, le créancier doit prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité. Le signataire de la lettre d'intention qui ne remplit pas son engagement, que celui-ci soit de moyens ou de résultat, ne commet pas nécessairement une faute. Il peut, par exemple, invoquer la force majeure.

Surtout, à la différence d'une obligation de payer, l'inexécution de la lettre est sanctionnée par des dommages-intérêts. La réparation ne sera pas nécessairement égale à la dette du débiteur de l'obligation principale. Elle peut être supérieure ou inférieure à celle-ci.

En outre, le préjudice peut résider certes dans la défaillance du débiteur mais encore faut-il démontrer que l'inexécution de la lettre d'intention est à l'origine de celle-ci.

Enfin, le signataire disposera d'un recours contre le débiteur puisque l'indemnisation emporte extinction de la dette principale.

§3 Les autres garanties non accessoires

I. L'assurance-crédit

L'assurance-crédit est un contrat d'assurance par lequel un assureur s'engage à verser à une entreprise (assurée) une indemnité en cas d'inexécution ou d'insolvabilité d'un client (débiteur principal) contre le paiement d'une prime. Le Code des assurances n'est pas applicable à l'assurance-crédit *(C. assur., art. L. 111-1)* à l'exception de certaines dispositions (notice d'information, mentions obligatoires dans la police d'assurance). Le risque d'insolvabilité est défini librement par la police, il peut résulter d'une simple défaillance ou exiger l'ouverture d'une procédure collective. La police est individuelle si elle n'assure qu'une créance. La police est globale lorsqu'elle assure un ensemble de créances, soit au titre d'une opération de l'assuré, soit en fixant des critères d'éligibilité des créances à la garantie. L'assureur peut subordonner la garantie de tout ou partie des créances à son agrément notamment lorsque la créance dépasse un certain montant. Dans ce cas, « *l'assureur crédit qui renonce à garantir les créances détenues par son assuré sur un client de ce dernier, lorsque ce client est situé en France, motive sa décision auprès de l'assuré lorsque ce dernier le demande* » *(C. assur., art. L. 113-4-1)*. La sélection des clients n'est pas purement potestative mais dépend de circonstances objectives susceptibles d'un contrôle judiciaire *(Cass. civ. 1re, 22 nov. 1989, n° 87-19.149)*.

L'assurance-crédit est soumise au principe de l'inopposabilité des exceptions. Comme toute police d'assurance, le contrat définit le risque couvert (nature de la créance, plafond d'indemnisation) et stipule des exclusions. Ainsi, la garantie est exclue lorsque le défaut de paiement à son origine dans un manquement de l'assuré (retard ou défaut de livraison). La police peut, par exemple, exclure tout sinistre lié à la poursuite des relations avec un client déjà défaillant.

Parce qu'il s'agit d'une garantie non accessoire, l'assurance-crédit ne se transmet pas au cessionnaire de la créance *(Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-14.707)*.

La police stipule toujours une franchise et un délai de déclaration du sinistre (qui peut s'étendre à tout événement aggravant le risque : modification de la situation du débiteur, prorogation du terme). La résiliation du contrat met fin à l'obligation de couverture mais pas à l'obligation de règlement concernant les créances déjà nées. En payant l'indemnité, l'assureur est subrogé dans les droits du créancier *(Cass. com., 1er déc. 2009, n° 08-20.656)*.

II. Les garanties financières professionnelles

De nombreux professionnels sont tenus de souscrire des garanties financières *(professionnels exerçant une activité de transaction immobilière, de gérance d'immeubles et de syndic de copropriété : L. n° 70-9, 2 janv. 1970, art. 3, 2° ; agence de voyages : C. tour., art. L. 211-18, II ; vendeur d'immeuble à construire : CCH, art. L. 261-10-1 ; intermédiaires d'assurance : C. ass., L. 512-7, notaire, huissier, avocat, etc.)*. La garantie financière, consentie par une société de caution mutuelle, une compagnie d'assurance ou un établissement financier, permet de couvrir le risque de défaillance du débiteur professionnel dans les cas prévus par la loi (défaut d'achèvement de l'immeuble à construire, non-restitution de fonds détenus par le professionnel pour le compte de ses clients, etc.).

Les garanties professionnelles sont autonomes *(Cass. civ. 3e, 12 mars 1997, n° 95-13.213 ; Cass. ass. plén., 4 juin 1999, sté Faraya, n° 96-18.094)*. Pour autant, « *l'autonomie de la garantie financière des courtiers* (d'assurances), *tendant à la sauvegarde des intérêts de l'assuré*

qui en est le bénéficiaire, ne fait pas obstacle à la transmission par celui-ci, par l'effet d'une cession ou d'une subrogation, du droit issu de cette garantie » (*Cass. civ. 2e, 21 oct. 2004, n° 02-18.897)*.

III. Les dérivés de crédit

Le *credit default swap (CDS)* est un contrat financier par lequel un vendeur de protection s'engage, en cas d'événement de crédit relatif à une entité de référence (le plus souvent un défaut de paiement ou la faillite d'un emprunteur), à verser une somme au profit de l'acheteur de protection. Le contrat fixe notamment la durée de la protection et le montant des primes que doit verser l'acheteur de protection. Le montant des primes est fonction du risque. L'acheteur/souscripteur transfère ainsi un risque de crédit, sans céder l'actif de référence. Cependant, le souscripteur n'est pas nécessairement un créancier ou un obligataire. Il peut acquérir un CDS en spéculant sur le défaut de l'entité pour obtenir la somme garantie ou céder son titre sur les marchés financiers.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– A.-S. BARTHEZ, « Fusion-Scission : Sort du cautionnement – Sort de la garantie autonome », *RDC* 2017, n° 2, p. 278
– T. GENICON, « Retour sur la promesse de porte-fort : qu'advient-il du porte-fort d'exécution en l'absence d'engagement du tiers ? », *RDC* 2015, n° 4, p. 827
– V. HEUZÉ, « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.* 2014, p. 493

TITRE 2

LES SÛRETÉS RÉELLES

Fiche n° 52 Les privilèges

Fiche n° 53 Le gage

Fiche n° 54 Le nantissement

Fiche n° 55 L'hypothèque

Fiche n° 56 Le droit de rétention

Fiche n° 57 Les sûretés conférant un droit de propriété

Fiche n° 52 Les privilèges

⏭ L'ESSENTIEL

Le privilège est une sûreté légale par laquelle un droit de préférence accessoire est accordé à un créancier en raison de la qualité de sa créance. Les privilèges ne confèrent pas de droit de suite *(C. civ., art. 2330 et 2376)*. Par dérogation au principe d'égalité des créanciers *(C. civ., art. 2285)*, le créancier privilégié sera payé en priorité lorsqu'il entrera en concours avec d'autres créanciers. Les privilèges immobiliers généraux portent sur tous les immeubles du débiteur, et sont dispensés de l'inscription. Si les privilèges immobiliers sont toujours généraux, la loi distingue les privilèges mobiliers généraux et spéciaux, et fixe leur classement. Enfin, le droit des procédures collectives édicte des privilèges généraux liés à ces procédures (super-privilège des salariés, frais de justice, apport en trésorerie) qui réduisent l'efficacité des autres sûretés.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les privilèges généraux

I. Les privilèges généraux sur l'ensemble des biens du débiteur

Les privilèges immobiliers sont toujours généraux et sont dispensés de la formalité de l'inscription *(C. civ., art. 2376)*. Ils priment le droit de préférence attaché au gage immobilier et à l'hypothèque *(C. civ., art. 2378)*. Ils ne confèrent qu'un droit de préférence, ce qui protège le tiers acquéreur contre l'absence de publicité de cette sûreté immobilière.

Le privilège des frais de justice prime celui des rémunérations. Il convient toutefois de tenir compte du classement des autres privilèges mobiliers généraux et spéciaux *(v. infra)*.

En présence de privilèges portant sur l'ensemble des biens du débiteur, le privilège général immobilier ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant *(C. civ., art. 2376, al. 6 : subsidiarité du privilège général immobilier)*.

A Les frais de justice

Les frais de justice bénéficient d'un privilège sur la généralité des meubles *(C. civ., art. 2331)* et des immeubles *(C. civ., art. 2377, 1°)*. Les frais de justice sont privilégiés à la condition d'avoir profité au créancier auquel le privilège est opposé. Il s'ensuit que les frais doivent avoir été, d'une part, **utiles à la conservation et à la réalisation des biens du débiteur** (voies d'exécution, liquidation des biens) et, d'autre part, **exposés dans l'intérêt commun des créanciers** (frais de scellés ou d'inventaire, frais d'un séquestre pour l'exécution de travaux ayant pour but la conservation d'un immeuble, coût d'une action oblique, expertise comptable en vue de sauvegarder l'entreprise, frais de saisie et liquidation). Les frais doivent avoir été engagés dans le cadre d'une procédure ou en vertu d'une obligation légale ou judiciaire.

B Les rémunérations et indemnités

Les articles 2331, 3° et 2377, 2° énumèrent les rémunérations et indemnités garanties par un privilège général mobilier et un privilège général immobilier, ce qui concerne notamment les salaires des six derniers mois.

II. Les autres privilèges généraux mobiliers

Bénéficient également d'un privilège sur l'ensemble des meubles du débiteur : les frais funéraires, certaines créances agricoles, les créances du Trésor public et de la sécurité sociale. Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331 *(C. civ., art. 2332-2)*.

A Le privilège du Trésor public

Le Trésor dispose de privilèges généraux s'exerçant sur les meubles du contribuable qui garantissent le paiement des impôts *(CGI, art. 1920, 1924, 1926, 1927, 1929, etc.)*.

En général, les privilèges du Trésor **priment tous les privilèges mobiliers généraux et spéciaux**.

Le privilège du Trésor peut être subordonné à une **publicité** au Registre des sûretés mobilières *(C. com., art. R. 521-2, 13°)*, sous peine d'être inopposable à la procédure collective du débiteur *(CGI, art. 1929, quater, 7)*. Ainsi les créances contre les commerçants et personnes morales de droit privé, même non commerçantes, au titre de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les bénéfices des sociétés donnent lieu à inscription lorsque leur montant dépasse, au terme d'un semestre civil, un seuil de 200 000 euros *(CGI, art. 416 bis, annexe 3)*.

Jurisprudence

Il résulte de l'article 1920 2, 2° du CGI qu'en matière de taxe foncière, le Trésor bénéficie d'un droit de suite sur les loyers qui lui permet d'adresser une saisie administrative à tiers détenteur au locataire de l'immeuble même si l'immeuble n'appartient plus au débiteur de l'impôt *(Cass. com., 28 mars 2006, n° 03-13.822)*. Afin de se prémunir contre ce risque, l'acquéreur de l'immeuble doit exiger du vendeur un justificatif de paiement de la taxe foncière ou une garantie.
Cependant, en permettant de recouvrer la créance de taxe foncière de l'ancien propriétaire sur les loyers dus au nouveau propriétaire, qui n'est ni le redevable légal de cet impôt ni tenu solidairement à son paiement, l'article 1920, 2, 2° porte à son droit de propriété une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi *(Cons. const., 13 mai 2022, QPC n° 2022-992, Sté Les roches)*.

B Le privilège de la Sécurité sociale

Les caisses de sécurité sociale et les institutions de retraite complémentaire bénéficient d'un privilège général mobilier qui garantit pour l'essentiel le paiement des cotisations pendant un an à compter de leur date d'exigibilité *(CSS, art. L. 243-4)*. Les créances supérieures à un montant fixé par décret *(CSS, art. D. 243-3)* dues par les commerçants, professionnels et personnes morales doivent être inscrites au Registre des sûretés mobilières *(C. com. art. 521-2, 14°)*.

Le privilège des caisses de sécurité sociale vient au même rang que le privilège des salariés *(C. civ., art. 2332-2)*. Ces créances privilégiées sont donc le cas échéant payées par concurrence.

Les cotisations ne sont pas assimilées à une créance privilégiée de salaires, de sorte qu'elles ne profitent pas de la priorité de paiement

des salaires prévue par l'article L. 625-8 du Code de commerce *(Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.649)*.

§2 Les privilèges mobiliers spéciaux

Les privilèges spéciaux ne portent que sur certains biens du débiteur. Le Code civil prévoit quatre privilèges mobiliers spéciaux *(C. civ., art. 2332)*. Il en existe d'autres tels que les privilèges du transporteur de marchandises et du commissionnaire *(C. com., art. L. 133-7 et L. 132-2)* ou encore le super-privilège des obligations foncières *(CMF, art. L. 513-11)*.

I. Le privilège du bailleur d'immeuble

Toutes les sommes dues en exécution du bail ou de l'occupation d'un immeuble sont garanties par un privilège sur le mobilier garnissant les lieux et appartenant au débiteur *(C. civ., art. 2332, 1°)*. Ces dispositions issues de l'ordonnance du 15 septembre 2021 réduisent l'assiette du privilège qui auparavant portait également sur le mobilier appartenant à des tiers.

Le privilège bénéficie à tous les bailleurs d'immeuble, qu'ils soient propriétaire, usufruitier ou même locataire principal en cas de sous-location, et quelle que soit la nature du bail. En revanche, le crédit-bailleur et le propriétaire du fonds de commerce en cas de location-gérance ne disposent pas d'un tel privilège.

Les créances de toute nature du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire bénéficient d'un privilège sur les meubles garnissant les lieux appartenant au copropriétaire, ainsi que sur les sommes dues par le locataire à son bailleur *(L. n° 65-557 , 10*

juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 19, al. 5). Ce privilège a le même rang que celui du bailleur.

II. Le privilège du conservateur

Les **frais exposés pour la conservation** d'un meuble *(C. civ., art. 2332, 2°)* doivent avoir eu pour résultat de profiter aux créanciers en prévenant la perte totale ou partielle de leur gage. L'amélioration de la chose ne bénéficie ainsi d'aucun privilège, pas plus que les primes d'assurance qui ne confèrent qu'un droit éventuel au paiement de l'indemnité. Le privilège ne porte que sur la chose conservée et n'accorde **aucun droit de suite**, de sorte que le réparateur ayant permis la conservation de la chose perd son privilège en cas de vente du bien réparé *(Cass. com., 20 juin 1978, n° 76-15.279)*.

III. Le privilège du vendeur de meuble

Le vendeur de meuble a un droit de préférence qui garantit sa créance correspondant **au prix et à ses accessoires** *(C. civ., art. 2332-3°)*. Encore faut-il que le bien vendu se trouve dans le même état en possession du débiteur et n'ait pas été perdu, transformé ou cédé. En effet, le vendeur ne dispose d'**aucun droit de suite**. C'est dire que son privilège est moins protecteur qu'une clause de réserve de propriété ou qu'un gage. En outre, le privilège du commissionnaire de transport sur les marchandises *(C. com., art. L. 132-2)* prime celui du vendeur de meubles *(Cass. com., 8 juill. 1981, Bull. civ. IV, n° 311)*. En plus, le commissionnaire dispose d'un droit de rétention sur les marchandises.

L'ordonnance du 15 septembre 2021 a supprimé le droit du vendeur de revendiquer le meuble. Cependant, le code de commerce prévoit toujours, en cas de procédure collective de l'acheteur, que « *peuvent*

être revendiquées les marchandises expédiées au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte » (C. com. art. L. 624-12, al. 1er).

IV. Le privilège du salarié d'un travailleur à domicile

Les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile a un privilège sur les sommes dues à ce travailleur par le donneur d'ouvrage *(C. civ., art. 2332, 4)*. Le travailleur à domicile est un salarié soumis à un statut particulier *(C. trav., art. L. 7412-1)* et qui peut exercer son activité en faisant appel à un seul auxiliaire lui-même salarié.

Le classement des privilèges

Les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux *(C. civ., art. 2332-1)*. En vertu de l'article 2332-3, ils s'exercent dans l'ordre suivant :

« 1° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont postérieurs à la naissance des autres privilèges ;

2° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ;

3° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont antérieurs à la naissance des autres privilèges ;

4° Le privilège du vendeur de meuble (et de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile) ;

5° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui connaissait l'existence des autres privilèges.

Entre les conservateurs du même meuble, la préférence est donnée au plus récent ».

Le **droit de préférence conféré par le gage** s'exerce au rang du privilège du bailleur d'immeuble *(C. civ., art. 2332-4)*.

Jurisprudence

En cas d'erreur du notaire sur l'ordre des privilèges (paiement de l'URSAFF et du créancier nanti sur un fonds de commerce avant le Trésor public), le paiement des créanciers privilégiés n'ouvre pas droit à répétition de l'indu, dès lors qu'il intervient sans porter atteinte à l'égalité des créanciers *(Cass. civ. 1re, 24 oct. 2019, n° 18-22.549)*.

Le principe d'égalité des créanciers est inapplicable aux créanciers privilégiés.

En revanche, le créancier chirographaire qui a reçu un paiement au mépris de la règle de l'égalité des créanciers est tenu à répétition de l'indu *(Cass. com., 1er févr. 2011, n° 09-11.529)*.

La solution est différente en cas de répartition dans le cadre d'une procédure collective.

(C. com., art. L. 643-7-1)
« Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. »

§3 Les privilèges en procédure collective

A Les procédures de sauvegarde et de redressement

1° Le super-privilège des salariés

Les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail (dans la limite d'un plafond mensuel égal à deux fois le plafond pour le calcul des cotisations de sécurité sociale) et les indemnités de congés payés *(C. trav., art. L. 3253-2 et L. 3253-*

4) sont garanties par un super-privilège. Ce super-privilège prime toutes les autres créances, même postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective *(C. com., art. L. 622-17, II)*. Le tiers qui a payé les salaires contre quittance subrogative ou en vertu d'une disposition légale (not. l'AGS – Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés) bénéficie du super-privilège. Toutefois, « *le super-privilège des salaires ne peut faire obstacle à l'attribution judiciaire d'un gage* » *(Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-17.399)*, de sorte que celle-ci a pour effet de soustraire le bien attribué de l'assiette du recours des bénéficiaires du super-privilège *(C. com. art. L. 642-20-1, al. 2)*.

2° Les sommes dues aux producteurs agricoles par leurs acheteurs sont payées, à due concurrence du montant total des produits livrés par le producteur agricole au cours des quatre-vingt-dix jours précédant l'ouverture de la procédure *(C. com., art. L. 624-21)*.

3° Les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure *(C. com., art. L. 622-17, II)*.

4° Le privilège de conciliation ou de « *new money* ».
Bénéficie de ce privilège, le nouvel apport en trésorerie consenti au débiteur, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. En bénéficie aux mêmes conditions, la créance de prix d'un bien ou d'un service fourni au débiteur *(C. com., art. L. 611-11)*.

5° Les créances postérieures nées pour les besoins de la procédure

Il s'agit des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période *(C. com., art. L. 622-17, II)*. Ces créances sont en principe payées à leur échéance. À défaut, elles sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés (sauf celles du 1° au 4°) à condition d'avoir été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur. Leur paiement s'effectue selon le sous-ordre suivant *(C. com., art. L. 622-17, III)* :

i) Les **créances salariales** dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS (en effet, les institutions de garantie ne sont subrogées dans les droits des salariés que sous certaines conditions : *C. trav., art. L. 3253-16*).

ii) Les **créances résultant d'un nouvel apport de trésorerie** consenti en vue d'assurer la poursuite de l'activité pour la durée de la procédure.

iii) Les **créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis** conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant a consenti un délai de paiement.

N.B. : Les apports de trésorerie (ii) et les délais de paiement (iii) sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une publicité.

(iv) Les **autres créances** nées pour les besoins de la procédure selon leur rang.

6° Les autres créances postérieures et les créances antérieures au jugement d'ouverture selon leur rang

B La liquidation judiciaire

Sans préjudice du **droit de propriété ou de rétention** opposable à la procédure collective et des dispositions des articles L. 622-17 et L. 641-13, le montant de l'actif distribuable est réparti dans l'ordre suivant *(C. com., art. L. 643-8)* :

1° Les **subsides** prévus à l'article L. 631-11 restés impayés ;

2° Les créances garanties par le **super-privilège** des salariés ;

3° Les **frais de justice** nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ;

4° Les **créances agricoles** garanties par le privilège prévu par l'article L. 624-21 ;

5° Le créances garanties par le **privilège de conciliation** ;

6° Les créances garanties par des **sûretés immobilières** ;

7° Les créances de **salaires** restées impayées à l'échéance dont le montant n'a pas été avancé ;

8° Les créances garanties par le **privilège de nouvel apport en trésorerie** ;

9° Les créances résultant de **l'exécution des contrats poursuivis** et dont le cocontractant a consenti un délai de paiement ;

10° Les sommes dont le montant a été avancé en application du 5° de l'article L. 3253-8 du Code du travail (**assurance du paiement des salaires** en cas de liquidation) ;

11° Les **autres créances** (postérieures) non soumises à l'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L. 622-7, restées impayées, selon leur rang ;

12° Les créances garanties par le **privilège du Trésor** ;

13° Les créances garanties par un **nantissement**, par le **privilège du bailleur** prévu à l'article 2332 du code civil dans la limite de six mois de loyers et celles garanties par le **privilège du vendeur du fonds de commerce** ;

14° Les créances de toutes natures en matière de **contributions indirectes** et celles mentionnées à l'article 379 du Code des douanes ;

15° Les **créances chirographaires**, en proportion de leur montant.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– Sûretés et garanties de recouvrement, Sûretés réelles, Privilège du Trésor : https://bofip.impots.gouv.fr
– M. JULIENNE, Privilèges mobiliers spéciaux, Rép. civ. 2021
– J.-D. PELLIER, Privilèges généraux, Rép. civ. 2021

Fiche n° 53 Le gage

⏭ L'ESSENTIEL

Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs *(C. civ. art. 2333)*. Conformément au principe de spécialité qui préside aux sûretés réelles, les créances garanties et les meubles corporels gagés doivent être déterminés ou déterminables. L'opposabilité du gage aux tiers résulte de la dépossession du bien gagé ou, en présence d'un gage sans dépossession, de sa publicité au Registre des sûretés mobilières. Le droit de suite du gagiste sans dépossession ne s'étend pas aux sous-acquéreurs. La distinction entre gage avec ou sans dépossession détermine le débiteur de l'obligation de conservation du meuble gagé. Tous les modes de réalisation d'une sûreté sont admis : vente forcée, attribution judiciaire, pacte commissoire. Toutefois la vente forcée du meuble grevé est simplifiée lorsque le gage a été constitué en garantie d'une dette professionnelle. Enfin, le créancier gagiste bénéficie d'un droit de rétention même en l'absence de dépossession.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La formation du gage

I. L'exigence d'un écrit

(C. civ., art. 2336)
« Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature. »

Avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, le gage était un contrat réel dont la formation était subordonnée à la remise de la chose. En droit positif, le gage est un contrat solennel.

II. Les conditions tenant au constituant

Parce que le gage crée un droit réel au profit du créancier gagiste, le constituant doit avoir la **capacité d'aliéner** l'objet du gage (en cas de procédure collective : V. Fiche n° 56).
Si le meuble gagé est un **bien commun** ou un meuble garnissant le logement de la famille, le consentement des deux époux est exigé à peine de nullité *(C. civ., art. 1422, al. 2 et art. 215, al. 3)*.

Le constituant doit être **propriétaire du bien gagé**. Le gage de la chose d'autrui peut être annulé à la demande du créancier (nullité relative) qui ignorait que la chose n'appartenait pas au constituant *(C. civ., art. 2335)*. Le créancier gagiste de bonne foi peut donc décider de maintenir le gage tout en étant protégé contre une éventuelle action en revendication du véritable propriétaire. Il peut aussi agir en nullité et demander des dommages-intérêt. En revanche, le créancier gagiste de mauvaise foi ne peut se prévaloir de l'article 2276 du Code civil, de sorte que le véritable propriétaire peut exercer l'action en revendication.

Jurisprudence

Le créancier gagiste, qui n'a pas à vérifier que les marchandises gagées sont grevées d'une clause de réserve de propriété, prime le vendeur *(Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-22.240)*.

III. Les conditions tenant à la créance garantie et à l'objet du gage

A La créance garantie

La créance garantie peut être présente ou future. Si elle est future, elle doit, principe de spécialité oblige, être déterminable *(C. civ., art. 2333, al. 2)*.

B L'assiette du gage

Le gage peut porter un **meuble corporel ou un ensemble de meubles corporels, présents ou futurs**. Il peut aussi avoir pour objet des meubles immobilisés par destination *(C. civ., art. 2334)*, tels que des turbines, des transformateurs, des panneaux solaires, des éoliennes ou des installations industrielles. L'ordre de préférence entre le créancier hypothécaire et le créancier gagiste est alors déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes *(C. civ., art. 2419)*. L'article L. 112-3 du Code des procédures civiles d'exécution a été modifié pour que l'immeuble par destination puisse être saisi indépendamment de l'immeuble pour la réalisation du gage.

Conformément au principe de spécialité, le meuble futur doit être déterminable dans l'acte constitutif (nature ou espèce, quantité) pour que, dès l'instant où ce meuble entrera dans le patrimoine du

constituant, il soit grevé du gage sans autre formalité. La notion d'ensemble de meubles corporels peut bien sûr signifier que le gage porte sur plusieurs meubles identifiés mais aussi sur plusieurs meubles déterminables en raison de leur affectation (bibliothèque, stocks). En revanche, le gage ne saurait porter sur l'ensemble des meubles du constituant (gage *omnibus*), l'écrit devant indiquer la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature *(C. civ., art. 2336)*.

Le gage peut stipuler une **clause dite d'« arrosage »** selon laquelle le constituant a l'obligation de maintenir la valeur du gage et donc, en cas de baisse de valeur des biens gagés, d'étendre l'assiette du gage à d'autres biens. Le constituant qui méconnait une telle clause engage sa responsabilité contractuelle et peut encourir la déchéance du terme. Mais, à la différence du complément de gage ordonné par le juge en cas de manquement à l'obligation de conservation *(C. civ., art. 2344, al. 2)* qui prend rang à la date de l'inscription initiale, le complément de gage en exécution d'une clause d'arrosage ne saurait, semble-t-il, produire d'effet rétroactif.

C Le gage portant sur des choses fongibles

Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent *(C. civ., art. 2341)*. À défaut, le constituant peut exiger la restitution du bien gagé. La perte d'individualisation de la chose fongible constitue un manquement à l'obligation de conservation du gage.

Si la convention le prévoit, le constituant peut aliéner les choses gagées à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. La convention peut aussi **dispenser le créancier de**

l'obligation de maintenir l'individualisation des choses gagées *(C. civ., art. 2341, al. 2)*. Le créancier en acquiert alors la propriété à charge de **restituer la même quantité de choses équivalentes**.

Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner, sauf stipulation contraire (**clause de non-substitution**), à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes *(C. civ., art. 2342)*.

Lorsque le constituant a la faculté d'aliéner les choses fongibles gagées, les biens acquis en remplacement sont de plein droit compris dans l'assiette du gage *(C. civ., art. 2342-1)*.

Jurisprudence

« La substitution de nouvelles marchandises, de nature et de qualité différentes de celles initialement gagées, ne peut résulter que de l'exécution d'une clause de substitution conventionnelle, résultant d'un accord de volontés des parties, disposant que les biens substitués seront remplacés par le débiteur constituant par la même quantité de choses équivalentes ». En l'espèce, il ressortait d'un accord entre le gagiste et le débiteur (**clause de fongibilité**) que les noix de jambons livrées comme produits finis et les jambons livrés à affiner pouvaient être assimilés pourvu que la valeur de chaque pièce soit identique, de sorte que le gagiste pouvait opposer son droit de rétention au vendeur avec réserve de propriété des noix de jambons *(Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812)*.

En présence d'un gage portant sur six moteurs de bateau identifiés, l'acte par lequel le constituant a procédé à la modification du gage en substituant à deux moteurs initialement gagés deux autres moteurs ne constitue pas un nouveau gage concerné par les nullités de la période suspecte, dès lors que la substitution ne confère pas au créancier un gage supérieur *(Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10.421)*. C'est dire que la qualification de gage portant sur une chose fongible peut être retenue même si le bien gagé a été identifié par un numéro de série dans le gage (ex. un stock de véhicules terrestres à moteur).

§2 L'opposabilité du gage aux tiers

I. La distinction du gage sans dépossession et du gage avec dépossession

(C. civ., art. 2337, al. 1er et 2e)
*« Le gage est opposable aux tiers par la **publicité** qui en est faite.*
Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu [entiercement] *du bien qui en fait l'objet ou du titre qui, tel un connaissement, le représente. »*

Les gages sans dépossession, à l'exception du gage portant sur un véhicule terrestre à moteur, sont publiés au Registre des sûretés mobilières *(C. com., art. R. 521-2, 1°)*. L'inscription est portée sur le registre tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le propriétaire du bien grevé est immatriculé au RCS *(C. com., art. R. 521-5, qui précise les critères de compétence du greffier lorsque le constituant n'est pas immatriculé au RCS : siège, établissement principal, lieu d'activité, domicile, etc.)*. L'inscription produit effet pendant cinq ans *(C. com., art. R. 521-11)*.

À moins d'être soumis au gage sans dépossession portant sur une chose fongible (ex. : flotte de véhicules), le gage portant sur un véhicule terrestre à moteur est déclaré à la préfecture en vue d'une inscription au système d'immatriculation des véhicules (SIV).

L'inscription du gage portant sur un VTM fait obstacle à toute nouvelle inscription sur le même véhicule *(C. civ., art. 2338, al. 2)*. Le vendeur d'un véhicule d'occasion doit remettre à l'acquéreur un certificat de situation administrative (ou certificat de non-gage) qui précise l'existence ou non d'un gage, ainsi que toute opposition au

transfert du certificat d'immatriculation du véhicule ou au transfert de la propriété du véhicule *(C. route, art. R. 322-4, V)*.

Jurisprudence

Le droit de suite du créancier gagiste sur un VTM est **opposable au sous-acquéreur** *(Cass. civ. 1re, 20 mars 1990, n° 87-19.162)*. Cependant, faisant prévaloir, de façon contestable, le droit de rétention matérielle du garagiste sur celui du créancier gagiste *(Cass. com., 11 juin 1969, n° 221)*.

L'annulation de la vente à crédit du VTM n'affecte pas la validité du gage et les droits réels du prêteur gagiste *(Cass. com., 21 mars 1972, n° 70-12.836)*.

II. L'efficacité de l'opposabilité

Le créancier gagiste qui est en possession du bien gagé ne peut à l'évidence se voir opposer par l'ayant cause à titre particulier du constituant (l'acquéreur) ou par le sous-acquéreur, la présomption de propriété posée par l'article 2276 du Code civil qui est justement fondée sur la possession.

Le créancier gagiste qui a « *régulièrement publié* » son **gage sans dépossession** bénéficie du même avantage à l'égard des « *ayants cause à titre particulier du constituant (qui) ne peuvent se prévaloir de l'article 2276* » *(C. civ., art. 2337, al. 3)*. En revanche, **l'opposabilité ne s'étend pas aux sous-acquéreurs de bonne foi**. Or, les sous-acquéreurs sont de bonne foi dès lors que la consultation du Registre des sûretés mobilières suppose d'indiquer l'identité du propriétaire, en l'occurrence l'acquéreur qui n'a pas la qualité de constituant *(C. com., art. R. 521-32)*.

III. Les gages successifs

(C. civ., art. 2340)
« Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription.
Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ***ultérieurement*** *l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier. »*

L'ordre des inscriptions n'interdit pas à un créancier de rang inférieur de réaliser son gage lorsque sa créance devient exigible notamment par attribution judiciaire. Mais il devra alors supporter le droit de suite des créanciers de rang supérieur.

§3 Les effets du gage

I. L'obligation de conservation du meuble gagé

A L'obligation de conservation à la charge du créancier gagiste

Le créancier gagiste ou, en cas d'entiercement, le tiers convenu sont tenus d'entretenir le bien. Le constituant doit, le cas échéant, leur rembourser les dépenses utiles ou nécessaires faites pour la conservation du gage *(C. civ., art. 2343)*. En cas de perte ou de détérioration du bien imputable à sa négligence, le créancier gagiste engage sa responsabilité et le meuble doit être restitué au constituant. En effet, « *lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage » (C. civ., art. 2344, al. 1er).*

Ni le créancier gagiste, ni le tiers convenu n'ont le droit de jouir et d'user de la chose gagée. Le gage n'est pas attributif de la jouissance. Le créancier gagiste n'a donc pas le pouvoir de faire des actes d'administration (sauf convention contraire) ou d'aliéner le meuble. Toutefois, et *« sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette » (C. civ., art. 2345)*.

Lorsque le gage porte sur une chose fongible, le créancier, dispensé de son obligation de maintenir l'individualité de la chose, en acquiert la propriété *(C. civ., art. 2341, al. 2)*, de sorte qu'il peut en percevoir les fruits et accomplir tous actes d'administration ou de disposition.

B L'obligation de conservation à la charge du constituant

(C. civ., art. 2344, al. 2)
« Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. »

L'obligation de conservation interdit au constituant d'aliéner le bien. Ce n'est que si le gage porte sur une chose fongible que le constituant peut l'aliéner, sauf stipulation contraire *(C. civ., art. 2342)*.

(C. pén., art. 314-5, al. 1er)
« Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

L'acte de destruction ou de détournement doit être commis avec l'intention de porter atteinte aux droits du créancier. Le détournement résulte de tout fait ou acte de nature à faire obstacle aux droits du créancier gagiste. C'est le cas du constituant qui s'abstient de régler les frais de réparation du véhicule gagé et le délaisse chez un garagiste bénéficiaire d'un droit de rétention *(Cass. crim., 26 févr. 1970, n° 69-90.478)* ou du dirigeant de société qui vend une partie des stocks gagés sans respecter la condition d'autorisation préalable prévue par un protocole d'accord conclu entre le constituant et le créancier *(Cass. crim., 19 nov. 2014, n° 13-84.841)*.

II. La réalisation du gage

Conformément au principe d'indivisibilité des sûretés réelles, le gage est maintenu tant que le créancier n'a pas été intégralement désintéressé.

A La vente forcée

(C. civ., art. 2346, al. 1er)
« À défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger. »

La **prohibition de la clause de voie parée** interdit toute dérogation conventionnelle aux règles du code des procédures civiles d'exécution.

Le créancier gagiste en possession du bien (gage avec dépossession ou remise volontaire du constituant) n'a pas à le saisir mais il doit

obtenir l'autorisation du juge de l'exécution pour procéder à la vente forcée. La vente forcée a lieu dans les formes prescrites pour la saisie-vente. Aucune disposition n'impose alors de laisser un délai au débiteur pour procéder à la vente amiable du bien.

Lorsque le gage est sans dépossession, le créancier gagiste doit recourir à une saisie-appréhension. L'acte de remise ou d'appréhension vaut saisie sous la garde du créancier, et, sous réserve que le créancier n'ait pas demandé l'attribution judiciaire du gage, il est procédé à la vente forcée soit selon les modalités de la saisie-vente soit selon la procédure simplifiée du gage professionnel *(CPC exéc., art. R. 222-6)*.

L'article L. 221-5 du Code des procédures civiles d'exécution organise la protection du créancier gagiste en cas de saisie-vente par un tiers. Si le gagiste a publié sa sûreté avant la saisie, il peut faire valoir ses droits sur le prix de vente sans recourir à une opposition ou à une mesure conservatoire. L'huissier de justice qui a procédé à la saisie des biens consulte le registre des sûretés mobilières, et signifie le procès-verbal de saisie dans un délai de huit jours à compter de son établissement aux créanciers titulaires d'une sûreté publiée sur ces biens *(CPC exéc., art. R. 221-14-1)*. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée sont informés par LRAR, selon le cas, par l'huissier des propositions de vente amiable *(CPC exéc., art. R. 221-31)* ou par le créancier saisissant de l'enlèvement du bien en vue de la vente forcée *(CPC exéc., art. R. 221-36-1)*. Dans un délai de 15 jours, chaque créancier doit faire connaître à l'huissier de justice la nature et le montant de sa créance sinon il **perd le droit de concourir à la distribution des deniers** résultant de la vente amiable ou forcée.

En toute hypothèse, il est procédé, sur justification du paiement du prix, à la radiation des inscriptions de sûretés prises sur les biens vendus du chef du débiteur saisi *(CPC exéc. art. R. 221-39)*.

Quant à la distribution du prix *(CPC exéc., art. R. 251-5)*, l'agent chargé de la vente procède au paiement des créanciers titulaires d'une sûreté publiée disposant d'un titre exécutoire, et de ceux titulaires d'un gage professionnel (qui sont dispensés de titre exécutoire). Les sommes revenant aux créanciers titulaires d'une sûreté publiée ne disposant pas d'un titre exécutoire sont consignées jusqu'à l'obtention de ce titre. Cependant, l'ouverture d'une procédure collective fait obstacle à toute procédure d'exécution ou de distribution *(C. com. art. L. 622-21, II)*.

(C. civ., art. 2346, al. 2)
« Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage. »

La réalisation simplifiée du gage professionnel (sans autorisation judiciaire) ne dispense pas le créancier d'une procédure de saisie-appréhension dès lors que le bien gagé est demeuré entre les mains du constituant. Pour accélérer la réalisation, la possibilité d'une vente amiable par la personne tenue à remise est exclue (*CPC exéc., art. R. 222-6 issu du Décret du 29 déc. 2021 pris en application de l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés)*.

B L'attribution judiciaire du meuble gagé

(C. civ., art. 2347)
« Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement.
Lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au constituant ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

L'ouverture d'une procédure collective fait obstacle à toute demande d'attribution et l'action exercée avant le jugement d'ouverture est arrêtée. Le créancier gagiste ne peut demander l'attribution au juge-commissaire qu'après le jugement prononçant la liquidation judiciaire *(C. com., art. L. 642-20-1, al. 2 ; Com. 14 octobre 1997, Bull. civ. IV n° 265)*.

C Le pacte commissoire

(C. civ., art. 2348)
« Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.
La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur une plate-forme de négociation au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.
Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au constituant ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

À défaut de précision, la seule défaillance du débiteur emporte transfert de plein droit de la propriété du bien gagé. Les parties ont donc intérêt à préciser les modalités d'exécution du pacte (critères de

la défaillance du débiteur, faculté du créancier d'opter pour la propriété).

Le jugement d'ouverture d'une procédure collective fait obstacle à la conclusion et à la réalisation du pacte commissoire *(C. com., art. L. 622-7, al. 3)*.

Le transfert de propriété en exécution du pacte n'étant pas subordonné à l'expertise amiable ou judiciaire, celle-ci peut être faite après le jugement d'ouverture *(même solution que pour l'attribution judiciaire antérieure au jugement d'ouverture : Cass. com., 24 janv. 2006, Bull. civ. IV, n° 15)*.

Enfin, le pacte commissoire est réputé non écrit lorsqu'il est stipulé dans un gage garantissant le remboursement d'un crédit à la consommation *(C. consom., art. L. 312-38)*.

III. Le droit de rétention

A L'égalité des créanciers gagistes

Le créancier « *qui bénéficie d'un gage sans dépossession* » et le créancier « *à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance* » disposent d'un droit de rétention *(C. civ., art. 2286, 1° et 4°)*. Le droit de rétention fictif du créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession a été créé par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Pourtant, il ne faisait aucun doute que le créancier gagiste mis en possession ne pouvait opposer son droit de rétention au créancier inscrit antérieurement *(C. civ., art. 2340, al. 2)*, ce dernier peut donc réaliser son gage sans que le créancier gagiste mis en possession puisse exciper de son droit de rétention matériel ou de l'article 2276 du Code civil.

B L'efficacité du droit de rétention à l'égard des tiers

Le droit de rétention dont dispose le créancier gagiste mis en possession est qualifié d'**inexpugnable** car il est opposable à tous : créanciers chirographaires et munis de sûretés ; tiers acquéreur ; vendeur avec clause de réserve de propriété (en vertu de l'article 2276 du Code civil).

Le créancier gagiste conserve son droit de rétention nonobstant le placement du débiteur en procédure collective *(C. com., art. L. 622-7, II, al. 2 et art. L. 641-3, al. 2)*.

Le droit de rétention **fictif** du créancier gagiste non mis en possession bénéficie en principe des mêmes avantages. Cependant, son droit est opposable aux ayants cause du constituant (art. 2337, al. 3) et non aux sous-acquéreurs. De plus, le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention fictif pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement *(C. com., art. L. 622-7, al. 2)*. Le droit de rétention fictif n'est de nouveau opposable que si le bien gagé est compris dans une cession d'activité décidée dans le plan (même article) et en cas de liquidation judiciaire *(C. com., art. L. 641-3, al. 1er)*.

Tout créancier gagiste peut bénéficier des dispositions applicables à la cession des actifs du débiteur en liquidation judiciaire : la cession du bien gagé dans le cadre d'une liquidation judiciaire autorise le créancier gagiste à demander l'**attribution judiciaire** et, en cas de vente, le **droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix** *(C. com., art. L. 642-20-1)*.

IV. La transmission et la prescription de la créance garantie

A La transmission de la créance garantie

Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier *(C. civ., art. 2349, al. 1er)*. L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de la dette ne peut demander la restitution en partie du gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de créance, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

En raison de son **caractère accessoire**, le gage suit la créance garantie, de sorte que le gage n'est pas affecté par la fusion, l'absorption ou la scission du constituant ou du créancier.

B La prescription de la créance garantie

« Le maintien du gage entre les mains du créancier ou du tiers convenu, en ce qu'il emporte reconnaissance tacite permanente du droit du créancier par le débiteur, interrompt la prescription » (Cass. com., 31 oct. 2006, n° 05-15.868). Tant que dure la dépossession du bien gagé, la créance garantie est imprescriptible, ce qui constitue un avantage du gage avec dépossession par rapport au gage sans dépossession. Pour autant, une telle solution semble avoir été remise en cause *(Cass. civ. 1re, 11 mai 2017, n° 16-12.811 ;* V. Fiche n° 54*)*.

Le warrant est un **titre à ordre représentant la garantie** et **transmissible par voie d'endossement**. Le créancier peut ainsi mobiliser sa créance et transmettre le gage par endos (signature et mention au verso du titre). Chaque warrant est soumis à des règles particulières : warrant agricole *(C. rur., art. L. 342-1 et s.)*, warrant de marchandises *(C. com., art. L. 522-24 et s.)*. Le droit commun est applicable lorsqu'il n'est pas contredit par ces règles particulières. Ainsi, un warrant agricole peut avoir pour objet des récoltes futures dès lors que cette possibilité n'est pas expressément exclue par le Code rural *(Cass. civ. 1re, 12 nov. 2015, n° 14-23.106)*.

POUR ALLER PLUS LOIN…

– A. HONTEBEYRIE, « Le gage sans dépossession et l'immeuble par destination », JCP N 2016, 1108
– M. JULIENNE, « Peut-on modifier l'assiette d'une sûreté en cours de fonctionne-ment ? », RDC, 2017, n° 2, p. 283
– A. DADOUN, « La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire », Dr. et pat. 2009, n° 187, p. 42

Fiche n° 54 Le nantissement

⏭ L'ESSENTIEL

Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un meuble incorporel ou d'un ensemble de meubles incorporels, présents ou futurs. Le Code civil réglemente essentiellement le nantissement de créance *(C. civ., art. 2356 et s.)*. Les créances nanties et les créances garanties doivent être déterminées ou déterminables. Le nantissement est opposable aux tiers à la date indiquée dans l'acte. Il est opposable au débiteur de la créance nantie dès que le nantissement lui a été notifié. Dès cette date, le créancier nanti dispose d'un droit exclusif au paiement. Les nantissements qui portent sur d'autres meubles incorporels sont soumis, sauf dispositions spéciales, au régime du gage, à l'exclusion du droit de rétention fictif *(C. civ., art. 2355, al. 5)*.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Le nantissement de créance

I. Les conditions du nantissement de créance

A L'exigence d'un écrit

(C. civ., art. 2356, al. 1er)
« À peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit. »

B L'exigence d'identification des créances

Principe de spécialité oblige, l'écrit doit désigner les créances garanties et les créances nanties. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur **individualisation** ou contenir des éléments permettant celle-ci, tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance *(C. civ., art. 2356)*. Le nantissement s'étend aux accessoires de la créance à moins que les parties n'en conviennent autrement *(C. civ., art. 2359)*.

(C. civ., art. 2360, al. 1er)
« Lorsque le nantissement porte sur un ***compte*** [bancaire]*, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution. »*

L'article 2360 concerne un compte non bloqué. La créance nantie correspond au solde du compte au jour soit de la réalisation de la sûreté, soit de l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement contre le constituant, soit de l'acte de saisie-attribution. Ces événements ont pour effet de **« cristalliser » la sûreté** au profit du créancier nanti.

Jurisprudence

L'article 2360 du Code civil ne concerne que l'assiette de la garantie que peut faire valoir le créancier dans le cadre de sa déclaration de créance, de sorte que la clause qui permet au créancier nanti de « séquestrer » les fonds figurant sur les comptes bancaires de l'emprunteur placé en procédure collective est inefficace *(Cass. com. 22 janv. 2020, n° 18-21.647 ; Cass. com. 7 nov. 2018, n° 16-25.860)*. La Cour de cassation assimile ce blocage (qui pourtant n'emporte pas attribution des fonds en paiement) à un prélèvement d'une partie du capital prêté et donc à une résiliation unilatérale du prêt en violation de l'article L. 622-13, ce qui nuit au « potentiel » de redressement du débiteur. Le créancier nanti dispose toujours d'un droit de préférence mais les fonds nantis, objet de sa sûreté, seront probablement dépensés pendant la procédure collective, si bien que la réalisation de ce droit risque fort de rester théorique.

II. L'opposabilité du nantissement de créance

(C. civ., art. 2361)
« Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient ***opposable aux tiers à la date de l'acte****. En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen. »*

(C. civ. art. 2361-1)
« Lorsqu'une même créance fait l'objet de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes. Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. »

Toute saisie conservatoire, saisie-attribution ou saisie administrative à tiers détenteur postérieure au nantissement se heurte au droit du créancier nanti sur la créance, sauf à démontrer une fraude (acte antidaté). Même si le nantissement porte sur une créance future, le droit du créancier nanti est opposable aux tiers à la date de l'acte.

Suivant le même objectif d'efficacité, le transfert d'une cession de créance future s'opère à la date de l'acte *(C. civ., art. 1323)*.
Si le débiteur règle un créancier nanti de 2nd rang (dont la date du nantissement est postérieure à un premier nantissement), le créancier premier en date disposera d'une action contre le créancier *accipiens*.

(C. civ., art. 2362)
*« Pour être **opposable au débiteur de la créance nantie**, le nantissement de créance doit lui être **notifié** ou ce dernier doit intervenir à l'acte.*
À défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. »

(C. civ., art. 2363, al. 1er)
« Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts. »

Dès la notification faite au débiteur de la créance nantie, celui-ci ne peut payer que le créancier nanti, même si le constituant (comme le créancier nanti) conserve la possibilité de poursuivre son débiteur *(C. civ. art. 2363, al. 2)*.

(CPC exéc., art. L. 211-3)
*« Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, **les cessions de créances, délégations, nantissements** ou saisies antérieures. »*

Le droit exclusif au paiement du créancier nanti qui repose sur son droit de rétention exclut tout concours avec les autres créanciers. Il ne fait toutefois pas obstacle à la pratique consistant à notifier le

nantissement afin de le rendre opposable au débiteur, tout en souhaitant que le constituant continue à recevoir paiement.

Jurisprudence

Le créancier bénéficiaire d'un nantissement de contrat d'assurance-vie dispose d'un droit exclusif au paiement de la valeur de rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés *(Cass. civ. 2e, 2 juill. 2020, n° 19-11.417 et 17 sept. 2020, n° 19-10.420)*.

III. Les effets du nantissement de créance

A En cas d'échéance de la créance nantie avant l'échéance de la créance garantie

Si la créance garantie n'est pas échue, le créancier nanti doit conserver les sommes payées par le débiteur de la créance nantie, à titre de garantie, sur un compte spécialement affecté ouvert à cet effet auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée *(C. civ. art. 2364, al. 2)*. Cette affectation permet d'éviter que les créanciers du bénéficiaire (créancier nanti) puissent saisir les sommes. Le bénéficiaire ne peut pas en disposer.
En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie (*i.e.* le constituant) et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées.

B En cas d'échéance de la créance garantie avant l'échéance de la créance nantie

Le constituant est défaillant mais la créance nantie n'est pas encore exigible. Le créancier nanti peut alors se faire attribuer, par **attribution judiciaire ou exécution du pacte commissoire**, la créance nantie et tous les droits qui s'y rattachent *(C. civ., art. 2365, al. 1er)*. Il peut également attendre l'échéance de la créance nantie.

Dès que la créance nantie est échue, son paiement peut être poursuivi par le constituant (sauf si la créance a été attribuée au créancier nanti) ou par le créancier nanti. Mais **seul le créancier reçoit valablement paiement dès qu'il a notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie** (sauf clause contraire). « *Les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue* » *(C. civ., art. 2364, al. 1er)*. L'imputation des sommes payées au titre de la créance nantie sur la créance garantie s'impose même en cas de procédure collective du constituant car le créancier dispose d'un **droit exclusif au paiement des échéances de la créance nantie** *(Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, qui précise que les loyers étaient dus au créancier nanti, et non aux organes de la procédure, dès lors que la cession avait été notifiée au locataire)*.

(C. civ., art. 2366)
« S'il a été payé [par le débiteur de la créance nantie] *au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant. »*

C L'opposabilité des exceptions

(C. civ. art. 2363-1)
« Le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions inhérentes à la dette. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit devenu opposable. »

Comme en matière de cession de créance, l'article 2363-1 distingue les exceptions inhérentes à la dette (nullité, exception d'inexécution, résolution, compensation de dettes connexes, prescription) et les exceptions (personnelles) nées des rapports entre le constituant et le débiteur de la créance nantie avant la notification (octroi d'un terme, remise de dette, compensation de dettes non connexes).

Jurisprudence

« Le nantissement n'implique aucun acte de dépossession de nature à manifester la reconnaissance non équivoque par le débiteur (de la créance garantie) *du droit de celui contre lequel il prescrivait » (Cass. civ. 1re, 11 mai 2017, n° 16-12.811)*. Ainsi, le nantissement d'un contrat d'assurance-vie n'a pas pour effet de suspendre la prescription de la créance de remboursement d'un crédit immobilier. *A contrario*, la dépossession constituerait une reconnaissance de dette (V. Fiche n° 53). Cette solution contestable fonde la possession sur la seule nature corporelle du meuble. Or, la possession est liée à l'exercice de prérogatives sur un bien. Le droit exclusif au paiement dont bénéficie le créancier nanti après notification du nantissement au débiteur de la créance nantie pourrait s'analyser comme un acte de possession.

§2 Les nantissements spéciaux de créances

I. Le nantissement d'une police d'assurance-vie

La police d'assurance-vie (créance contre l'assureur) peut être donnée en nantissement, soit par avenant, soit par acte de nantissement de

créance *(C. assur., art. L. 132-10)*. La constitution du nantissement est subordonnée à **l'accord du bénéficiaire lorsque l'acceptation de celui-ci est antérieure au nantissement**. Si l'acceptation du bénéficiaire est postérieure au nantissement, elle n'a alors aucun effet sur les droits du créancier nanti. **La notification du nantissement à l'assureur fait bénéficier le créancier nanti d'un droit exclusif au paiement**, de sorte que le souscripteur ne peut plus disposer du contrat et notamment exercer la faculté de rachat. En outre, sauf clause contraire, le créancier nanti peut provoquer le rachat nonobstant l'acceptation du bénéficiaire *(C. assur., art. L. 132-10, al. 4)*.

Jurisprudence

Le nantissement de la police ne prive pas le souscripteur de sa faculté de rétractation prévues aux articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du code des assurances *(Cass. civ. 2e, 8 mars 2012, n° 10-27.650)*.

À défaut de prévision contractuelle, le constituant reste libre d'effectuer les arbitrages qu'il veut *(Cass. com., 12 juill. 2005, Bull. civ IV, n° 175)*.

II. Le nantissement de créances professionnelles

Tout crédit consenti par un établissement de crédit ou une société de financement à une personne morale ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle peut être garanti par une cession ou un nantissement des créances professionnelles *(C. mon. fin., art. L. 313-23)*. Le nantissement résulte de la remise d'un bordereau, intitulé « *acte de nantissement de créances professionnelles* », qui doit comporter des mentions obligatoires, en

particulier l'individualisation des créances nanties ou les éléments permettant d'individualiser lesdites créances. Le nantissement est opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau. Si la date est contestée, il appartient au créancier nanti de rapporter, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci *(C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 4)*. Le créancier nanti peut notifier au débiteur de la créance nantie l'interdiction de payer le constituant. Le débiteur de la créance nantie peut aussi accepter le nantissement, ce qui lui interdit d'opposer au créancier nanti les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le constituant *(C. mon. fin., art. L. 313-29)*. Excepté l'intérêt pour le créancier nanti d'obtenir l'acceptation du débiteur, le nantissement de créances professionnelles ne présente pas d'intérêt par rapport au nantissement de droit commun. En pratique, les banques recourent à la cession de créances professionnelles qui leur permet de bénéficier d'un droit de propriété (fiduciaire) à titre de garantie.

§3 Les nantissements spéciaux sur les autres meubles incorporels

I. Le nantissement de titres sociaux

A Le nantissement de parts sociales de société civile

1 La constitution du nantissement

Les parts sociales peuvent faire l'objet d'un nantissement dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 2355 du Code civil, i.e. celles prévues pour le gage *(C. civ., art. 1866)*. Le nantissement donne lieu à une inscription au Registre des sûretés mobilières *(C. com., art. R. 521-2, 2°)*.

2 L'agrément des associés

L'associé qui souhaite nantir ses parts peut obtenir le **consentement des autres associés à un projet de nantissement** dans les mêmes conditions que leur agrément à une cession de parts (c'est-à-dire à l'unanimité, sauf disposition statutaire fixant une majorité). Le consentement donné au projet de nantissement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales à la condition que cette réalisation soit notifiée, un mois avant la vente, aux associés et à la société *(C. civ., art. 1867, al. 2)*. Chaque associé peut se substituer à l'acquéreur dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Si plusieurs associés exercent cette faculté, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion des parts qu'ils détiennent. Si aucun associé n'exerce le droit de substitution, la société peut racheter les parts en vue de leur annulation *(C. civ., art. 1867, al. 3)*. Par exception, la notification (un mois avant la vente) et la faculté de substitution ne sont pas applicables si le nantissement est réalisé par exécution d'un pacte commissoire *(C. civ., art. 1867, al. 4)*.

Si les associés n'ont pas consenti au projet de nantissement, la réalisation forcée est notifiée aux associés et à la société un mois avant la vente *(C. civ., art. 1868)*. Pendant ce délai, les associés peuvent décider la dissolution de la société ou l'acquisition des parts. Si aucun ne se porte acquéreur, la société peut désigner un tiers acquéreur ou acquérir elle-même les parts en vue de leur annulation. Si la vente a eu lieu, les associés ou la société disposent encore de la faculté de substitution dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente *(C. civ., art. 1868, al. 3)*. Le non-exercice de la faculté de substitution emporte agrément de l'acquéreur.

B Le nantissement des titres d'une société commerciale

1 La constitution du nantissement

Le nantissement qui porte sur un meuble incorporel autre qu'une créance est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage *(C. civ., art. 2355)*. Le nantissement de parts sociales doit donc être constaté par écrit. Le nantissement fait l'objet d'une inscription sur le Registre des sûretés mobilières *(C. com., art. R. 521-2, 2°)*.

2 L'agrément

Si la Sarl a consenti au projet de nantissement, ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales. Cependant, la société peut encore, après la cession, racheter sans délai les parts en vue de réduire son capital *(C. com., art. L. 223-15)*. Le consentement au projet, ou l'agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée lorsque la société n'a pas consenti au projet, exige une décision prise à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte *(C. com., art. L. 223-14)*. Le projet de cession doit être notifié à la société et à chacun des associés. À défaut de décision dans un délai de trois mois, l'agrément du cessionnaire est réputé acquis. En cas de refus, les associés sont tenus d'acquérir ou de faire acquérir les parts.

Pour la société en nom collectif, le nantissement et/ou la réalisation forcée des parts sont subordonnés au consentement unanime des associés en nom *(C. com., art. L. 221-13)*.

(C. com. art. L. 228-26)
Pour les sociétés par actions, *« Si la société a donné son consentement à un projet de nantissement d'actions dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 228-24, ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions nanties à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai les actions, en vue de réduire son capital. »*

II. Le nantissement de compte-titres financiers

A La notion d'instruments financiers

Les instruments financiers recouvrent les **actions et autres titres donnant accès au capital** ou au droit de vote, transmissibles par inscription en compte, les titres de créances représentant chacun un droit de créance sur la personne morale qui les émet, transmissibles par inscription en comptes, tels que les obligations ou les bons du Trésor, les parts ou actions d'organismes de placement collectif (OPCVM) et les instruments financiers à terme négociés sur des marchés réglementés.

B La constitution du nantissement de compte-titres financiers

1 La déclaration de nantissement de compte-titres financiers

Le nantissement est constitué par une **déclaration datée et signée par le titulaire du compte et adressée à l'établissement tenant le compte** *(C. mon. fin., art. L. 211-20, I, et sur les mentions de la déclaration : art. D. 211-20)*.

La déclaration rend le nantissement de compte-titres opposable à la société émettrice et aux tiers.

(C. mon. fin., art. L. 211-20, I bis)
« I bis.- Lorsqu'un même compte-titres fait l'objet de plusieurs nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur déclaration. Dans ce cas, le titulaire du compte ou le créancier nanti notifie successivement chacun des nantissements au teneur de compte. »

Le compte nanti prend la forme d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire financier *(C. mon. fin., art. L. 211-13)*, un dépositaire central (Euroclear) ou l'émetteur.

Jurisprudence

La déclaration **n'a pas être notifiée à la société émettrice** même si les parties avaient prévu une telle formalité *(Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-12.559)*.
La déclaration ne saurait résulter de la **signification de la convention de divorce** prévoyant le nantissement d'un compte-titre **par l'époux créancier** au teneur du compte *(Cass. com., 23 janv. 2019, n° 16-20.582)*.

2 L'assiette flottante du nantissement de compte-titres financier

Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont **substitués ou les complètent** en garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs **fruits et produits en toute monnaie**, sont compris dans l'assiette du nantissement *(C. mon. fin., art L. 211-20, I)*.

Toutefois, les parties peuvent exclure conventionnellement les fruits et produits de l'assiette du nantissement de compte-titres.

Si le compte-titre est tenu par l'émetteur et que celui-ci n'est pas autorisé à recevoir des fonds remboursables du public, les fruits et produits en toute monnaie sont inscrits au crédit d'un compte fruits et produits ouvert au nom du titulaire du compte auprès d'un intermédiaire financier ou d'un établissement de crédit. Cette inscription peut avoir lieu à tout moment. Les fruits et produits sont réputés faire partie intégrante du compte nanti à la date de signature de la déclaration de nantissement quelle que soit la date d'ouverture du compte fruits et produits *(C. mon. fin., art. L. 211-20, III)*. À défaut d'inscription au crédit d'un compte fruits et produits, à la date à laquelle la sûreté peut être réalisée, les fruits et produits sont exclus de l'assiette du nantissement.

La déclaration précise les conditions dans lesquelles le titulaire peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti *(art. L. 211-20, IV)*.

C Les effets du nantissement de compte-titres financiers

1 Le droit de rétention

Le créancier bénéficie d'un **droit de rétention sur les titres financiers et les sommes en toute monnaie figurant au compte nanti** *(C. mon. fin., art. L. 211-20, IV)*. Il s'ensuit que le compte ne peut pas être saisi par des tiers, et que le créancier nanti bénéficie, même si le constituant est placé en procédure collective, de la primauté sur les autres créanciers.

2 La réalisation du nantissement

La loi distingue selon que la nature des titres nantis.

Le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les **titres financiers**, français ou étrangers, **admis sur une plateforme de négociation, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie**, réaliser le nantissement, civil ou commercial, **huit jours** (ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte) après mise en demeure du débiteur *(C. mon. fin., art. L. 211-20, V ; sur les mentions de la mise en demeure : art. D. 211-11 qui rappelle le choix du créancier entre l'attribution en propriété ou la vente forcée)*.
La mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti.

La réalisation s'effectue selon l'ordre fixé par l'article D. 211-12 du Code monétaire et financier (transfert en pleine propriété des sommes ; vente sur une plateforme de négociations des titres admis aux négociations sur une telle plateforme ou attribution en propriété, etc.)

Pour les autres titres, la réalisation intervient par vente publique ou par attribution en propriété huit jours après la mise en demeure.

Il résulte de l'article L. 211-20, VII, du Code monétaire et financier que le régime du nantissement de compte-titres financiers est applicable au nantissement de titres financiers (isolés) inscrits dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé (blockchain).

III. Le nantissement du fonds de commerce ou du fonds artisanal

A Les conditions

Le nantissement peut garantir des créances présentes, c'est-à-dire des créances nées qui ne sont pas encore exigibles (emprunt, loyers). Il peut aussi garantir des créances futures (ligne de crédit) à condition qu'elles soient déterminables (nature du contrat, montant, débiteur).

Font obligatoirement partie de l'assiette du nantissement la clientèle, le droit au bail, le nom et l'enseigne *(C. com., art. L. 142-2, al. 3)*. Peuvent faire partie du nantissement si la convention et le bordereau d'inscription le prévoient précisément et expressément : le matériel, l'outillage et les droits de propriété industrielle. En revanche, les marchandises ne font jamais partie du nantissement du fonds de commerce.

Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège *(C. com., art. L. 142-2, al. 4)*.

La convention de nantissement est constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé *(C. com., art. L. 142-3, al. 1er)*.

L'opposabilité du nantissement est assurée par une inscription sur le Registre des sûretés mobilières. Le greffier compétent est celui du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur, ou le propriétaire du bien grevé s'il n'est pas le débiteur, est immatriculé au registre du commerce et des sociétés *(v. aussi les autres hypothèses si le constituant n'est pas immatriculé au RCS : C. com. art. R. 521-5)*.

L'inscription produit effet durant dix ans pour le privilège du vendeur de fonds de commerce et le nantissement du fonds de commerce *(C. com., art. R. 521-12)*.

Le cédant d'un fonds de commerce peut inscrire un privilège, inscription qui doit de surcroît réserver l'action en résolution pour défaut de paiement du prix *(C. com., art. L. 141-6, al. 2)*. L'inscription doit être faite dans un délai de 30 jours suivant la vente pour produire un effet rétroactif afin que le droit du créancier privilégié prime celui des créanciers nantis du chef de l'acquéreur et soit opposable aux créanciers de l'acquéreur en procédure collective *(C. com., art. L. 141-6, al. 1er)*.

B Les effets

1 Le droit de préférence

(C. com., art. L. 142-5)
« Le rang des créanciers nantis entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. »
(C. com., art. L. 143-15-1)
« L'ordre de préférence entre les créanciers inscrits sur le fonds de commerce et les créanciers inscrits sur un élément du fonds de commerce est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. »

2 Le droit de suite

(C. com., art. L. 143-12)
« Les droits de préférence des créanciers inscrits suivent le fonds en quelques mains qu'il passe.
Lorsque la vente du fonds n'a pas eu lieu aux enchères publiques conformément aux articles mentionnés à l'article L. 143-11 l'acquéreur qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits est tenu, à peine de déchéance, avant la poursuite ou dans la quinzaine de la sommation de payer à lui faite, d'effectuer des notifications à tous les créanciers inscrits, dans des conditions définies par décret. »

L'acquéreur peut recourir à la **procédure de purge** du droit de suite en adressant une notification aux créanciers inscrits comprenant des mentions obligatoires *(C. com., art. R. 143-1 et s.)*.
Dans un délai de 15 jours, tout créancier inscrit peut exiger, par assignation devant le tribunal de commerce *(C. com., art. L. 143-13)*, la mise aux enchères du fonds en offrant le prix principal, non compris le matériel et les stocks, plus un dixième (surenchère du 10e). À défaut, l'acquéreur acquittera les dettes inscrites jusqu'à concurrence du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles, pour purger les droits de suite.

3 L'absence de droit de rétention

Le nantissement sur un fonds de commerce ne confère pas à son titulaire un droit de rétention *(Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-27.390)*. Le créancier nanti ne peut donc pas exiger le report du droit de rétention sur le prix de cession du fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire *(C. com., art. L. 642-20-1, al. 3)*.

4 L'information des créanciers inscrits

En cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviennent, de plein droit, exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son **intention de déplacer le fonds** et le nouveau siège qu'il entend lui donner *(C. com., art. art. L. 143-1)*. Dans la quinzaine de l'avis à lui notifié ou dans la quinzaine du jour où il a eu connaissance du déplacement, le créancier inscrit le plus diligent fait mentionner le nouveau siège du fonds en marge de l'inscription initiale.

Le créancier inscrit qui n'a pas consenti au déplacement du fonds, peut exercer une action devant le tribunal de commerce aux fins de

rendre ses créances exigibles si le déplacement entraîne une dépréciation du fonds.

Le bailleur qui poursuit la **résiliation du bail commercial** doit notifier son action aux créanciers inscrits. Le jugement prononçant la résiliation ou constatant l'acquisition de la clause résolutoire stipulée au bail ne peut intervenir qu'un mois après cette notification *(C. com., art. L. 143-2)*. À défaut de notification, soit la résiliation est inopposable aux créanciers inscrits qui n'ont pu se substituer au locataire commercial, soit, si le fonds a perdu trop de valeur ou a disparu, le bailleur engage sa responsabilité à l'égard des créanciers inscrits.

Enfin, tout créancier qui a engagé une **saisie-vente** sur un élément du fonds doit notifier la poursuite aux créanciers inscrits et la vente forcée ne peut avoir lieu que dix jours après cette notification *(C. com., art. L. 143-10)*. Le créancier inscrit peut alors assigner les intéressés devant le tribunal de commerce pour demander la vente de tous les éléments du fonds.

5 La réalisation du nantissement

Le créancier nanti n'a pas le droit de se faire attribuer le fonds de commerce en paiement, ce qui **exclut tant l'attribution judiciaire que le pacte commissoire** *(C. com., art. L. 142-1)*.

Le créancier inscrit qui souhaite poursuivre la vente forcée du fonds doit adresser au débiteur et au tiers détenteur une **sommation de payer sous huit jours** *(C. com., art. L. 143-5)***.** À défaut de paiement, le créancier peut saisir, par voie d'**assignation**, le tribunal de commerce pour qu'il soit procédé à la vente du fonds dans les conditions fixées par l'article L. 143-4 du Code de commerce.

IV. Le nantissement d'un droit de propriété intellectuelle

A Le nantissement d'une marque ou d'un brevet

Les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet d'une mise en gage à l'exclusion des marques collectives *(CPI, art. L. 715-2)*. L'acte constitutif est constaté par écrit, à peine de nullité *(CPI, art. L. 714-1)*. Toute transmission ou modification des droits attachés à une marque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au Registre national des marques tenu par l'Institut national de la propriété industrielle *(CPI, art. L. 714-7)*. Des dispositions identiques sont prévues en matière de brevets *(CPI, art. L. 613-8 et L. 613-9)*.

B Le nantissement des œuvres cinématographiques

Le constituant ne peut être que le producteur de l'œuvre qui a déposé le titre de celle-ci. Les constitutions de nantissement sur tout ou partie des droits d'une œuvre cinématographique ou audiovisuels doivent être, à peine d'inopposabilité, inscrites au registre public du cinéma et de l'audiovisuel *(C. ciné., art. L. 123-1)*. Les inscriptions de nantissement sont, sauf renouvellement préalable, périmées à l'expiration d'un délai de 5 ans *(C. ciné., art. L. 124-1)*. Le rang des inscriptions et publications est déterminé par l'ordre dans lequel elles sont remplies *(C. ciné., art. L. 123-5)*. Le bénéficiaire du nantissement encaisse, nonobstant toute opposition autre que celle fondée sur un privilège légal, à concurrence de ses droits et suivant l'ordre de son inscription, le montant des produits de l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle, et ce, sans qu'il soit besoin de signifier aux débiteurs cédés qui seront valablement libérés entre ses mains *(C. ciné., art. L. 124-2 – droit direct sur les recettes)*. Tout créancier poursuivant doit, par signification, sommer les créanciers inscrits d'assister à la vente aux enchères publiques de l'œuvre *(C. ciné., art. L. 124-3)*. Le

créancier nanti dispose d'un droit de suite contre lequel l'acquéreur peut se prémunir suivant une procédure de purge proche de celle applicable en matière de fonds de commerce *(C. ciné., art. L. 124-4)*.

C Le nantissement des droits d'exploitation des logiciels

Le nantissement est inscrit, à peine d'inopposabilité, sur un registre spécial tenu par l'Institut national de la propriété industrielle. L'inscription indique précisément l'assiette de la sûreté et notamment les codes source et les documents de fonctionnement *(CPI, art. L. 132-34)*. La durée de l'inscription est de 5 ans.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– M. JULIENNE, Le régime du gage : droit commun du nantissement ?, RD bancaire et financier sept.-oct. 2014, p. 82
– C. GIJSBERS et M. JULIENNE, La clause de blocage conservatoire du compte nanti, RLDC janv. 2015, p. 28
– F. AUCKENTHALER, Nantissement de compte de titres de second rang, Dr. sociétés 2016, n° 11, p. 5
– M. JULIENNE, Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ?, RDC 2018/2, p. 318

Fiche n° 55 L'hypothèque

⏭ L'ESSENTIEL

L'hypothèque est une sûreté immobilière sans dépossession du constituant qui a pour effet de créer des droits réels accessoires (droit de préférence et droit de suite) sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. L'hypothèque légale permet au créancier, à raison de la nature de sa créance, d'inscrire son droit sans autorisation du juge ni consentement du débiteur propriétaire de l'immeuble. L'hypothèque judiciaire est subordonnée à une autorisation du juge. L'hypothèque conventionnelle résulte d'une convention entre le créancier et le constituant. Ces hypothèques sont soumises à des règles communes comme l'inscription au fichier immobilier. En l'absence de publicité de l'hypothèque, celle-ci n'est pas opposable aux tiers, ce qui rend sans intérêt les droits réels accessoires.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Le régime général de l'hypothèque

I. L'assiette de l'hypothèque

(C. civ., art. 2388)
« Sont susceptibles d'hypothèques tous les droits réels immobiliers qui sont dans le commerce. »

(C. civ., art. 2389)
« L'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble hypothéqué, ainsi qu'aux accessoires réputés immeubles. »

– **Le droit immobilier doit exister.** Par l'effet rétroactif de l'annulation ou de la résolution de la vente, l'hypothèque constituée par l'acquéreur devrait être rétroactivement anéantie. Cependant, la jurisprudence est incertaine.

Jurisprudence

L'annulation de la vente ne permet pas au syndicat des copropriétaires bénéficiant d'une hypothèque légale inscrite par le syndic d'exercer son droit de suite à l'encontre de la venderesse qui n'a pas la qualité de tiers détenteur *(Cass. civ. 3e, 7 janv. 2016, n° 14-18.360 ; pour une condition résolutoire : Cass. civ., 11 mars 1895, DP 1895.1.305)*.

L'acte de reprise par une société de l'acquisition d'un immeuble acquis par les fondateurs pour le compte de la société en formation a un effet rétroactif qui justifie la mainlevée de l'hypothèque judiciaire provisoire inscrite par le créancier de l'un des fondateurs, alors même que l'acte de reprise n'est pas publié *(Cass. civ. 3e, 9 juill. 2003, n° 01-10.863)*.

En contradiction avec ces solutions, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que l'hypothèque reste efficace, nonobstant l'annulation de la vente, jusqu'à l'extinction de l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt annulé *(Cass. civ. 3e, 7 avr. 2016, n° 14-24.164 ; Cass. civ. 3e, 5 nov. 2008, n° 07-17.357 ; égal. Cass. civ. 3e, 26 oct. 2017, n° 16-15.754 et 17 déc. 2014, n° 13-20.515)*.

L'article 1352-9 du Code civil *(« Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme »)* ne justifie pourtant pas de distinguer selon la sûreté pour retenir ou non l'effet rétroactif de la résolution ou de l'annulation de la vente.

– **Le droit immobilier doit être disponible.** La stipulation d'une **clause d'inaliénabilité**, qui doit être temporaire et publiée *(D. n° 55-22, 4 janv. 1995, art. 28, 2°)*, fait également obstacle à la constitution d'une hypothèque *(Cass. civ., 1re, 23 févr. 2012, n° 09-13.113)*. Cependant, la constitution d'une hypothèque judiciaire a été admise en dépit d'une clause d'inaliénabilité *(Cass. civ. 1re, 9 oct. 1985, Bull. n° 252)* ou d'une déclaration d'insaisissabilité *(Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-13.643)*.

II. L'inscription des hypothèques

A Le classement des hypothèques

Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du **jour de leur inscription** prise au fichier immobilier *(C. civ., art. 2418)*.

Par exception, l'hypothèque légale prévue à l'article 2402, 3° du Code civil (créances du syndicat des copropriétaires garanties sur le lot vendu) est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour les créances de l'année courante et des deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures.

L'article 2418 du Code civil précise également le rang des inscriptions prises le même jour relativement au même immeuble.

L'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires et les créanciers gagistes, dans la mesure où leur gage porte sur des biens réputés immeubles (immeuble par destination), est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes *(C. civ., art. 2419)*.

Les créanciers titulaires d'une même hypothèque rechargeable bénéficient du rang de l'inscription initiale. Toutefois, dans leurs relations réciproques, la date de publication des conventions de rechargement détermine leur rang *(C. civ., art. 2420)*.

B Le mode d'inscription

1 L'exigence de l'inscription

Toutes les hypothèques doivent être inscrites auprès du service de publicité foncière *(à l'exception de l'hypothèque légale prévue à l'article 2402, 3° du Code civil)*. L'inscription ne peut avoir lieu **que pour une somme et sur des immeubles déterminés**.

Le défaut d'inscription rend l'hypothèque inopposable aux tiers même s'ils sont de mauvaise foi *(comp. pour les ventes successives : C. civ., art. 1198)*. Il est indifférent que le tiers acquéreur ait eu connaissance d'une hypothèque antérieure à son acquisition dès lors que celle-ci n'a pas été publiée avant son droit de propriété *(Cass. civ. 3e, 17 juill. 1986, no 85-11.627)*.

Sont également publiées au fichier immobilier, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, notamment les subrogations aux hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité et transferts qui ont été consentis, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire

de l'inscription, ainsi que les conventions de rechargement *(C. civ., art. 2425)*.

Peuvent procéder à l'inscription, le créancier hypothécaire, ses représentants légaux ou conventionnels, ainsi que le gérant d'affaires ou le créancier exerçant l'action oblique.

2 Le formalisme

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 *(C. civ., art. 710-1)*.

L'inscription des hypothèques est opérée par le **service de la publicité foncière** sur le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes entre eux par le signataire du certificat d'identité prévu aux articles 5 et 6 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 *(C. civ., art. 2423)*.

Le bordereau doit comporter, sous peine de rejet de la formalité de l'inscription, les **mentions obligatoires** prévues par l'article 55 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret du 4 janvier 1955.

Le dépôt est rejeté à défaut de présentation du titre générateur de la sûreté pour l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et pour l'hypothèque judiciaire *(C. civ., art. 2423)*.

Si le service de la publicité foncière, après avoir accepté le dépôt, constate l'omission d'une des mentions prescrites, ou une discordance

entre, d'une part, les énonciations relatives à l'identité des parties ou à la désignation des immeubles contenues dans le bordereau, et, d'autre part, ces mêmes énonciations contenues dans les bordereaux ou titres déjà publiés, la formalité est rejetée, à moins que le requérant ne régularise le bordereau ou qu'il ne produise les justifications établissant son exactitude.

3 La date de l'inscription

L'inscription hypothécaire est attributive de rang. Si le créancier peut inscrire l'hypothèque à tout moment, il a intérêt à publier son droit au plus vite. La date de l'inscription est déterminée par la mention portée sur le registre des dépôts *(C. civ., art. 2426, al. 2 et 2447)*.

Dans quatre hypothèses, la loi fait obstacle aux **inscriptions ou à ses effets** :

(i) Après la **publication de la mutation opérée au profit d'un tiers**, le constituant n'étant alors plus propriétaire, les créanciers hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur l'ancien propriétaire *(C. civ., art. 2422, al. 1er)* ;

(ii) L'inscription ne produit aucun effet entre les créanciers d'une succession si elle n'a été faite par l'un d'eux que depuis le décès, dans le cas où la **succession n'est acceptée qu'à concurrence de l'actif net** ou est déclarée vacante *(C. civ., art. 2422, al. 2)* ;

(iii) Après la **publication du commandement valant saisie immobilière** qui rend inopposables les inscriptions du chef du saisi qui n'ont pas été prises avant la publication *(CPC exéc., L. 321-5)* ;

(iv) En cas d'**ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire** *(C. com.,*

art. L. 622-30, L. 631-14 et L. 641-3), et d'une **procédure de surendettement** des particuliers *(C. consom., art. L. 722-2 qui ne prévoit précisément que la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution)*.

4 La durée de l'inscription

La durée de l'inscription ne se confond pas avec la durée de l'hypothèque qui correspond en principe à la durée de l'obligation garantie. La durée de l'inscription est un délai de péremption. La péremption laisse subsister le droit hypothécaire de sorte que le créancier pourra procéder à une réinscription. Mais il a intérêt à renouveler l'inscription avant la péremption pour conserver le rang de l'inscription primitive.

L'inscription conserve l'hypothèque jusqu'à la date que fixe le créancier dans les limites légales *(C. civ., art. 2429)* :

- Si le principal de l'obligation doit être réglé à une ou plusieurs dates déterminées alors l'inscription durera au maximum **un an après la dernière échéance** (durée du crédit + 1 an), sans que l'inscription puisse excéder 50 ans.
- Si le **terme de l'obligation garantie est indéterminé** (par ex. ouverture de crédit, hypothèque rechargeable, prêt viager hypothécaire), la **durée de l'inscription est au plus de 50 ans** au jour de la formalité.
- Si l'échéance ou la dernière **échéance de l'obligation garantie est antérieure ou concomitante à l'inscription**, la durée de l'inscription est **au plus de 10 ans** au jour de la formalité.

L'inscription cesse de produire effet si elle n'a pas été renouvelée au plus tard à la date fixée par le créancier. Les événements qui arrêtent le cours des inscriptions ne font pas obstacle au

renouvellement. En outre, le renouvellement est obligatoire, dans le cas où l'inscription a produit son effet légal, notamment en cas de réalisation de la sûreté, jusqu'au paiement ou jusqu'à la consignation du prix *(C. civ., art. 2430)*.

5 La radiation et la réduction

La radiation est définitive de sorte qu'une nouvelle inscription ne permet pas au créancier de récupérer le rang de l'inscription originaire. La radiation peut être volontaire ou judiciaire.

La **radiation volontaire** ou mainlevée est l'**acte notarié** par lequel le créancier requiert la désinscription de l'hypothèque *(C. civ., art. 2436, al. 1er)*. La radiation consentie avant paiement est un acte de disposition. La mainlevée peut aussi être requise par le dépôt au service de la publicité foncière « *d'une* ***copie authentique d'un acte notarié certifiant que le créancier, à la demande du débiteur, a donné son accord à la radiation****, le contrôle opéré par le service de la publicité foncière se limite* (alors) *à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond » (C. civ., art. 2436, al. 3)*. La radiation consentie après paiement de la créance garantie est un acte d'administration. Le créancier qui refuse de donner mainlevée alors que la créance est éteinte commet une faute. Il engage sa responsabilité si le débiteur prouve un préjudice consistant notamment dans l'atteinte à son crédit.

La **radiation non consentie est judiciaire** *(C. civ., art. 2437)*. La radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'inscription a été faite sans être fondée, ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits d'hypothèque sont effacés par les voies légales *(C. civ., art. 2438)*.

La réduction est une radiation partielle. Elle peut être consentie par le créancier. Lorsque les inscriptions prises en vertu d'une hypothèque légale générale sont excessives, le débiteur peut demander en justice leur réduction. Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant *(C. civ., art. 2438)*.

III. Les effets de l'hypothèque

A Les effets entre le créancier et le constituant

1 Les prérogatives du constituant sur le bien grevé

Tant que le créancier n'a pas réalisé son droit, le constituant **conserve toutes les prérogatives d'un propriétaire** sur son immeuble. Il peut le louer, le donner ou le vendre : « *l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque sur un immeuble ne fait obstacle ni à sa vente ni à l'inscription d'une nouvelle sûreté réelle sur ce bien* » *(Cass. civ. 3e, 18 juin 2008, Bull. n° 109)*.

Cependant, le constituant est tenu de préserver la valeur du bien hypothéqué. Il doit s'abstenir de **tout acte matériel ou juridique qui aurait pour effet de diminuer la valeur de l'immeuble**. Par conséquent, il lui est interdit de vendre les produits de l'immeuble à la différence des fruits. Les baux ou les cessions de loyers conclus par le propriétaire sont inopposables au créancier hypothécaire au-delà d'une certaine durée : 12 ans pour les baux et 3 ans pour les cessions. Le bail de 12 ans sera toutefois opposable au créancier hypothécaire s'il a été publié avant l'inscription hypothécaire.

2 La réalisation de l'hypothèque

a) La saisie immobilière

La **prohibition des clauses de voie parée** exclut toute dérogation par la convention d'hypothèque aux règles de la saisie-immobilière *(C. civ., art. 2450)*.

Le créancier hypothécaire doit délivrer au débiteur un **commandement de payer valant saisie publié au fichier immobilier** dans les deux mois de sa signification *(CPC exéc., art. R. 321-6)*. L'immeuble est **indisponible** à l'égard du débiteur ou du tiers détenteur à compter de la signification de l'acte, et à l'égard des tiers à compter de la publication de celui-ci au fichier immobilier *(CPC exéc., art. R. 321-13*).

Lorsque le commandement de payer valant saisie est signifié à la personne qui a consenti une hypothèque sur l'un de ses biens pour garantir la dette d'un tiers, le délai de sommation fixé par le commandement, normalement de huit jours, est porté à un mois *(CPC exéc., art. R. 321-3)*.

Si l'immeuble a été vendu (sans purge), la saisie immobilière diligentée par les créanciers titulaires d'un droit de suite est poursuivie contre le tiers acquéreur du bien *(CPC exéc., art. R. 321-4)*. Le commandement indique au tiers acquéreur qu'il peut, sauf le bénéfice de discussion, payer, purger l'immeuble ou se laisser saisir *(CPC exéc., art. R. 321-5 et C. civ. art. 2456)*. Le commandement est également signifié au débiteur principal avec la mention qu'il est délivré au tiers acquéreur.

Jurisprudence

Le délai de prescription de la créance du poursuivant contre le débiteur principal n'est interrompu que par la signification qui est faite à ce dernier du commandement de payer mentionnant que le commandement valant saisie immobilière est signifié au tiers acquéreur *(Cass. civ. 2e, 23 juin 2016, n° 15-14.633)*. Or, il résulte de l'article 2455, al. 2, du Code civil, que le tiers acquéreur peut opposer l'exception de prescription de la créance principale consécutive au défaut de signification du commandement du débiteur principal, nonobstant sa signification au tiers acquéreur.

Le commandement valant saisie doit être **dénoncé aux créanciers hypothécaires** qui sont sommés de déclarer leurs créances inscrites sur l'immeuble saisi. À défaut, ces créanciers sont déchus du bénéfice de leur sûreté pour la distribution du prix de vente de l'immeuble *(CPC exéc., art. L. 331-2)*.

Les biens saisis sont vendus soit à l'amiable sur autorisation judiciaire, soit par adjudication. Le versement ou la consignation du prix et le paiement des frais de la vente **purgent l'immeuble de toute hypothèque** à compter de la publication du titre de vente *(CPC exéc., art. L. 322-14)*.

b) L'attribution judiciaire ou par exécution du pacte commissoire

Le créancier peut saisir le Tribunal judiciaire d'une demande d'attribution de l'immeuble. Cette faculté est toutefois **exclue lorsque l'immeuble constitue la résidence principale du constituant** *(C. civ., art. 2451)*.

L'hypothèque peut stipuler une **clause commissoire** selon laquelle le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué en cas de

défaillance du débiteur. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur *(C. civ. art. 2452)*. Le bordereau d'inscription de l'hypothèque doit mentionner l'existence de la clause commissoire *(D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 55, 3°)*.

En cas d'attribution au créancier hypothécaire, l'immeuble doit être estimé par **expert** désigné à l'amiable ou judiciairement. Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence (soulte) ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne *(C. civ., art. 2453)*. L'immeuble peut être attribué à un créancier de second rang à condition que celui-ci verse une soulte qui permet au créancier de premier rang d'être intégralement payé sinon le nouveau propriétaire sera soumis au droit de suite.

Jurisprudence

La demande d'un créancier hypothécaire impayé tendant à ce que l'immeuble grevé lui demeure en paiement tend au paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du Code de commerce, et, à défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe de l'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage *(v. C. com., art., L. 642-20-1, al. 2)* est irrecevable *(Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10.591)*. La solution a vocation à s'appliquer à la procédure de surendettement.

3 Les éléments perturbateurs

a) L'indivisibilité de l'hypothèque

En tant que droit réel, l'hypothèque est, de par sa nature, indivisible. L'indivisibilité produit ses effets au regard de la créance garantie et de l'immeuble grevé.

L'hypothèque est indivisible, nonobstant la division de la dette : le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout ; chacun des créanciers a l'entier immeuble pour sûreté de sa part dans la créance *(C. civ., art. 2391, al. 1er)*.

En cas de décès du créancier. Chaque héritier peut saisir la totalité de l'immeuble hypothéqué à concurrence du montant de sa créance. En cas de décès du débiteur, la dette se divise, mais si l'immeuble est attribué à l'un des héritiers, celui-ci peut se voir réclamer la totalité de la dette (même s'il a lui-même réglé sa part de la dette) par un créancier hypothécaire à concurrence de la valeur de l'immeuble.

L'hypothèque est encore indivisible, nonobstant la division de l'immeuble ou la pluralité d'immeubles : chaque partie de l'immeuble divisé, chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la totalité de la dette *(C. civ., art. 2391, al. 2)*. Si l'immeuble grevé est vendu en parcelles ou partagé en lots, chaque partie sera grevée de la totalité de la dette.

b) La subrogation réelle

En cas de vente ou d'adjudication de l'immeuble hypothéqué à la suite d'une saisie immobilière, l'hypothèque se reporte sur le prix (droit de préférence).

En cas de dommage causé à l'immeuble grevé, l'indemnité d'assurance est attribuée de plein droit aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang *(C. assur., art. L. 121-13 ; et pour le*

report des droits sur l'indemnité d'expropriation : C. expro., art. L. 222-3).

Les cas de subrogation réelle sont d'interprétation stricte, le principe étant l'absence de subrogation réelle. L'hypothèque n'est donc pas reportée sur le prix de vente volontaire du bien (sauf en cas de purge). Et les créances indemnitaires du constituant n'ont pas, hors le cas de l'assurance, à être versées au créancier.

c) Le paiement subrogatoire de la créance hypothécaire

(C. civ. art. 2390)
« L'hypothèque s'étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie. Cette extension profite au tiers subrogé dans la créance garantie pour ***les intérêts et autres accessoires qui lui sont dus****. »*

B Les effets à l'égard du tiers acquéreur

1 Le droit de suite

Le droit de suite permet à tout créancier hypothécaire dont la créance est exigible de saisir l'immeuble même si celui-ci a été acquis par un tiers. Le tiers acquéreur est ainsi obligé, dans la limite des inscriptions, à toute la dette garantie, en capital et intérêts, quel qu'en soit le montant *(C. civ., art. 2454, al. 2)*.

Jurisprudence

N'étant pas le créancier du tiers acquéreur, le créancier hypothécaire n'a pas à déclarer sa créance dans la procédure collective ouverte contre celui-ci *(Cass. com., 11 juin 2002, n° 00-20.981)*. Cependant, le créancier a dorénavant l'obligation de déclarer la nature et l'assiette de sa sûreté grevant un bien du débiteur en procédure collective en garantie de la dette d'un tiers *(C. com., art. L. 622-25, al. 1er)*. La règle pourrait s'étendre au tiers acquéreur même s'il n'y a pas conclusion d'une sûreté réelle pour autrui.

2 L'opposabilité des exceptions

Le tiers acquéreur peut s'opposer au droit de suite en invoquant les **exceptions appartenant au débiteur principal et/ou au constituant** (nullité ou extinction de la créance garantie, nullité de l'hypothèque, etc.).

Le tiers acquéreur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'immeuble s'il demeure d'autres immeubles, hypothéqués à la même dette, en la possession du débiteur principal, et en requérir la discussion préalable *(C. civ., art. 2455)*. Pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'immeuble hypothéqué. Le **bénéficie de discussion** oblige ainsi le créancier hypothécaire à réaliser son hypothèque sur les autres immeubles grevés de son débiteur plutôt que sur l'immeuble du tiers acquéreur.

Jurisprudence

Le tiers acquéreur est recevable à contester l'admission de la créance garantie au passif du débiteur principal *(Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-20.467)*.

En disposant que « *le tiers acquéreur peut, comme le pourrait une caution, opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal* », l'art. 2455, al. 2, issu de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 de réforme du droit des sûretés, supprime la jurisprudence selon laquelle le tiers acquéreur n'était pas fondé à se prévaloir de la prescription de la créance principale à l'appui de sa demande de mainlevée du commandement de payer valant saisie *(Cass. civ. 2e, 19 févr. 2015, n° 13-27.691)*.

Dans cette affaire, le créancier avait régulièrement signifié le commandement valant saisie au tiers acquéreur mais l'avait signifié tardivement au débiteur, de sorte que la créance était prescrite.

3 Les options du tiers acquéreur en cas d'exercice du droit de suite

Le commandement de payer signifié au tiers acquéreur lui indique les options qui s'offrent à lui. Le tiers acquéreur peut opter pour la purge de l'immeuble si les conditions en sont réunies.

Il peut aussi payer le créancier hypothécaire ou se laisser saisir. Dans les deux cas, il dispose d'un recours en garantie (ex. : la garantie d'éviction) et d'un recours subrogatoire contre le débiteur principal *(C. civ., art. 2460)*.

En cas de vente, le tiers acquéreur doit indemniser le créancier hypothécaire du préjudice résultant des dégradations qui ont diminué la valeur de l'immeuble par son fait ou par sa faute. Mais il peut obtenir remboursement, par prélèvement sur le prix de vente, de ses

dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution *(C. civ., art. 2457)*.

Si le prix de vente excède la dette hypothécaire, la différence est pour le tiers acquéreur, sauf les droits de ses créanciers inscrits sur l'immeuble *(C. civ., art. 2458)*.

4 La purge des inscriptions lors de la vente de l'immeuble

La procédure de purge permet au tiers acquéreur d'affranchir l'immeuble des hypothèques qui le grèvent, alors même que le prix de vente est insuffisant pour régler l'intégralité du passif. Si l'immeuble aliéné comprend un immeuble par destination grevé d'un gage, le créancier gagiste est assimilé à un créancier inscrit *(C. civ., art. 2464, al. 1er)* et devra être associé à la purge amiable ou forcée.

a) La purge de plein droit

L'immeuble est, de plein droit, purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque dans les cas prévus par la loi, notamment la vente sur saisie immobilière *(CPC exéc., art. L. 322-14)*, l'expropriation, les situations prévues dans le cadre d'une procédure collective *(v. not. C. com., art. L. 622-8, L. 626-22, L. 642-12, L. 642-12 et L. 642-18)* ou de surendettement *(ex. : la vente forcée selon les procédures civiles d'exécution : C. consom., art. L. 742-16)*.

b) La purge amiable

(C. civ. art. 2463)
« Lorsque, à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué, ***tous les créanciers inscrits conviennent avec le débiteur*** *que* ***le prix en sera affecté au paiement total ou partiel de leurs créances*** *ou de certaines d'entre elles, ils exercent leur droit de préférence sur le prix et ils peuvent l'opposer à tout cessionnaire comme à tout créancier saisissant de la créance de prix.*
Par l'effet de ce paiement, l'immeuble est purgé *du droit de suite attaché à l'hypothèque. »*

Jurisprudence

La purge amiable, qui permet aux créanciers inscrits d'exercer leur droit de préférence sur le prix de vente, est une procédure facultative qui nécessite l'accord du vendeur sans qu'il soit tenu d'y consentir *(Cass. civ. 3e, 5 mars 2020, n° 19-10.398)*.

Le créancier hypothécaire ne dispose pas d'un droit de préférence sur le prix de vente amiable du bien, ce droit étant subordonné à la mise en œuvre du droit de suite ou d'une procédure de purge, de sorte qu'à défaut de mandat exprès l'y autorisant, le notaire ne peut se dessaisir du prix entre les mains de ce créancier *(Cass. civ. 3e, 8 févr. 2018, n° 16-27.941)*.

c) La purge forcée

À défaut de purge amiable, le **tiers acquéreur peut, une fois la vente publiée, notifier aux créanciers inscrits son intention de régler leurs créances, exigibles ou non, dans la limite du prix** ou, en cas de donation, de la valeur déclarée de l'immeuble *(C. civ., art. 2464)*. La notification doit intervenir avant les poursuites ou dans le mois suivant la première sommation de payer. Elle comprend un extrait du titre d'acquisition, un extrait de la publication de l'acte de vente et un état hypothécaire sommaire.

Les créanciers ont quarante jours pour accepter l'offre (leur silence vaut acceptation) ou requérir la vente de l'immeuble aux enchères publiques. Le créancier qui requiert la vente aux enchères doit surenchérir d'un dixième sur le prix stipulé ou sur la valeur déclarée, et fournir caution à due concurrence *(C. civ., art. 2465)*.

(C. civ., art. 2466)
« Le créancier requérant ne peut par son désistement, et même s'il offre de payer la surenchère, empêcher l'adjudication publique, sauf si tous les autres créanciers inscrits y consentent. »
(C. civ., art. 2467)
« Si aucun créancier ne requiert la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble est définitivement fixée au prix stipulé ou à la valeur déclarée.
L'immeuble est, en conséquence, libéré de toute hypothèque par le paiement de cette somme aux créanciers inscrits, ou par sa consignation. »

III. La transmission de l'hypothèque

A La transmission à titre accessoire

En tant que droit réel accessoire, *« l'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie » (C. civ., art. 2473)* : succession ou fusion-absorption ; cession ou subrogation de créance.
Il convient toutefois de déterminer la date du transfert de la sûreté. Par exemple, la remise du bordereau de cession de la créance hypothécaire à un fonds de titrisation entraîne de plein droit le transfert des sûretés et son opposabilité aux tiers sans autre formalité *(C. mon. fin., art. L. 214-169, V, 3° ; pour une disposition identique en matière de cession de créances professionnelles : C. mon. fin., art. L. 313-27)*.

B La transmission à titre principal (sans la créance garantie)

a) La cession d'antériorité

La cession d'antériorité est le contrat par lequel un créancier cède son rang à un créancier moins bien classé que lui. Une telle convention ne saurait porter préjudice aux autres créanciers de sorte qu'elle n'opère que dans la limite de la plus faible des créances en cause. La cession d'antériorité doit faire l'objet d'une mention en marge de l'inscription de l'hypothèque cédée *(C. civ., art. 2425)*.

b) La subrogation d'hypothèque

La subrogation d'hypothèque est le contrat par lequel un créancier hypothécaire transmet son hypothèque à un autre créancier, non hypothécaire, du même débiteur, tout en conservant sa propre créance. Le créancier subrogé récupère les droits réels du cédant mais ces derniers restent accessoires à la créance du subrogeant. La subrogation doit faire l'objet d'une mention en marge de l'inscription de l'hypothèque cédée *(C. civ., art. 2425)*.

§2 Les hypothèques légales et judiciaires

I. Les hypothèques légales générales

Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit **sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur**. Il peut prendre des **inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur** *(C. civ., art. 2392, al. 2)*. Sept hypothèques générales sont prévues par le code civil *(C. civ., art. 2393)* lequel précise les règles particulières applicables à trois d'entre elles.

L'hypothèque légale des époux est ouverte aux époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts. Sauf convention contraire, chaque époux a la faculté d'inscrire l'hypothèque légale pour la sûreté de la créance de participation *(C. civ., art. 2394)*. L'inscription peut être prise avant la dissolution mais n'aura d'effet qu'à compter de celle-ci, à condition que les immeubles sur lesquels elle porte existent à cette date dans le patrimoine de l'époux débiteur. L'inscription prise dans l'année suivant la dissolution du régime matrimonial prend effet à compter de celle-ci.

L'inscription de **l'hypothèque légale des mineurs ou des majeurs en tutelle** peut être prise sur décision du conseil de famille ou, à défaut du juge, à l'ouverture de la tutelle *(C. civ., art. 2398)*. La décision fixe la somme pour laquelle il sera pris inscription et désigne les immeubles du tuteur qui seront grevés. Au cours de la tutelle, le conseil de famille ou, à défaut, le juge peut toujours ordonner, lorsque les intérêts du mineur ou du majeur en tutelle paraissent l'exiger, qu'il sera pris, soit une première inscription, soit des inscriptions complémentaires *(v. aussi en cas d'administration légale des biens du mineur : C. civ., art. 2398, al. 3)*.

Le mineur, après sa majorité ou son émancipation, ou le majeur en tutelle, après la mainlevée de la tutelle des majeurs, peut requérir, dans le délai d'un an, l'inscription de son hypothèque légale ou une inscription complémentaire *(C. civ., art. 2394, al. 1er)*.

Tout jugement de condamnation, contradictoire ou par défaut, définitif ou provisoire *(ex. une ordonnance de référé : Cass. civ. 3e, 26 sept. 2001, Bull. civ. no 107)*, autorise l'inscription d'une **hypothèque attachée au jugement de condamnation** sur les biens de la partie ayant succombé *(C. civ., art. 2401)*. Cette hypothèque légale bénéficie

également aux sentences arbitrales revêtues de l'exequatur, ainsi qu'aux décisions judiciaires rendues par les juridictions d'un autre État et revêtues de la force exécutoire en France.

Jurisprudence

La signification du jugement n'est pas une condition de l'inscription *(Cass. civ. 1re, 27 janv. 2016, n° 15-12.840)*.

Un titre exécutoire délivré par un huissier de justice n'est pas un jugement *(Cass. civ. 3e, 21 janv. 2016, n° 14-24.795)*.

Si l'inscription donne son rang à l'hypothèque attachée au jugement de condamnation, c'est le jugement de condamnation qui lui donne naissance, de sorte que le débiteur est tenu de la garantie d'éviction s'il vend l'immeuble entre le jugement de condamnation et l'inscription de l'hypothèque *(Cass. civ. 1re, 28 oct. 2015, n° 14-15.114)*.

II. Les hypothèques légales spéciales

Les hypothèques spéciales ont remplacé les privilèges immobiliers spéciaux, de sorte qu'elles ne prennent rang que du jour de leur inscription au fichier immobilier. Les frais d'inscription sont à la charge des débiteurs *(C. civ., art. 2406)*. L'article 2402 du Code civil énumère sept hypothèques légales spéciales.

L'hypothèque légale du vendeur d'immeuble garantit le prix de vente en grevant l'immeuble vendu. L'action résolutoire pour défaut de paiement du prix est sans effet à l'égard des tiers, ayant acquis un droit publié sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, si l'hypothèque légale du vendeur n'a pas été inscrite ou si elle est éteinte, par exemple, en cas de péremption *(C. civ., art. 2403)*.

Jurisprudence

L'inscription de l'hypothèque légale du vendeur (anc. privilège) n'exclut pas le droit pour ce dernier d'invoquer la clause de réserve de propriété stipulée dans l'acte de vente *(Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-10.332)*.
Le vendeur n'ayant pas inscrit l'hypothèque (anc. privilège) mais ayant publié la clause résolutoire stipulée à l'acte de vente *(D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, 2°)* peut opposer celle-ci au créancier ayant inscrit ultérieurement une hypothèque conventionnelle *(Cass. civ. 3e, 8 juill. 1992, n° 90-14.039)*.

L'hypothèque légale du prêteur de deniers qui garantit le remboursement du prêt immobilier sur l'immeuble acquis est subordonnée à une double condition : (i) l'acte authentique d'emprunt doit constater que la somme était destinée à l'achat de l'immeuble, (ii) la quittance authentique du vendeur doit constater que le paiement a été fait au moyen des deniers empruntés *(C. civ., art. 2402, 2°)*. En toute logique, l'inscription de l'hypothèque légale du prêteur de deniers ne peut être que concomitante ou postérieure à la publication de la vente au fichier immobilier. Si elle est antérieure, la formalité doit être rejetée, sauf à être régularisée afin qu'elle prenne effet au jour de la publication de la vente.

(C. civ. art. 2402, 3°)
*« 3° Les créances de toute nature du **syndicat des copropriétaires** relatives à l'année courante ainsi qu'aux quatre dernières années échues sont garanties sur le lot vendu du copropriétaire débiteur ; »*

Cette hypothèque légale *(dispensée de l'inscription : C. civ. art. 2418, al. 2)* ne s'exerce qu'en cas de vente du lot de copropriété. En

l'absence de vente, le syndicat des copropriétaires dispose d'une autre hypothèque légale qui doit faire l'objet d'une inscription *(L. n° 65-557, 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 19)*.

III. L'hypothèque judiciaire

A Les conditions

Tout créancier dont la **créance paraît fondée en son principe** peut solliciter du juge, s'il justifie de **circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement**, l'inscription d'une hypothèque provisoire *(CPC exéc., art. L. 511-1 et L. 531-1)*.

Après avoir obtenu la condamnation du débiteur, le créancier procédera à une inscription définitive au fichier immobilier qui prendra rang à la date de l'inscription provisoire : la publicité définitive prend rang rétroactivement au jour de l'inscription provisoire.

Jurisprudence

L'article L. 526-1, al. 2 du Code de commerce, d'interprétation stricte, interdit la saisie du bien objet de la déclaration d'insaisissabilité, mais non l'inscription d'une hypothèque judiciaire à titre conservatoire sur ce bien *(Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-13643)*. La solution devrait s'appliquer à l'insaisissabilité de droit de la résidence principale *(C. com., art. L. 526-1, al. 1er)*.

B La procédure

Le créancier saisit par voie de requête le juge de l'exécution, ou le président du tribunal de commerce si la créance est commerciale.

L'autorisation judiciaire précise le montant de la créance garantie et les immeubles susceptibles d'être grevés *(CPC exéc., art. R. 511-4)*. L'autorisation est caduque si l'hypothèque conservatoire n'est pas inscrite dans les trois mois à compter de l'ordonnance *(CPC exéc., art. R. 511-6)*.

L'inscription est dénoncée au débiteur et a pour effet d'interrompre la prescription. À peine de caducité, le créancier doit dans le mois qui suit l'inscription provisoire engager une procédure en vue d'obtenir un titre exécutoire *(CPC exéc., art. L. 511-4 et R. 511-7)*.

Si le bien est vendu avant l'inscription définitive, le créancier titulaire de la sûreté judiciaire jouit des mêmes droits que le titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale. Toutefois, la part qui lui revient dans la distribution du prix est consignée auprès de la Caisse des dépôts et consignations *(CPC exéc., art. R. 532-8)*.

Si le créancier dispose déjà d'un titre exécutoire, il doit procéder à une inscription définitive dans les trois mois suivant la signification de l'inscription provisoire au débiteur. Dans le cas contraire, le créancier doit, à peine de caducité de l'inscription, prendre une inscription définitive dans les deux mois du jugement de condamnation du débiteur passé en force de chose jugée *(CPC exéc., art. R. 533-4)*. Dans un délai de huit jours à compter du dépôt des bordereaux d'inscription, le débiteur est informé par acte d'huissier *(CPC exéc., art. R. 532-5)*.

Jurisprudence

L'irrégularité de l'inscription provisoire d'hypothèque n'affecte pas la régularité de l'hypothèque définitive, laquelle résulte de plein droit des jugements, mais a pour seul effet d'empêcher que cette hypothèque prenne rétroactivement rang à la date de l'inscription provisoire *(Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14-28072)*.

C L'inscription provisoire sans autorisation judiciaire

L'autorisation du juge n'est pas requise

– si le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision judiciaire qui n'a pas encore force exécutoire,
– en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre ou d'un chèque,
– en cas de loyer impayé dès lors qu'il résulte d'un bail écrit *(CPC exéc., art. L. 511-2)*.

§3 L'hypothèque conventionnelle

I. Les conditions de l'hypothèque conventionnelle

A L'acte notarié

(C. civ. art. 2409)
« L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié. Le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes. »

L'hypothèque doit, à peine de nullité absolue, être consentie par **acte notarié**. Les contrats conclus à l'étranger ne peuvent donner hypothèque sur les biens situés en France *(C. civ., art. 2413)*, à moins

que l'acte soit réitéré devant un notaire français *(Cass. civ. 1re, 12 juin 2013, n° 12-15.467)*.

Parallélisme des formes oblige, le **mandat d'hypothéquer est notarié**.

Par exception, et selon une règle applicable à toutes les sûretés réelles, « ***une sûreté réelle peut être constituée sur les biens d'une personne morale de droit privé en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de la sûreté doit l'être par acte authentique*** » *(C. civ. art. 2326)*.

La délégation de pouvoirs en vue de la conclusion de l'acte notarié d'hypothèque sur les biens d'une société n'a donc pas à revêtir la forme notariée.

À la différence du mandat d'hypothéquer, le mandat donné par le créancier d'accepter l'hypothèque peut être donné par acte sous signature privée.

La promesse d'hypothèque est valable même si elle est faite par un acte sous seing privé *(Req. 5 nov. 1860, Legras)*. La promesse d'hypothèque n'est sanctionnée que par l'octroi de dommages-intérêts *(Cass. civ. 1re, 5 févr. 2014, n° 12-19.425)* ou la déchéance du terme du prêt accordé par le bénéficiaire de la promesse. La sûreté réelle constituée pendant la période suspecte est nulle de plein droit *(C. com., art. L. 632-1, 6°)*, même si une promesse d'hypothèque a été consentie avant la date de cessation des paiements.

B Les conditions tenant au constituant

Le constituant doit à l'évidence avoir la capacité de disposer *(C. civ., art. 2410)*. Le consentement des deux époux est exigé si l'immeuble sert de logement familial ou si l'immeuble est un bien commun *(C. civ., art. 215, al. 3 et 1422, al. 2)*.

L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle d'une nullité absolue *(Cass. civ. 24 mai 1892, veuve Donandy)*. Cependant, l'hypothèque est valable si les conditions de l'apparence sont réunies : le constituant disposant d'un titre s'est comporté en propriétaire et le créancier a commis une erreur légitime.

(C. civ., art. 2412)
« L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.
L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. »

L'hypothèque consentie par un seul indivisaire est donc aléatoire. Elle disparait si l'immeuble est attribué à un autre indivisaire ou si le constituant ne reçoit aucune part du prix de la licitation. En revanche, si l'immeuble est attribué au constituant lors du partage, l'hypothèque portera rétroactivement sur tout l'immeuble. Si, en cas de vente ou de licitation, le constituant reçoit une fraction du prix, l'hypothèque se reportera dessus par l'effet d'une subrogation réelle.

Le créancier ne peut, tant que dure l'indivision, saisir l'immeuble. Il peut seulement provoquer le partage.

C Les conditions tenant à l'assiette et aux créances garanties

(C. civ., art. 2414)
« L'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs. À peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2421. »

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a supprimé le principe de prohibition de l'hypothèque des immeubles futurs. Pour autant, l'immeuble doit être spécialement désigné dans l'acte ; il est donc exclu de stipuler dans l'acte que le débiteur consent une hypothèque sur tous ses immeubles présents et futurs. De surcroît, l'effet relatif de la publicité foncière fait obstacle à l'inscription de l'hypothèque tant que le titre d'acquisition du constituant n'est pas publié *(D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 3)*. L'hypothèque des immeubles futurs n'est prévue que pour l'hypothèque conventionnelle.

(C. civ., art. 2415)
« L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables.
La cause en est déterminée dans l'acte. »

Comme pour le cautionnement de dettes futures, l'hypothèque de créances futures pose la question de sa durée. Il faut distinguer

l'obligation de couverture et l'obligation de garantie. Si l'hypothèque est consentie pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier en respectant un préavis de trois mois *(C. civ., art. 2417, al. 2)*. Dès lors, seule est maintenue l'obligation de garantie des créances nées avant la résiliation, c'est-à-dire pendant la période de couverture.

L'hypothèque constituée à des fins professionnelles (*i.e.* pour garantir des créances professionnelles) peut être **stipulée rechargeable** *(C. civ., art. 2416)*.

La recharge n'est possible que dans la **limite du plafond de l'hypothèque** *(C. civ., art. 2417)*, étant entendu que chaque remboursement augmente la capacité de recharge de l'hypothèque. De surcroît, l'hypothèque est maintenue en cas d'extinction des créances garanties ou de renonciation du créancier.

Le constituant peut alors conclure une convention de rechargement afin que l'hypothèque garantisse de **nouvelles dettes professionnelles** contractées envers le créancier originaire mais aussi, nonobstant toute clause contraire, envers un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

La convention de recharge revêt la **forme notariée**. Elle fait l'objet d'une inscription et prend rang à la date d'inscription de l'hypothèque stipulée rechargeable *(C. civ., art. 2420)*. L'inscription de la convention de rechargement prime donc l'inscription d'une nouvelle hypothèque postérieure à l'inscription de l'hypothèque rechargeable.

(C. civ., art. 2417, al. 1er)

« L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne. »

L'hypothèque conventionnelle est **nécessairement plafonnée à une certaine somme fixée par l'acte constitutif**. Si le montant de la créance est indéterminé, les parties doivent procéder à son estimation dans l'acte constitutif. Ce plafond vaut pour le capital ; l'hypothèque s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie.

Le prêt viager hypothécaire est un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt, garanti par une hypothèque sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage d'habitation et dont le remboursement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès *(C. consom., art. L. 315-1)*. Un tel prêt ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle. La dette de l'emprunteur ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme *(C. consom., art. L. 315-15)*. C'est le principal avantage de l'opération : en cas de décès de l'emprunteur ou de vente du bien, la créance du prêteur est plafonnée à la valeur de l'immeuble *(C. consom., art. L. 315-20 et L. 315-21)*.

Le **gage immobilier** (anc. antichrèse) est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation. Il emporte dépossession de celui qui le constitue *(C. civ., art. 2379)*.
Sont applicables au gage immobilier les règles relatives à l'hypothèque conventionnelle en ce qui concerne les conditions (acte notarié, fichier immobilier, capacité d'aliéner, principe de spécialité des immeubles et créances), l'extension de la sûreté aux améliorations de l'immeuble, le cas de l'immeuble indivis et les modes de réalisation de la sûreté *(C. civ., art. 2380)*.
Le gage immobilier procure au créancier la jouissance de l'immeuble à titre de garantie. Les fruits de l'immeuble s'imputent sur les intérêts et subsidiairement sur le capital de la dette *(C. civ., art. 2381)*. Comme en matière de gage corporel avec dépossession, le créancier est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut, à tout moment, restituer le bien à son propriétaire *(C. civ., art. 2381, al. 2)*. « *Le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* » *(C. civ., art. 2382)*. Le débiteur ne peut exiger la restitution de l'immeuble qu'après le paiement intégral de la créance garantie *(C. civ., art. 2383)*. L'antichrésiste dispose d'un droit de rétention. La restitution anticipée de l'immeuble à son propriétaire, à l'instar de l'extinction de l'obligation principale, a pour effet d'éteindre le gage immobilier *(C. civ., art. 2384)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– R. LIBCHABER, « La prescription et l'obligation du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué », *RDC* 2017, n° 3, p. 439
– A.-X. BRIATTE, « La place du gage immobilier, entre hypothèque et fiducie-sûreté », *RDBF* 2016, n° 6, ét. 31
– D. NEMTCHENKO, Inscription des privilèges et hypothèques : une autre réforme des sûretés, RLDC, 2019, n° 167, p. 31
– M. GRIMALDI et C. GIJSBERS, Les sûretés sur immeubles, D. 2022, p. 294

Fiche n° 56 Le droit de rétention

⏭ L'ESSENTIEL

Le droit de rétention est le droit du créancier de retenir un bien qu'il est tenu de restituer, et dont la détention présente un lien de connexité avec sa créance, jusqu'à ce que son débiteur l'ait intégralement payé. La rétention est une forme d'exception d'inexécution qui autorise le créancier à ne pas restituer le bien retenu aux fins de contraindre le débiteur à payer.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La constitution du droit de rétention

I. Les droits de rétention spéciaux

Fondement	Objet	Conditions
Code civil		
Accession mobilière Art. 571	Rétention par l'ouvrier de la chose qui lui a été remise en vue d'effectuer sa prestation jusqu'au paiement par le propriétaire.	La valeur de la prestation doit surpasser celle de la matière de la chose. L'ouvrier doit rembourser au propriétaire le prix de la matière.
Partage Art. 862	Rétention par le cohéritier du bien à rapporter jusqu'au remboursement des sommes qui lui sont dues pour dépenses ou améliorations.	
Vente à réméré Art. 1673	Rétention par l'acheteur du bien jusqu'à ce que le vendeur, qui a exercé la faculté de rachat, ait remboursé le prix et les frais de vente, ainsi que les réparations nécessaires et améliorations effectuées par l'acheteur.	
Baux Art. 1749	Maintien du locataire dans les lieux, malgré l'expulsion décidée par l'acheteur, jusqu'au paiement des dommages-intérêts qui lui sont dus par le bailleur.	
Dépôt Art. 1948	Rétention de la chose déposée par le dépositaire jusqu'au paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.	
Prescription acquisitive mobilière Art. 2277	Rétention par l'acheteur d'une chose perdue ou volée jusqu'au paiement du prix qu'elle lui a coûté par le propriétaire originaire.	Achat dans une foire ou un marché, dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles. Possession régulière et de bonne foi.

Vente au comptant Art. 1612	Rétention de la chose par le vendeur jusqu'au paiement du prix.	Le vendeur ne doit pas avoir consenti à l'acheteur un délai pour le paiement. Mais le vendeur n'a pas à délivrer la chose, même en cas de délai de paiement, si depuis la vente l'acheteur est tombé en faillite (art. 1613).
Vente Art. 1653	Rétention du prix par l'acheteur jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble.	Trouble ou risque de trouble de l'acheteur par une action, soit hypothécaire, soit en revendication. Le vendeur ne s'est pas porté caution. La vente n'a pas stipulé une clause contraire.
Autres textes		
Procédure collective de l'acheteur C. com. art. L. 624-14	Rétention des marchandises par le vendeur.	Les marchandises n'ont pas été délivrées ou expédiées au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte.
Commissaires-priseurs judiciaires, huissiers de justice, notaires, avocats : C. com. art. R. 444-15	Le droit de rétention (actes, pièces, fonds) garantit le paiement des tarifs réglementés (émoluments) et les frais et débours.	Seuls les émoluments sont visés à l'exclusion des honoraires. Pour l'avocat, il s'agit des émoluments en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûretés judiciaires, et son droit de rétention est limité par l'article R. 444-75.
Commissionnaires C. com. art. L. 132-2	Rétention des marchandises transportées jusqu'au paiement des frais de transport et même de créances antérieures.	
Expropriation Ord. n° 58-997, 23 oct. 1958	Rétention de l'immeuble exproprié jusqu'au paiement de l'indemnité d'expropriation.	
Bail commercial C. com. art. L. 145-28	Maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction.	

Est expressément **interdite la rétention**

– de la chose prêtée par l'emprunteur à usage jusqu'au paiement de ce que lui doit le prêteur *(C. civ., art. 1885)* ;

– **des pièces du dossier d'un client jusqu'au paiement des honoraires de l'avocat dessaisi** *(RIN, art. 9.2)*.

II. Les conditions générales du droit de rétention

A La détention

1 Le principe : le pouvoir matériel de blocage

« *Le droit de rétention d'une chose est la conséquence de sa détention* » *(Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-12374)*. Une détention à titre précaire est suffisante. La preuve de la possession est inutile et même impossible car, par hypothèse, le rétenteur sait être tenu de restituer le bien. En revanche, la rétention implique un **pouvoir de blocage**.

Jurisprudence

À défaut de pouvoir de blocage, l'entrepreneur chargé de l'édification d'un bâtiment ne bénéficie pas d'un droit de rétention sur le bien construit ou sur le produit de sa vente jusqu'au paiement du prix des travaux *(Cass. civ. 3e, 23 juin 1999, n° 97-19.288)*.

La détention des clefs d'un immeuble n'implique pas la détention de l'immeuble lui-même *(Cass. civ. 1re, 11 mai 2017, n° 15-26.646)*.

La rétention des documents administratifs relatifs à des véhicules ne s'étend pas aux véhicules eux-mêmes *(Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-13.690)*.

Le détenteur doit **détenir la chose pour son compte** et non pour le compte d'autrui. Le droit de rétention est donc refusé à celui qui détient la chose en qualité de préposé.

Jurisprudence

Toutefois, lorsque des salariés du propriétaire ont reçu du tiers détenteur, mandataire du créancier, un mandat de gestion des magasins mis à sa disposition, la dépossession des marchandises gagées ne fait aucun doute *(Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-17.420)*.

Le commissionnaire de transport détient les marchandises transportées lorsque celles-ci sont entreposées dans un local mis à sa disposition par le propriétaire des marchandises transportées *(Cass. com., 3 oct. 1989, n° 87-15.725)*.

Le créancier peut invoquer le droit de rétention sur une chose détenue pour son compte par un tiers (entiercement) ou l'un de ses préposés. S'il existe plusieurs créanciers, la détention par un tiers permet l'exercice simultané de plusieurs droits de rétention sur un même bien.

Jurisprudence

L'immeuble occupé par un tiers (la fille des acquéreurs, créanciers de la restitution du prix) du chef et pour le compte des rétenteurs (acquéreurs) n'a pas fait l'objet d'un dessaisissement. Par conséquent, le droit de rétention se reporte de plein droit sur le prix en cas de vente de l'immeuble retenue dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire *(Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-22.223)*.

La détention doit être **exempte de vice**. Le créancier qui est entré en détention en commettant une faute, telle une fraude ou des violences, est privé de son droit de rétention. En revanche, sa bonne ou mauvaise foi est indifférente.

Jurisprudence

Le tiers constructeur de mauvaise foi sur le terrain d'autrui qui a droit à une indemnité peut invoquer un droit de rétention jusqu'au paiement de sa créance *(Cass. civ. 3e, 23 avril 1974, n° 73-10.791)*.

Doit être cassé l'arrêt qui refuse l'exercice du droit de rétention à un garagiste *« en raison de son absence de bonne foi sans pour autant retenir que l'existence ou le montant de sa créance en soient affectés » (Cass. civ. 1re, 7 janv. 1992, n° 90-14.545)*.

2 L'exception : la détention fictive

Tout créancier gagiste sans dépossession dispose d'un droit de rétention fictif *(C. civ., art. 2286, 4°)*.

En matière de gage, le droit de préférence du gagiste sans dépossession prime celui du gagiste avec dépossession, lorsque l'inscription est antérieure à la dépossession, nonobstant le droit de rétention de ce dernier *(C. civ., art. 2340)*. En revanche, le droit de rétention fictif n'est pas opposable au sous-acquéreur, sauf s'il porte sur un véhicule automobile (V. Fiche n° 53).

L'intérêt du droit de rétention fictif réside dans son opposabilité aux tiers autres que le sous-acquéreur (notamment le vendeur avec réserve de propriété et les créanciers de la procédure collective), étant entendu que ce droit est inefficace dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, sauf si le bien objet du gage sans dépossession est compris dans une cession d'activité *(C. com., art. L. 622-7, I, al. 2)*.

B L'objet de la détention

Le droit de rétention peut porter sur des meubles ou des immeubles. En matière de gage immobilier, le débiteur ne peut ainsi réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette *(C. civ., art. 2383)*.

L'exercice du droit de rétention ne doit pas porter atteinte à l'ordre public et à la personne humaine. Par exemple, un chirurgien-dentiste ne dispose d'aucun droit de rétention sur la prothèse dentaire de son patient *(Cass. civ. 1re, 11 déc. 1985, n° 84-10.339)*. Le commissionnaire de transport ne peut « *invoquer son droit de rétention sur les marchandises contrefaites, dès lors que leur caractère illicite interdit leur commercialisation* » *(Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-20.488)*. Serait également contraire à l'ordre public, la rétention de documents d'identité ou de minutes notariales. En revanche, la rétention peut porter sur des documents administratifs comme le certificat d'immatriculation d'un véhicule.

Jurisprudence

« *Le droit de rétention des documents administratifs relatifs à une chose n'a pas pour effet d'étendre l'objet de la garantie représentée par les documents à la chose elle-même* » et, en cas de procédure collective de l'acheteur, le prêteur n'a pas le droit de se faire attribuer le prix de vente du véhicule *(Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-21.569 ; Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-13.690)*.

C La créance garantie : certaine, liquide et exigible

La créance de celui qui entend se prévaloir d'un droit de rétention doit être certaine.

Jurisprudence

Le garagiste qui a procédé à d'importantes réparations, sans l'accord de son client sur le prix de celles-ci, ne peut se prévaloir d'un droit de rétention *(Cass. civ. 1re, 3 mai 1966, n° 63-13.797)*.

Le droit de rétention doit être refusé en raison de l'incertitude de la créance lorsque la société qui l'invoque ne peut établir le titre qui fonde sa mission de conservation de la chose retenue *(Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-12.204)*.
En revanche, le simple fait que le débiteur conteste la créance ne la rend pas incertaine *(Cass. civ. 2e, 6 avr. 2006, n° 05-14.364)*.

Le créancier doit disposer d'une créance liquide et exigible.

Jurisprudence

Le créancier qui consent à son débiteur un terme *(Cass. com., 7 janv. 1992, n° 89-20.968)*, étant entendu qu'il appartient au débiteur de prouver l'accord sur le rééchelonnement de la dette *(Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-16.446)*, ne peut prétendre exercer un droit de rétention.

Il en va de même pour le créancier qui accepte en paiement la remise d'une lettre de change *(Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-14.518)*.

En revanche, le **délai de grâce** et la **suspension des poursuites** ne font pas obstacle au droit de rétention, dès lors qu'ils ne remettent pas en cause l'exigibilité de la créance mais font seulement obstacle à l'exercice de voies d'exécution forcée.

Enfin, la créance n'a pas à être exigible si le droit de rétention a une **origine conventionnelle**. Car le bien est alors remis par le débiteur au créancier en garantie du paiement d'une créance à terme *(par ex. Cass. com., 25 nov. 1997, n° 95-16.091 : remise de la carte grise au prêteur ayant financé le véhicule)*.

D La connexité

1 La connexité conventionnelle

Dispose d'un droit de rétention, le créancier à qui **la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance** *(C. civ., art. 2286, 1°)*. Cette disposition consacre le droit de rétention du créancier gagiste, que le gage ait été consenti par le débiteur ou par un tiers (sûreté réelle pour autrui).

La connexité conventionnelle consacre-t-elle le droit de rétention contractuel ? Celui-ci résulterait d'un contrat reconnaissant au créancier uniquement un droit de rétention à l'exclusion des autres prérogatives du créancier gagiste (droits réels accessoires, attribution judiciaire ou vente forcée du bien). Il s'agit d'un diminutif du gage.

Jurisprudence

*« Le droit de rétention, qui **n'est pas une sûreté**, n'est pas assimilable au gage ».* Le prêteur à qui a été consenti un droit de rétention sur les documents administratifs afférents aux véhicules acquis au moyen du crédit peut s'en prévaloir à l'encontre du s ous-acquéreur de bonne foi *(Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-12.881 ; Cass. com., 31 mai 1994, n° 92-16.505)*.

2 La connexité juridique

Dispose d'un droit de rétention, le créancier dont **la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à livrer la chose retenue** *(C. civ., art. 2286, 2°)*. La créance garantie et la détention de la chose procèdent d'un même rapport juridique, d'un **même contrat**. Par exemple, la créance du garagiste à raison des réparations effectuées et la détention du véhicule à réparer puis à restituer sont fondées sur le même contrat.

La connexité juridique doit être plus largement admise dès lors qu'il existe un rapport synallagmatique (quasi-contrat, restitutions réciproques après annulation ou résolution). Elle pourrait également être retenue en présence d'obligations interdépendantes résultant d'un ensemble contractuel. En matière de compensation, il a été admis qu'en présence d'un ensemble contractuel unique, les créances réciproques étaient connexes *(Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-24.482)*.

La connexité juridique est exclue lorsque la détention et la créance résultent de contrats distincts.

Jurisprudence

Le garagiste impayé, qui a restitué le véhicule, puis l'a récupéré aux fins de procéder à d'autres réparations, ne peut se prévaloir d'un droit de rétention jusqu'au paiement des anciennes factures *(Cass. com. 23 juin 1964, bull. civ. n° 325)*. Car le droit de rétention, éteint par la restitution volontaire du bien, n'est pas réactivé par la nouvelle détention dudit bien au titre d'un autre contrat conclu entre les mêmes parties.

Le créancier peut exercer son droit de rétention sur une foreuse pour garantir le remboursement de l'acompte versé à son débiteur en contrepartie de la réalisation de travaux non exécutés, ladite machine, propriété d'un crédit-bailleur, ayant été placée sur le terrain du créancier par le débiteur en vue de la réalisation des travaux puis abandonnée sur les lieux après la résiliation du contrat : la créance impayée résultait du contrat en vertu duquel le créancier devait restituer la foreuse *(Cass. com., 17 févr. 2021, n° 19-11.132)*.

3 La connexité matérielle

Dispose d'un droit de rétention, le créancier dont la **créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose** *(C. civ., art. 2286, 3°)*. La chose doit répondre des dettes qu'elle engendre. Il suffit que la créance résulte de la détention, quel que soit la nature du rapport juridique (par ex. : les dépenses de conservation ou d'amélioration faites par un possesseur évincé par le véritable propriétaire). Ainsi, le locataire, qui dispose d'une créance correspondant à la plus-value donnée au terrain loué par les constructions qu'il a édifiées avec l'autorisation du propriétaire, bénéficie d'un droit de rétention sur ce terrain *(Cass. civ. 1re, 15 juin 1962, Bull. n° 303)*.

4 La connexité fictive

Dispose d'un droit de rétention sur la chose, celui qui bénéficie d'un **gage sans dépossession** *(C. civ., art. 2286, 4°)*. Les fictions juridiques étant d'interprétation stricte, le droit de rétention fictif n'est pas applicable aux nantissements *(pour le nantissement du fonds de commerce : Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-27.390)*, sauf dispositions contraires *(C. civ., art. 2363, al. 1er ; C. mon. fin., art. L. 211-20, IV)*.

§2 Les effets du droit de rétention

I. Le refus légitime de restituer et l'indivisibilité du droit de rétention

L'effet principal du droit de rétention est de faire **obstacle à la saisie-appréhension** du bien. Bien que le créancier soit débiteur d'une obligation de restitution, il peut légitimement refuser de restituer le bien à son propriétaire sans que celui-ci puisse exercer des voies d'exécution ou reprocher au créancier un abus de confiance.

Le droit de rétention est **indivisible**, ce qui permet au créancier de refuser la restitution du bien jusqu'au complet paiement de sa créance. Même si l'objet du gage est divisible (par ex. des marchandises), le débiteur ne peut exiger en recevoir une partie au motif que le créancier aurait reçu un paiement partiel *(Cass. com., 19 nov. 2002, n° 00-20.516)*. L'indivisibilité du droit de rétention d'un immeuble justifie que le propriétaire ne puisse jouir de l'immeuble de quelque manière que ce soit, notamment en percevant les loyers *(Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-19.458)*.

Le droit de rétention **s'étend aux fruits de la chose retenue**. Mais, à la différence du gagiste *(C. civ., art. 2345 : imputation sur les intérêts*

et le capital de la dette), le rétenteur n'a pas le droit de se les approprier.

De plus, n'étant qu'un moyen de pression sur le débiteur, le droit de rétention **ne confère au créancier ni droit de préférence, ni droit de suite, ni aucune des prérogatives du gagiste**.

Jurisprudence

Le créancier peut librement recourir au droit de rétention dont les conditions sont réunies. S'il dispose d'une autre sûreté, il n'a aucune obligation de la réaliser et peut préférer retenir la chose jusqu'au paiement de sa créance *(Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-11.296)*.

Le rétenteur est tenu de procéder aux diligences nécessaires à la conservation du bien retenu. Réciproquement, il est en droit de demander le remboursement des frais exposés pour la conservation de la chose durant l'exercice de la rétention, sauf en cas de rétention abusive *(Cass. 1re civ., 11 juin 2008, n° 06-18.679)*.

Le dépositaire qui a restitué le dépôt (jument) ne peut retenir les fruits (poulain) jusqu'au complet paiement des frais de conservation s'y rapportant *(Cass. civ. 1re, 24 mars 2021, n° 19-20.962)*.

II. L'opposabilité *erga omnes* du droit de rétention

A L'opposabilité au propriétaire non débiteur

Le droit de rétention, droit inexpugnable, est un **droit réel opposable à tous**, même aux tiers non tenus de la dette.

Jurisprudence

Le vendeur ayant retenu les documents administratifs relatifs aux véhicules vendus peut opposer son droit de rétention au sous-acquéreur ayant réglé le prix à son vendeur devenu insolvable *(Cass. civ. 1re, 24 sept. 2009, n° 08-10.152 ; Cass. civ. 1re, 16 mai 2018, n° 17-16.842)*.

Le propriétaire d'un véhicule donné en location peut se voir opposer le droit de rétention du garagiste à qui le locataire a confié le véhicule pour réparation *(Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.262 ; v. égal. Cass. civ. 1re, 7 janv. 1992, n° 90-14.545)*.

Le crédit-bailleur peut se voir opposer le droit de rétention du maître d'ouvrage sur le terrain duquel l'entrepreneur, crédit-preneur, a laissé la machine objet du crédit-bail *(Cass. com., 17 févr. 2021, n° 19-11.132)*.

Jurisprudence

Le droit de rétention prime le droit du vendeur avec réserve de propriété, à condition que le rétenteur soit de bonne foi *(Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812)*.

B L'opposabilité aux créanciers

Le droit de rétention est **opposable à l'ensemble des créanciers**, chirographaires comme privilégiés. Le rétenteur est en droit d'opposer au liquidateur et aux créanciers hypothécaires un droit de rétention sur l'immeuble dès lors que l'opposabilité de ce droit n'est pas subordonnée à la publicité foncière *(Cass. 3e civ., 16 déc. 1998, n° 97-12.702)*.

En cas de saisie-vente du bien retenu, le rétenteur informe l'huissier de justice de son droit de rétention par LRAR, à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie *(CPC exéc., art. R. 221-29)*. Dans un délai d'un mois, le créancier saisissant peut contester le droit de rétention devant le juge de l'exécution du lieu où demeure le tiers rétenteur. Le bien demeure indisponible durant l'instance. À défaut de contestation dans le délai d'un mois, la prétention du rétenteur est réputée fondée pour les besoins de la saisie. Le droit de rétention est maintenu et l'adjudicataire devra désintéresser le rétenteur pour récupérer la chose.

Il existe des exceptions à l'opposabilité absolue :

– l'entrepreneur chargé de l'édification d'un bâtiment ne dispose pas sur les biens construits d'un droit de rétention opposable aux créanciers hypothécaires inscrits *(Cass. 3e civ., 23 juin 1999, n° 97-19.288)* ;
– le droit de rétention sur un aéronef est primé par les droits du créancier ayant régulièrement inscrit un gage, une hypothèque ou un droit équivalent sur le registre public de l'Etat où le bien est immatriculé *(Conv. Genève, 18 juin 1948, art. I)*.

III. Les procédures collectives

1 La déclaration des créances

Les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture doivent faire l'objet d'une déclaration qui précise, le cas échéant, la nature et l'assiette de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie *(C. com., art. L. 622-25, al. 1er)*. La créance non régulièrement déclarée est inopposable à la procédure collective. Logiquement si la créance est inopposable, il devrait en aller de même du droit de rétention la garantissant.

En revanche, « ***le droit de rétention n'est pas une sûreté*** ». **Le rétenteur n'a pas à déclarer son droit de rétention à la procédure collective ouverte contre le débiteur pour que celui-ci lui soit opposable** *(Cass. com., 21 mars 2006, n° 04-19.794 ; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915)*.

2 Le retrait de la chose retenue pendant la période d'observation

Le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, interdiction de payer les créances qui lui sont antérieures *(C. com., art. L. 622-7, I)*. Le juge-commissaire peut néanmoins autoriser le débiteur ou l'administrateur à payer des créances antérieures au jugement, pour **retirer le gage ou une chose légitimement retenue** ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité *(C. com., art. L. 622-7, II)*.

Ces dispositions ne profitent pas au créancier bénéficiant d'un **droit de rétention fictif car ce droit est inopposable** pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité *(C. com., art. L. 622-7, I)*.

Jurisprudence

Le créancier ne peut se prévaloir d'un droit de rétention sur des marchandises qui lui ont été remises après le jugement d'ouverture pour obtenir le paiement de créances antérieures *(Cass. com., 13 nov. 2001, n° 98-20.207)*.
Le juge-commissaire ne peut imposer au rétenteur une substitution de garantie, l'article L. 622-8, alinéa 3, du Code de commerce ayant été jugé inapplicable au droit de rétention *(Cass. com., 4 juill. 2000, n° 98-11.803)*.

En procédure collective, la cession d'un bien grevé d'une sûreté réelle donne droit au créancier à une quote-part du prix selon son rang et après paiement du super-privilège des salariés *(C. com., art. L. 626-22)*. Une autre garantie peut être substituée à la sûreté. Ces dispositions ne sont **pas applicables au droit de rétention** de sorte que le rétenteur pourra opposer son droit à l'acquéreur du bien.

3 Le sort du bien retenu en procédure de liquidation judiciaire

Lorsque la cession de l'entreprise porte sur des biens grevés de sûretés réelles, le tribunal affecte à chacun de ces biens, pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence, une quote-part du prix. Ces dispositions **n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession** *(C. com., art. L. 642-12, in fine ; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925)*. Le rétenteur peut exercer son pouvoir de blocage jusqu'au complet paiement de sa créance. La même solution vaut pour le **droit de rétention fictif** de nouveau opposable en cas de liquidation judiciaire.

Le liquidateur peut avec l'autorisation du juge-commissaire payer le rétenteur pour procéder au **retrait du bien retenu** *(C. com., art. L. 641-3, al. 2)*.

S'il n'a pas été procédé au retrait, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement ordonnant la liquidation, procéder à la réalisation du bien avec l'autorisation du juge-commissaire *(C. com., art. L. 642-20-1, al. 1er)*.

Le **droit de rétention est, de plein droit, reporté sur le prix** *(C. com., art. L. 642-20-1, al. 3)*. Le rétenteur prime alors tous les

créanciers (frais de justice, super-privilège des salariés, privilège du Trésor, etc.). Il a le droit de refuser la restitution jusqu'au complet paiement de sa créance ou d'être payé sur son prix en cas de vente par le liquidateur *(Cass. com., 21 mars 2006, n° 04-19.794)*.
Enfin, l'article L. 642-20-1, al. 2 n'est **pas applicable au droit de rétention qui n'est pas une sûreté**, ce qui exclut que le rétenteur puisse demander au juge-commissaire l'attribution judiciaire du bien retenu, s'il n'a pas la qualité de créancier gagiste.

Jurisprudence

Le report du droit du rétention sur le prix de vente est applicable aux immeubles *(Cass. com. 30 janv. 2019, n° 17-22.223 ; contra, Cass. 3e civ., 23 oct. 2002, n° 98-18.109)*.

§3 L'extinction du droit de rétention

I. L'extinction par voie accessoire

Le droit de rétention s'éteint avec la créance qu'il garantit (paiement, remise, nullité, etc.). L'exercice du droit de rétention est toutefois de nature à interrompre la prescription de la créance garantie. En effet, le débiteur qui ne conteste pas le droit de rétention reconnait implicitement sa dette à l'égard du rétenteur *(C. civ., art. 2240)* lequel manifeste sa volonté d'obtenir le paiement en retenant la chose.

En cas de cession de créance, il semble que le cessionnaire peut se prévaloir d'un droit de rétention qui lui est propre, soit parce que le

cédant s'est engagé à détenir le bien pour le compte du cessionnaire, soit parce que le bien a été remis par le cédant au cessionnaire.

II. L'extinction par voie principale

A La dépossession volontaire

(C. civ., art. 2286, al. 2)
« Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. »

C'est le cas lorsque le créancier remet matériellement le bien retenu à son propriétaire.

Jurisprudence

Le possesseur de bonne foi, au sens de l'article 2277 du Code civil, ne peut exiger la restitution de tableaux volés en invoquant son droit de rétention lorsqu'il a remis ces derniers aux services de police qui les ont remis au propriétaire *(Cass. com., 27 sept. 2011, n° 10-24.436)*.

La dépossession volontaire peut, en second lieu, résulter de la saisie de la chose retenue par le rétenteur qui a pour effet de placer le bien entre les mains de la justice *(Cass. 1re civ., 10 oct. 1962, Bull. civ. I, n° 413)*. En poursuivant la vente de la chose retenue, le créancier rétenteur prend alors le risque d'entrer en concours avec les autres créanciers car le droit de rétention ne lui accorde aucune préférence. En revanche, la saisie pratiquée par un autre créancier se heurte au droit de rétention.

La remise du bien à un tiers qui le détient pour le compte du rétenteur ne constitue pas une dépossession (entiercement, remise aux fins d'expertise ou de réparations).
De même, la dépossession involontaire ne fait pas perdre le droit de rétention (vol, décision de justice ordonnant une expertise). Dans ces hypothèses, le créancier pourra exercer une action en référé « possessoire » afin de récupérer le bien.

B La destruction matérielle de la chose retenue

Le droit de rétention disparaît en cas destruction de la chose retenue. Le rétenteur ne peut exiger l'attribution de l'indemnité d'assurance remplaçant le bien détruit car le droit de rétention n'est pas une sûreté et ne confère aucun droit sur la valeur du bien. L'article L. 121-13, aliéna 1er, du Code des assurances n'est donc pas applicable au droit de rétention.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– A. AYNÈS, « La consécration légale des droits de rétention », *D*. 2006, p. 1301
– S. PIEDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4°, du code civil », *D*. 2008, p. 2950
– A. AYNÈS, Le droit de rétention, nouvelle reine des garanties immobilières en liquidation judiciaire, D. 2019, p. 927

Fiche n° 57 Les sûretés conférant un droit de propriété

⏭ L'ESSENTIEL

En raison des limites de l'efficacité des sûretés réelles en cas d'ouverture d'une procédure collective, les créanciers ont intérêt à obtenir, plutôt qu'un droit réel accessoire, un droit de propriété sur les biens de leur débiteur en garantie du remboursement de la dette. Le Code civil distingue la propriété retenue à titre de garantie (réserve de propriété, crédit-bail) et la propriété cédée à titre de garantie (fiducie-sûreté, cessions de créance ou d'une somme d'argent à titre de garantie), sûretés auxquelles il faut ajouter la cession de créances professionnelles réglementée par le code monétaire et financier).

> **Attention** Les sûretés conférant un droit de propriété (propriété-sûreté) ne sont pas au programme du CRFPA (A. 2 oct. 2018).

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 La propriété cédée à titre de garantie

La propriété d'un bien peut être cédée à titre de garantie. La cession fiduciaire n'est pas une vente car le cessionnaire ne verse pas de prix.

Le transfert de propriété est la garantie du crédit accordé par le créancier (*fiducia* – confiance) ; elle est provisoire.

Les cessions fiduciaires prévues par la loi sont la fiducie à titre de garantie *(C. civ., art. 2373-1 et s.)*, la cession de créance à titre de garantie *(C. civ., art. 2373 et s.)*, la cession de somme d'argent à titre de garantie *(C. civ., art. 2374)*, la cession de créances professionnelles à titre de garantie *(C. mon. fin., art. L. 313-23)*, le prêt de titres *(C. mon. fin., art. L. 211-22)*, la pension sur titres *(C. mon. fin., art. L. 211-27)*, la garantie des obligations financières *(C. mon. fin., art. L. 211-38)*.

I. La cession de créances professionnelles à titre de garantie

(C. mon. fin., art. L. 313-24, al. 1er)
« Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix », la cession de créances professionnelles *« transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée. »*

Si, à l'échéance du crédit, le cédant paie sa dette au cessionnaire, la créance lui est, de plein droit, rétrocédée. La rétrocession est opposable au débiteur cédé sans aucune formalité *(Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, n° 04-18.372)*. Si le cédant est défaillant, le cessionnaire peut réaliser sa garantie en obtenant paiement de la part du débiteur cédé.

La cession d'une créance intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements échappe aux nullités de la période suspecte *(C. com., art. L. 632-1, I, 6°)* et constitue une exception à la prohibition de l'accroissement de l'assiette des sûretés après l'ouverture de la procédure collective *(C. com., art. L. 622-21, IV)*. Déjà en ce sens : *Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-15.361 ; Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361 ; cep. Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-11.215).*

A Les conditions de la cession Dailly

La cession de créance professionnelle produit ses effets et est opposable aux tiers ainsi qu'au débiteur cédé dans les conditions légales, auxquelles « ***aucune autre condition ne peut être ajoutée dans le contrat générateur de la créance*** » *(Cass. com., 11 oct. 2017, n° 15-18.372 ; Cass. com., 21 nov. 2000, n° 97-16.874)*. Il est indifférent pour le cessionnaire que le contrat principal subordonne, par exemple, toute cession de créance ou subrogation à un préavis ou à l'agrément du cédé, ou exige que la notification de l'interdiction de payer soit faite au domicile élu par le débiteur cédé.

1 Les conditions de fond

Le cessionnaire ne peut être qu'un établissement de crédit, un FIA (fonds d'investissement) ou une société de financement.

Le cédant doit être une personne morale ou, s'il s'agit d'une personne physique, avoir la qualité de professionnel.

La cession Dailly peut avoir pour objet un ensemble de créances présentes et/ou futures.

Jurisprudence

La banque cessionnaire de la créance cédée par bordereau peut céder elle-même la créance suivant un contrat autre que la cession Dailly *(par ex. à un fonds commun de titrisation : Cass. com. 16 oct. 2007, n° 06-13.122)*.

2 Les conditions de forme

Le bordereau de cession doit comporter, à peine de nullité, **cinq mentions obligatoires** :

1° La dénomination *« acte de cession de créances professionnelles soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier »*.

2° Le nom de l'établissement de crédit, du FIA ou de la société de financement cessionnaire.

3° La désignation des créances cédées.

4° La signature du cédant.

5° La date de l'acte.

Jurisprudence

L'individualisation des créances peut résulter d'un listing joint au bordereau, mais le bordereau doit au moins indiquer le nombre et le montant global des cessions *(Cass. com. 20 févr. 2007, n° 05-20.562)*.

Doit être cassé l'arrêt qui pour retenir que les bordereaux constituaient des actes réguliers de cessions de créances professionnelles, a jugé que l'omission du mot *« professionnelles »* après cession de créance est sans conséquence, alors que le titre dans lequel une des mentions exigées par l'art. L. 313-23 fait défaut ne vaut pas comme acte de cession au sens de ces dispositions *(Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-11.408)*.

B Les effets de la cession Dailly

1 Les effets de la cession Dailly entre les parties

(C. mon. fin., art. L. 313-24, al. 2)
« Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement. »

Jurisprudence

La garantie à laquelle le cédant est tenu lors du paiement porte non seulement sur la solvabilité du débiteur cédé mais également sur l'existence de la créance cédée *(Cass. com., 1er févr. 2011, n° 09-73.000)*.

Si la cession n'a pas été notifiée au débiteur cédée, le cessionnaire peut agir en paiement contre le cédant sans avoir à justifier ni d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en

demeure *(Cass. com., 14 mars 2000, n° 96-14.034)*, ni d'une demande amiable adressée au débiteur cédé, ni de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement *(Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-24.755)*.
Le cessionnaire d'une créance professionnelle, qui a notifié la cession, bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, ou sa caution solidaire, sans avoir à justifier d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, à condition de **justifier d'une demande amiable adressée** préalablement à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement *(Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12.951 ; Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736)*, sauf stipulation contraire *(Cass. com., 5 juin 2012, n° 11-18.210)*.

2 Les effets de la cession Dailly à l'égard du débiteur cédé

À tout moment, le cessionnaire peut interdire au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains du signataire du bordereau *(C. mon. fin., art. L. 313-28)*. La notification doit comporter des mentions obligatoires *(C. mon. fin., art. R. 313-15)*. Après notification, le cessionnaire a un droit exclusif au paiement. **La notification vaut ainsi révocation du mandat de recouvrement confié par le cessionnaire au cédant**.

Sur la demande du cessionnaire, **le débiteur cédé peut accepter la cession**. L'acceptation, qui vaut engagement de payer directement le cessionnaire, est constatée, à peine de nullité, par un écrit intitulé « *Acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle* » *(C. mon. fin., art. L. 313-29)*. En cas d'acceptation, le débiteur **ne peut plus opposer au cessionnaire les exceptions** fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, à moins que le cessionnaire, en

acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur.

Jurisprudence

Toute acceptation à une date antérieure à la date de l'acte de cession est sans effet *(Cass. com., 3 nov. 2015, n° 14-14.373)*.

La créance cédée doit être payée au cessionnaire même si son montant est supérieur au montant de la créance garantie *(Cass. com., 18 nov. 2014, n° 13-13.336)*. Ce n'est qu'après le remboursement de la créance garantie que le cédant pourra récupérer l'excédent *(Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-13.784)*.

La notification est facultative, de sorte que la caution, s'étant engagée à garantir le paiement de la créance cédée, ne saurait invoquer le bénéfice de subrogation contre le cessionnaire à raison de son abstention d'y procéder *(Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-18.282 ; Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-12.491)*.

3 L'opposabilité aux tiers

La cession Dailly est opposable aux tiers à la **date indiquée sur le bordereau**, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances *(C. com., art. L. 313-27)*. Par conséquent, la créance ne peut plus, à compter de cette date, faire l'objet d'une saisie-attribution.

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant est sans effet sur la cession de créances. En particulier, les créances échues après le jugement d'ouverture (loyers) restent dues au cessionnaire *(Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-20732 ; Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669)*.

II. La fiducie-sûreté

(C. civ., art. 2011)
« La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires. »

A La constitution de la fiducie-sûreté

1 Les conditions de validité

a) Les parties au contrat de fiducie

La **qualité de fiduciaire** est réservée aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement, aux compagnies d'assurances et aux établissements assimilés, ainsi qu'aux avocats.

N'importe quelle personne physique ou morale peut avoir la **qualité de bénéficiaire ou de constituant**.

Le fiduciaire peut avoir la qualité de bénéficiaire de la fiducie-sûreté.

Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire *(C. civ., art. 1424, al. 2)* ou des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni *(C. civ., art. 215, al. 3)*.

Par dérogation aux dispositions de droit commun de la fiducie *(C. civ., art. 2029 et 2030)*, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté *(C. civ., art. 2372-1 et 2488-1)*.

b) Les conditions de forme

La fiducie requiert un acte notarié lorsque les biens donnés en fiducie sont des immeubles mais aussi lorsque *« les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision » (C. civ., art. 2012, al. 2)*.

Le contrat de fiducie doit être enregistré dans un délai d'un mois à compter de sa conclusion *(C. civ., art. 2019)*. Le contrat comprend des **mentions obligatoires** à peine de nullité *(C. civ., art. 2018)* :

– Désignation des biens, droits ou sûretés transférés ;
– Durée du transfert qui ne peut dépasser 99 ans à compter de la conclusion du contrat ;
– Identité du constituant, celle du fiduciaire, ainsi que celle du ou des bénéficiaires ou à défaut les critères permettant leur désignation ;
– Mission du ou des fiduciaires et étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.
– S'il s'agit d'une fiducie-sûreté, le contrat mentionne, à peine de nullité, la dette garantie *(C. civ., art. 2372-2 et 2488-2)*. Toutefois, **la fiducie-sûreté peut être expressément stipulée rechargeable** *(C. civ., art. 2372-5 et 2488-5)*. La faculté de rechargement peut être exercée par le constituant au profit du créancier originaire ou d'un autre créancier. L'acte de rechargement doit être enregistré en matière mobilière et publié en matière immobilière.

Il existe une différence de régime entre la fiducie-sûreté rechargeable et l'hypothèque rechargeable. Le rechargement d'hypothèque ne peut être effectué que dans la limite de la somme prévue initialement dans l'acte constitutif de l'hypothèque rechargeable *(C. civ., art. 2417, al. 2)*. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge. La recharge n'est soumise à aucune limite lorsque le constituant est une personne morale.

2 L'opposabilité de la fiducie-sûreté

La publicité au registre national *(C. civ., art. 2020)* n'ayant pas pour but d'informer les tiers, le transfert au fiduciaire des meubles corporels sans dépossession n'est pas opposable aux tiers. Par conséquent, le sous-acquéreur d'un meuble transféré au fiduciaire peut conserver le bien en invoquant sa possession de bonne foi *(C. civ., art. 2276)*.

(C. civ., art. 2018-2)
En revanche : « *La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire.* »

Le transfert des immeubles sans dépossession est opposable aux tiers dès la publicité au fichier immobilier.

En l'absence de dépossession, le constituant conclut avec le fiduciaire un **contrat de mise à disposition**. Lorsqu'un tel contrat porte sur un fonds de commerce, il n'est pas soumis à la réglementation de la location-gérance ou du bail commercial *(C. civ., art. 2018-1)*.

Si les biens transférés servent d'assiette à une sûreté réelle, les créanciers privilégiés conservent leur droit de suite à condition que leur sûreté ait été publiée avant la constitution de la fiducie-sûreté *(C. civ., art. 2025)*.

B Les effets de la fiducie-sûreté

1 Le patrimoine d'affectation du fiduciaire

(C. civ., art. 2024)
Les biens en fiducie forment un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Par conséquent : « *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire* ***n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.*** »

(C. civ., art. 2025, al. 1er)
« *Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une* ***sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie*** *et hors les cas de* ***fraude*** *aux droits des créanciers du constituant,* ***le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.*** »

Le patrimoine fiduciaire est donc à l'abri des créanciers du constituant et du fiduciaire.

Si le patrimoine fiduciaire ne permet pas de désintéresser les créanciers dont la créance est née de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine, ces derniers peuvent agir **contre le constituant, sauf stipulation contraire mettant le passif à la charge du fiduciaire**. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause

n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée *(C. civ., art. 2025, al. 3)*.

2 Les effets de la fiducie-sûreté en cas de défaillance du débiteur

La défaillance du débiteur a pour effet de conférer au créancier bénéficiaire, si celui-ci a la qualité de fiduciaire, la libre disponibilité des biens donnés en garantie *(C. civ., art. 2372-3 et 2488-3)*.
Si le créancier bénéficiaire n'a pas la qualité de fiduciaire, la défaillance du débiteur lui permet soit d'exiger la remise du bien dont il peut alors disposer librement, soit, si le contrat de fiducie le prévoit, de vendre le bien pour se payer sur le prix. La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur une plate-forme de négociation au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite. Si le fiduciaire ne trouve pas d'acquéreur au prix fixé par expert, il peut vendre le bien ou le droit au prix qu'il estime, sous sa responsabilité, correspondre à sa valeur.

3 Les effets de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective du constituant

En présence d'une **fiducie-sûreté avec dépossession**, les droits du fiduciaire ne sont pas altérés par l'ouverture de la procédure collective du constituant. Le juge-commissaire peut néanmoins autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement d'ouverture pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retour est justifié par la poursuite de l'activité *(C. com., art. L. 622-7, II)*.

L'efficacité de la **fiducie-sûreté sans dépossession** est limitée en cas d'ouverture d'une procédure collective au profit du constituant. Si les dispositions relatives à la continuation des contrats en cours ne concernent pas le contrat de fiducie, elles sont par exception applicables à la **convention de mise à disposition** *(C. com., art. L. 622-13, VI)*.

(C. com., art. L. 622-23-1)
La poursuite de la convention de mise à disposition fait alors obstacle à la réalisation de la garantie : *« Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture (…) »*

(C. com., art. L. 624-10-1)
Le créancier peut revendiquer ou exiger la restitution du bien mis à disposition. Mais la **restitution effective est reportée** : *« Lorsque le droit à restitution a été reconnu dans les conditions prévues aux articles L. 624-9 ou L. 624-10 et que le bien fait l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure, la restitution effective intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat. »*

En outre, le créancier pourra se voir imposer des délais de paiement *(C. com., art. L. 626-18)*. L'efficacité de la fiducie-sûreté sans dépossession est donc réduite. Les solutions sont identiques en matière de crédit-bail.
En cas de liquidation judiciaire, la fiducie-sûreté recouvre sa pleine efficacité. Si le constituant a conservé l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, le contrat de mise à disposition ne peut être cédé, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie *(C. com., art. L. 642-7, al. 6)*.

III. La cession de créance à titre de garantie

La cession de créance à titre de garantie est une cession de créance de droit commun *(C. civ., art. 1321 à 1326)* consentie en garantie d'une obligation *(C. civ., art. 2373)*. À l'évidence, le cessionnaire ne verse pas de prix, mais il ne s'agit pas pour autant d'une cession à titre gratuit.

L'acte de cession doit **désigner les créances garanties et les créances cédées**. La cession de créance de droit commun peut porter sur une créance future, à condition que celle-ci soit déterminée ou déterminable. L'article 2373-1, alinéa 2, du Code civil est plus précis : l'acte qui porte sur une créance future (garantie ou cédée) doit permettre son individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance.

Conformément au droit commun, la cession est opposable aux tiers à la date de l'acte. Toutefois, elle doit être notifiée au débiteur cédé (sauf s'il l'a accepté) pour lui être opposable et qu'ainsi celui-ci ne puisse se libérer qu'en payant le cessionnaire.

Si la créance cédée est échue avant la créance garantie, le paiement reçu par le créancier cessionnaire doit être conservé dans les conditions prévues pour la cession de somme d'argent à titre de garantie *(C. civ., art. 2373-2, al. 2)*. Si les deux créances sont échues, les sommes payées au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie.

Si la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de

celle-ci *(C. civ., art. 2373-3)*.

A priori, cession de créance et nantissement de créance ont la même efficacité. Toutefois, la Cour de cassation a jugé que le créancier ayant un nantissement sur la créance d'un compte en banque n'a qu'un droit de préférence qui ne lui permet pas de bloquer les sommes sur le compte en cas d'ouverture d'une procédure collective du constituant *(Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647)*. Si un revirement de jurisprudence n'est pas à exclure eu égard au droit exclusif au paiement (et du droit de rétention) du créancier nanti, une telle solution ne paraît pas transposable lorsque le créancier est propriétaire de la créance cédée.

IV. La cession de somme d'argent à titre de garantie

À peine de nullité, la cession de somme d'argent à titre de garantie (ou gage-espèce) doit être conclue par écrit. Cet écrit comporte la désignation des créances garanties. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci *(C. civ., art. 2374-1)*.

La cession est opposable aux tiers par la **remise de la somme cédée** *(C. civ., art. 2374-2)*.

Le **cessionnaire dispose librement de la somme cédée**, sauf convention contraire qui en précise l'affectation *(C. civ., art. 2374-3)*. Il résulte donc de l'article 2373-2, alinéa 2, que le cessionnaire d'une créance à titre de garantie qui a été payé par le débiteur cédé (avant l'échéance de la créance garantie) fait ce qu'il veut des sommes (sauf clause contraire), alors même que ce texte dispose que le cessionnaire « conserve » les sommes. En effet, le propriétaire de la créance devient propriétaire de la somme, la propriété-sûreté de la créance se

transforme en propriété-sûreté de la somme. Au contraire, l'article 2364, alinéa 2, dispose que le créancier nanti doit conserver les sommes payées par le débiteur de la créance nantie (avant échéance de la créance garantie) sur un compte spécialement affecté ouvert à cet effet, ce qui fait obstacle à leur saisie par les créanciers du bénéficiaire.

Si la convention exclut que le cessionnaire ait la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire *(C. civ., art. 2374-4)*. La clause contraire peut prévoir que ces sommes seront versées soit au cessionnaire soit au cédant.

Lorsque le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, il conserve les fruits et intérêts. Toutefois, il peut être convenu d'un intérêt au profit du cédant *(C. civ., art. 2374, al. 2)*.

En cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire peut imputer le montant de la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts, sur la créance garantie. Le cas échéant, il restitue l'excédent au cédant *(C. civ., art. 2374-5)*. **La sûreté excluant tout enrichissement du créancier, il devra restituer l'intégralité des sommes, fruits et intérêts compris, qui excèdent le montant de la créance garantie.** *A fortiori*, lorsque la créance garantie est intégralement payée, le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts *(C. civ., art. 2374-6)*. Tant que le cédant n'a pas réglé sa créance, il ne dispose pas d'une créance exigible de restitution contre le cessionnaire, ce qui fait obstacle à la compensation légale. En revanche, les parties peuvent convenir d'une compensation conventionnelle.

§2 La propriété réservée à titre de garantie

I. La clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété est la clause par laquelle l'effet translatif de propriété d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie *(C. civ., art. 2367)*. Elle est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.

A La constitution de la réserve de propriété

1 L'exigence d'un écrit

La réserve de propriété est convenue par écrit *(C. civ., art. 2368)*. Il peut s'agir d'une facture ou d'un bon de livraison à condition que soit constaté l'accord écrit du débiteur.

> (C. com., art. L. 624-16, al. 2)
> *« Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. »*

Il suffit que la réserve de propriété soit stipulée dans les **conditions générales de vente** pour être applicable à toutes les ventes qui s'y réfèrent. La charge des risques d'une chose étant liée à la propriété (*res perit domino*), le créancier a intérêt à stipuler que les risques sont transférés à l'acheteur.

2 Les conditions de validité

Si la validité d'une clause de réserve de propriété ne pose pas de difficultés, il en va autrement des clauses qui lui sont rattachées. La Cour de cassation a identifié trois **clauses abusives relatives à la réserve de propriété** *(Cass. avis, n° 16011, 28 nov. 2016, n° 16-70009)* :

– Doit être réputée non écrite la clause qui prévoit la **subrogation du prêteur dans la réserve de propriété du vendeur**. Car la conclusion du contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit transfère immédiatement la propriété des fonds de sorte que leur versement au vendeur par le prêteur ne constitue pas un paiement susceptible d'entraîner la subrogation. La clause prévoyant une telle subrogation laisse faussement croire à l'emprunteur, devenu propriétaire du bien dès le paiement du prix au vendeur, que la sûreté réelle a été valablement transmise, ce qui entrave l'exercice de son droit de propriété et a pour effet de créer un déséquilibre significatif à son détriment.
– Est présumée abusive sauf preuve contraire, la clause qui prévoit **la renonciation du prêteur au bénéfice de la réserve de propriété et la faculté d'y substituer unilatéralement un gage** portant sur le même bien, sans que le débiteur en soit informé.
– La clause qui autorise le prêteur a **réalisé le bien repris, sans permettre à l'emprunteur de présenter lui-même un acheteur** faisant une offre, est susceptible d'aggraver la situation financière du débiteur et crée un déséquilibre significatif à son détriment.

B Les effets de la réserve de propriété

1 Le délai des actions en revendication et en restitution

À défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer *(C. civ., art. 2371)*.

Si le débiteur fait l'objet d'une **procédure collective**, le créancier peut invoquer la clause de réserve de propriété même si sa créance n'a pas été régulièrement déclarée *(Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-20.069)*.

Le créancier doit **revendiquer les meubles dans un délai de trois mois** suivant la publication du jugement d'ouverture ouvrant la procédure *(C. com., art. L. 624-9)*. La revendication est adressée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, selon la procédure collective, soit à l'administrateur judiciaire ou, à défaut, au débiteur, soit au liquidateur. À défaut de réponse ou d'acquiescement dans un délai d'un mois, le demandeur doit saisir le juge-commissaire au plus tard dans un délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse *(C. com., art. R. 624-13)*.

Jurisprudence

« La mise en œuvre de l'action en revendication exercée par un créancier, ou son subrogé, sur le fondement de l'article L. 624-16 du Code de commerce, n'est pas subordonnée à l'exigibilité de la créance dont la clause de réserve de propriété est l'accessoire, mais uniquement à son existence » (Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-20.619). L'article L. 624-9 du Code de commerce déroge ainsi à l'article 2371 du Code civil.

La vente avec réserve de propriété n'étant pas considérée comme un contrat en cours, le vendeur peut bénéficier d'une restitution immédiate, ce qui n'est le cas ni du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté avec dépossession, ni du crédit-bailleur. Le défaut de revendication

est sanctionné par l'impossibilité pour le créancier d'opposer son droit de propriété à la procédure collective.

Jurisprudence

Le bien non revendiqué ne devient pas pour autant la propriété du débiteur, *« de sorte que le propriétaire, qui n'a pas revendiqué son bien dans le délai légal, est fondé à en obtenir la restitution contre le tiers acquéreur de mauvaise foi » (Cass. com., 15 déc. 2015, n° 13-25.566)*.

Le propriétaire est dispensé de revendiquer lorsque la réserve a fait l'objet d'une publicité *(C. com., art. L. 624-10)*. Le propriétaire forme alors une **simple demande de restitution** par LRAR qui, à la différence de la revendication, n'est soumise à aucune forclusion.

Enfin, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement *(C. com., art. L. 624-16, in fine)*.

Jurisprudence

L'extinction de la créance garantie du fait de l'effacement des dettes du débiteur consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont il a bénéficié, n'équivaut pas à un paiement de sorte que le transfert de propriété n'a pas pu intervenir à son profit, ce qui permet au créancier, subrogé dans les droits du vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété, d'appréhender le bien vendu *(Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891)*.

2 La condition d'existence en nature du bien

La revendication ou la restitution doit porter sur un **bien détenu en nature par le débiteur**.

Cependant, la loi prévoit **quatre exceptions** :

– **Incorporation**. *« L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens* ***peuvent être séparés*** *sans subir de dommage » (C. civ., art. 2370 ; C. com., art. L. 624-16, al. 3)*.

– **Report sur le prix**. *« Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure » (C. com., art. L. 624-18 ; C. civ., art. 2372)*.

Jurisprudence

Si le prix impayé peut être revendiqué par le vendeur avec réserve de propriété, le sous-acquéreur n'est pas en revanche tenu de restituer le bien grevé *(Cass. com., 3 nov. 2015, n° 13-26.811)*.

La revendication du prix subrogé au bien, lorsque celui-ci a été revendu par le débiteur, ne suppose pas la preuve de l'existence en nature du bien à la date d'ouverture de la procédure collective du débiteur, mais la preuve du maintien du bien dans son état initial à la date de sa délivrance au sous-acquéreur *(Cass. com., 14 juin 2017, n° 16-11.004)*.

– **Indemnité d'assurance.** *« Peut être revendiquée dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien » (C. com., art. L. 624-18 ; C. civ., art. 2372)*.

(C. civ., art. 2372, al. *2)*
« Le sous-acquéreur ou l'assureur peut alors opposer au créancier les ***exceptions inhérentes à la dette*** *ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur* ***avant qu'il ait eu connaissance du report****. »*

– **Fongibilité.** *« La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte » (C. civ., art. 2369 ; C. com., art. L. 624-16, al. 3)*. Lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent, dans le délai de trois mois, les mêmes biens, ceux-ci doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date de l'ouverture *(Cass. com., 29 nov. 2016, n° 15-12.350)*. La répartition n'est donc pas proportionnelle au montant des créances restant impayées, ce qui paraît peu conforme aux dispositions de l'article 2369 du Code civil.

Jurisprudence

Aucune exception n'étant prévue pour les immobilisations par destination, le créancier ne peut pas revendiquer des meubles affectés au service et à l'exploitation du fonds de commerce du débiteur *(Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-23.424)*.

Le débiteur doit détenir les biens revendiqués, ce qui oblige le propriétaire à démontrer que le tiers en possession des biens au moment de la revendication les détenait pour le compte du débiteur, étant entendu qu'il est sans emport que les tiers détenteurs soient des sociétés du groupe dont le débiteur fait partie et ayant le même représentant légal *(Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-18.614)*.

3 Le règlement de la créance garantie

La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie. Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence *(C. civ., art. 2371)*.

II. Le crédit-bail mobilier ou immobilier

La propriété retenue par le crédit-bailleur joue le rôle de garantie.
La publicité du crédit-bail mobilier au Registre des sûretés mobilières *(C. com., art. R. 521-2, 16°)* rend la propriété du crédit-bailleur opposable aux créanciers et ayants cause à titre particulier du crédit-preneur *(C. mon. fin., art. R. 313-10)*. En revanche, le sous-acquéreur peut se prévaloir de l'article 2276 *(Cass. com., 14 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 257)*.

Même en l'absence de publicité, le crédit-bailleur peut établir que les créanciers et acquéreurs du bien avaient connaissance de son droit.
En matière immobilière, les articles R. 313-12 et R. 313-13 du Code monétaire et financier renvoient au régime de la publicité foncière, ce qui est curieux dès lors que le crédit-bailleur dispose déjà d'un droit de propriété publié sur l'immeuble.

En cas de procédure collective du crédit-preneur, l'administrateur peut décider la poursuite du crédit-bail *(C. com., art. L. 622-13)*, nonobstant l'absence de paiement de loyers antérieurs au jugement d'ouverture. La poursuite du contrat fait alors obstacle à la restitution effective du bien consécutive à la demande de revendication ou de restitution (v. *supra*, la réserve de propriété).

Le crédit-preneur en procédure collective peut, à l'échéance, lever l'option d'achat avant l'expiration des délais dont il bénéficie. Il doit alors payer l'intégralité des sommes dues dans la limite de la

réduction dont elles font l'objet dans le plan sous forme de remises *(C. com., art. L. 626-18, al. 7)*. Et, en cas d'adoption d'un plan de cession, le paiement ne peut être supérieur à la *« valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession » (C. com., art. L. 642-7, al. 5)*. Lorsque la levée d'option est subordonnée au paiement de l'intégralité des loyers, le juge-commissaire peut, si la levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité, autoriser le débiteur à payer des créances antérieures *(C. com., art. L. 622-7, II ; et pour la levée d'option par le liquidateur : C. com., art. L. 641-3, al. 2)*. Enfin, le crédit-bail peut faire l'objet d'une cession forcée *(C. com., art. L. 642-7, al. 5)*. Le cessionnaire pourra immédiatement lever l'option sous réserve du paiement, d'une part, de la totalité des loyers postérieurs à la cession et de la somme résiduelle prévue en cas de levée d'option, et, d'autre part, des loyers antérieurs dans la limite de la valeur du bien objet du crédit-bail *(Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-13.035)*.

⏭ POUR ALLER PLUS LOIN…

– L. ANDREU, « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », JCP N 2016, 1105

TITRE 3

LES SÛRETÉS À L'ÉPREUVE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Fiche n° 58 Sûretés et procédures d'insolvabilité

Fiche n° 58 Sûretés et procédures d'insolvabilité

⏭ L'ESSENTIEL

L'ouverture d'une procédure collective met à l'épreuve l'efficacité des sûretés. En principe, les sûretés personnelles ne sont pas affectées par la procédure ouverte au profit du débiteur. Par exception, l'accord conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers, dans le cadre d'une procédure de conciliation, profitent aux coobligés et garants. De plus, les coobligés et garants, personnes physiques, profitent largement des mesures favorables au débiteur placé en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire.

À l'opposé, les sûretés réelles sont profondément affectées par la procédure collective : perte de la sûreté en cas d'irrégularité de la déclaration de créance, interdiction d'engager des procédures d'exécution, inefficacité du droit de rétention fictif et du pacte commissoire, nullités de la période suspecte, ordre des paiements (V. Fiche n° 52), modalités de l'action en revendication (V. Fiche n° 57). L'efficacité des sûretés est ainsi sacrifiée par le droit des procédures collectives sur l'autel du redressement de l'entreprise.

En matière de traitement des situations de surendettement des particuliers, les garants ne peuvent jamais bénéficier des mesures

favorables au débiteur surendetté, mais ce dernier ne peut s'en prévaloir lors de l'exercice du recours des garants. La caution, personne physique, qui a payé le créancier est protégée puisque sa créance ne peut jamais être effacée dans le cadre d'une procédure de surendettement.

⏭ LES CONNAISSANCES

§1 Les sûretés dans les procédures collectives

I. La procédure de conciliation

La procédure de conciliation peut bénéficier aux débiteurs, personne morale de droit privé ou personne physique exerçant une activité commerciale, artisanale ou indépendante, qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours *(C. com., art. L. 611-4)*. Le président du tribunal désigne un conciliateur dont la mission est notamment de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise *(C. com., art. L. 611-7, al. 1er)*. L'ouverture de la procédure n'entraîne pas la suspension des poursuites individuelles *(Cass. civ. 3e, 10 déc. 2008, n° 07-19.899)*.

Au cours de la procédure, le débiteur peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du Code civil à l'égard d'un créancier qui l'a mis en demeure ou poursuivi, ou qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance. Dans ce dernier cas, le juge peut, **nonobstant les termes du premier alinéa**

de ce même article, reporter ou échelonner le règlement des créances non échues, dans la limite de la durée de la mission du conciliateur. *(C. com., art. L. 611-7, al. 5)*. L'accord avec les principaux créanciers est soit constatée par le président du tribunal qui lui donne force exécutoire, soit homologué par le tribunal si les conditions légales sont réunies *(C. com., art. L. 611-8)*.

A Les effets de la procédure de conciliation sur les sûretés

Pendant son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet *(C. com., art. L. 611-10-1)*. Les sûretés réelles sur les biens du débiteur, garantissant les créances intégrées à l'accord, sont paralysées pendant l'exécution de celui-ci. En revanche, si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge qui a ouvert la procédure peut seulement reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des délais de grâce accordés au débiteur, ainsi que des dispositions (remises et délais) de l'accord constaté ou homologué *(C. com., art. L. 611-10-2, al 1er)*.

B Le privilège de new money

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui ont consenti,

dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, bénéficient, pour le montant de cet apport, d'un privilège général (v. Fiche n° 52). Les personnes qui fournissent, dans le même cadre, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service.
Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation *(C. com., art. L. 611-11)*.

C La fin de l'accord

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué (caducité). Les créanciers recouvrent **l'intégralité de leurs créances et sûretés**, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11 *(C. com., art. L. 611-12)*. C'est dire que les délais de paiement et remises de dettes seront pérennes, tant pour le débiteur que pour les tiers ayant consenti une sûreté pour garantir les dettes de celui-ci, qu'à la condition que la situation financière de l'entreprise s'améliore. Logiquement, la résolution de l'accord pour inexécution *(C. com., art. L. 611-10-3)* remet également en cause les avantages dont bénéficiaient les tiers ayant consenti une sûreté.

Jurisprudence

Si, lorsqu'il est mis fin de plein droit à un accord de conciliation en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du débiteur, le créancier qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient, **il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord**. Il s'ensuit que le cautionnement ayant été consenti en contrepartie des abandons de créance dans le cadre d'un même accord de conciliation, l'échec de cet accord entraîne la caducité de celui-ci dans son intégralité, abandons de créance et cautionnement *(Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-15.655 ; pour une cession d'actions prévue par l'accord de conciliation : Cass. com., 21 oct. 2020, n° 17-31663)*.

Cependant, cette solution est remise en cause par l'article L. 611-10-4, issu de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce : *« La caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les* ***clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences*** *»*.

II. La procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde est ouverte, à la demande du débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter *(C. com., art. L. 620-1)*.

A Les effets de l'ouverture de la procédure de sauvegarde sur les sûretés

Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois pour une durée de six mois au plus *(C. com., art. L. 621-3)*.

Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur judiciaire. Toutefois, l'administrateur a qualité pour inscrire au nom de l'entreprise tous hypothèques, nantissements, gages ou privilèges que le débiteur aurait négligé de prendre ou de renouveler *(C. com., art. L. 622-4, al. 2)*.

Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent *(C. com., art. L. 622-5)*. Il doit être fait mention des biens détenus par le débiteur susceptibles d'être revendiqués par des tiers et, lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel, des biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19 du Code de commerce *(C. com., art. L. 622-6)*.

1 Les sûretés réelles grevant le patrimoine du débiteur en sauvegarde

a) Les effets de plein droit du jugement d'ouverture

Le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, l'**interdiction de payer les créances antérieures** au jugement, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes, et les créances postérieures autres que celles nées régulièrement pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période *(C. com., art. L. 622-7, I, al. 1er)*.

Le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, **inopposabilité du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du code civil (*i.e.* celui du gage sans dépossession)** pendant la période d'observation et l'exécution du plan *(C. com., art. L. 622-7, I, al. 2)*. Toutefois, si le bien grevé est compris dans une cession d'activité prévue par le plan de sauvegarde, le droit de rétention fictif est de nouveau opposable.

Le jugement d'ouverture fait obstacle **à la conclusion et à la réalisation du pacte commissoire**.

Le débiteur ne peut accomplir un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, **consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure**, payer le transporteur exerçant une action directe en paiement, compromettre ou transiger qu'avec l'**autorisation du juge-commissaire** *(C. com., art. L. 622-7, II)*.
Le juge-commissaire peut aussi **autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue** ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité. C'est dire qu'en l'absence de paiement de la créance garantie, le droit de rétention (matériel) et la fiducie-sûreté ne sont pas affectées par la procédure.

b) La cession d'un bien grevé d'une sûreté pendant la période d'observation

En cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale, la **quote-part du prix** correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et après paiement du super-privilège des salariés *(C. com., art. L. 622-8, al. 1er)*.

c) Le blocage des sûretés réelles

Le jugement d'ouverture :

– **interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers** (à l'exception des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période) tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent *(C. com., art. L. 622-21, I)* ;

– arrête ou **interdit toute procédure d'exécution** tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que **toute procédure de distribution** n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture *(C. com., art. L. 622-21, II, modifié par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce afin de soumettre à cette règle les bénéficiaires d'une sûreté réelle pour autrui sur un bien du débiteur ; pour la solution antérieure : Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525)* ;

– **interdit** « ***tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle*** *conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur. Toute disposition contraire, portant* ***notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture****, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture » (C. com., art. L. 622-21, IV)*.
Par conséquent, la diminution de la valeur du bien grevé ou l'évolution du montant de la créance garantie n'autorisent pas le créancier à se prévaloir d'une clause d'arrosage visant à augmenter l'assiette de sa sûreté. Les titres financiers qui viendraient accroître la valeur du compte-titres nanti sont exclus de l'assiette du nantissement du compte-titres.

La notion d'accroissement devrait être interprétée restrictivement, afin que ces dispositions ne fassent pas obstacle au remplacement ou à la substitution du bien grevé, dès lors celle-ci ne confère pas au créancier une sûreté supérieure (ex. : gage de choses fongibles ; remplacement de titres sur le compte-titres nanti).

Est également interdit l'accroissement de l'assiette de la sûreté par transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, ce qui vise notamment les créances futures nanties qui ne pourront donc plus intégrer l'assiette du nantissement de créance, de la cession de créance à titre de garantie ou de la fiducie. Peu importe que le code civil prévoie que le transfert de ces créances s'opère dès la date de l'acte constitutif. Les créanciers nantis ou les cessionnaires n'auront aucun droit sur les créances nées après

le jugement d'ouverture. Le même raisonnement vaut pour tout bien futur qui aurait été grevé avant le jugement d'ouverture.

Par exception, « *l'accroissement de l'assiette peut valablement résulter d'une* ***cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure*** » *(C. com., art. L. 622-21, IV)*. Dès lors que l'acte de cession de créances professionnelles porte sur des créances futures, celles-ci seront cédées au cessionnaire même si leur naissance est postérieure au jugement d'ouverture.

– fait obstacle à l'inscription des hypothèques, gages, nantissements et privilèges *(C. com., art. L. 622-30, al. 1er)*. Par exception, le vendeur du fonds de commerce peut inscrire son privilège, étant rappelé que le privilège doit être inscrit dans un délai de 30 jours suivant l'acte de vente pour produire ses effets à cette date *(C. com., art. L. 141-6)*.

d) La déclaration de créance

À partir de la publication du jugement d'ouverture au Bodacc, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans un délai de deux mois *(C. com., art. L. 622-24)*. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont **avertis personnellement** ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à leur égard à compter de la notification de cet avertissement, et à condition que celui-ci reproduise les mentions obligatoires prévues par la loi et le règlement *(par ex. : Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-19.317)*.

Jurisprudence

Le liquidateur n'a pas à délivrer l'avertissement personnel destiné aux créanciers titulaires d'une sûreté publiée à la société ayant absorbé le créancier hypothécaire dès lors que cette opération n'a donné lieu à aucune modification de l'inscription au livre foncier qui mentionnait, comme créancier hypothécaire, la société absorbée *(Cass. com., 17 avr. 2019, n° 17-27.058)*.

La déclaration porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances. Elle précise **la nature et l'assiette de la sûreté** dont la créance est éventuellement assortie et, le cas échéant, **si la sûreté réelle conventionnelle a été constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers** *(C. com., art. L. 622-25, al. 1er)*. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle pour autrui sur un bien du garant placé en procédure collective doit donc, à l'instar d'un créancier du garant, déclarer sa créance et sa sûreté.

En cas de déclaration tardive, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. **Les créances et les sûretés non déclarées régulièrement** dans les délais **sont inopposables** au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus *(C. com., art. L. 622-26, al. 2)*.

Jurisprudence

La décision par laquelle le juge-commissaire retient qu'une créance a été irrégulièrement déclarée et ne peut être admise au passif est, au sens de l'article L. 624-2 du Code de commerce, une décision de rejet de la créance, qui entraîne, par voie de conséquence, son extinction et celle de la sûreté qui la garantissait *(Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-24.854)*. Alors que le défaut de décla ration rend la créance inopposable à la procédure, son rejet (par ex. en cas de défaut de pouvoir du déclarant) entraîne son extinction, de sorte que le créancier ne peut se prévaloir du nantissement du fonds de commerce du débiteur, et doit procéder à sa radiation. Cependant, l'article L. 624-2 a été modifié par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce. Désormais, le juge-commissaire ne décide de l'admission ou du rejet des créances que si la demande d'admission est recevable. Il peut donc déclarer irrecevable une demande d'admission sans la rejeter, ce qui permet de maintenir la sûreté dès lors que le juge n'a pas statué au fond sur la créance déclarée.

Lorsque l'hypothèque porte sur un bien commun et qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'un des époux, les créanciers hypothécaires de l'époux *in bonis* ont l'interdiction d'engager des poursuites ou d'inscrire leur hypothèque sur le bien commun. Car la sûreté des créanciers de l'époux placé en procédure collective porte sur la totalité de l'immeuble *(C. civ., art. 1413)*. Les créanciers de l'époux *in bonis* doivent donc déclarer leurs créances privilégiées dans la procédure collective de l'autre conjoint. À défaut, leurs droits réels accessoires seront inopposables à la procédure collect ive.
En revanche, si l'immeuble grevé est en indivision, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un seul indivisaire n'affecte pas les droits du créancier hypothécaire à l'encontre de l'indivision *(C. civ., art. 815-17 et 2414)*.

2 Les sûretés consenties par des tiers

a) La déclaration et l'admission de la créance garantie

L'inopposabilité de la créance non déclarée est une mesure légale dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance qui, en tant que telle, ne constitue pas une exception que la caution peut opposer au créancier *(C. civ., art. 2298 ; cep. v. l'exception de bénéfice de subrogation)*.

Par exception, **les créances et sûretés non déclarées sont inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie** *(C. com., art. L. 622-26, al. 2)*. L'inopposabilité s'applique pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus.

Si le garant personne physique trouve ainsi un intérêt au défaut de déclaration de la créance garantie, ce n'est pas le cas du garant personne morale. C'est notamment la raison pour laquelle, *« même avant paiement, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent procéder à la déclaration de leur créance pour la sauvegarde de leur recours personnel » (C. com., art. L. 622-34 ; v. en cas de paiement : art. L. 622-33, al. 2)*.

En outre, *« les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, lorsqu'elles sont poursuivies, ne peuvent se voir opposer l'état des créances lorsque la décision d'admission prévue à l'article L. 624-2 ne leur a pas été notifiée » (C. com., art. L. 624-3-1, al. 2)*.

Jurisprudence

La décision par laquelle le juge-commissaire retient qu'une créance a été irrégulièrement déclarée et ne peut être admise au passif est une décision de rejet de la créance, qui entraîne, par voie de conséquence, son extinction et celle de la sûreté qui la garantissait *(Cass. com. 22 janv. 2020, n° 18-19.526 ; Cass. com. 4 mai 2017, n° 15-24.854)*.

L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce remet en cause cette solution en modifiant l'article L. 624-2 qui distingue désormais la décision d'irrecevabilité de la demande d'admission et celle d'admission ou de rejet de la créance. La simple irrecevabilité n'éteint pas la créance, de sorte que la sûreté la garantissant est maintenue.

La déclaration de créance au passif du débiteur principal mis en procédure collective interrompt la prescription à l'égard de la caution et cette interruption se prolonge jusqu'à la clôture de la procédure collective *(Cass. com., 23 oct. 2019, n° 17-25.656 ; pour le garant hypothécaire : Cass. com., 1er juill. 2020, n° 18-24.979)*.

b) L'arrêt du cours des intérêts

Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. **Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de ces dispositions** *(C. com., art. L. 622-28, al. 1er)*.

c) La suspension des poursuites

Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute **action contre les personnes**

physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans *(C. com., art. L. 622-28, al. 2)*. Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires.

Jurisprudence

L'action régulièrement engagée par le créancier contre la caution, suspendue par l'effet du jugement d'ouverture, peut être reprise sans nouvelle assignation après le jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation *(Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-21.043)*. Il n'est pas nécessaire de notifier préalablement ce jugement à la caution *(Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-20.522)*.

B Les sûretés et le plan de sauvegarde

1 Le bénéfice du plan aux coobligés et garants

Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. **À l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir** *(C. com., art. L. 626-11)*. Cela concerne notamment les délais et remises dont peut bénéficier le débiteur en sauvegarde dans les conditions prévues aux articles L. 626-18 à L. 626-20. Cependant, ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers *(C. com., art. L. 626-20)* : les créances de salaires, les créances garanties par le privilège de conciliation (ou new money) ou par le privilège d'apport de trésorerie pour l'exécution du plan de sauvegarde (ou post money).

Jurisprudence

Tant que le débiteur principal exécute le plan, les coobligés et garants, personnes physiques, ne peuvent pas être actionnés *(Cass. com., 1er mars 2016, n° 14-16.402 ; Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-10.673)*.

Dès qu'une échéance du plan est impayée, et au fur et à mesure des impayés, le créancier peut de nouveau les poursuivre, sans avoir à solliciter ou à attendre la résolution du plan *(Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-10.673)*.

En revanche, la caution, personne morale, est tenue de la partie exigible de la dette cautionnée, sous déduction des sommes payées en exécution du plan à condition qu'il soit démontré que celles-ci doivent s'imputer sur la dette garantie *(Cass. com., 30 janv. 2019, n° 16-18.468)*.

2 La cession d'un bien grevé prévue par le plan

En cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la CDC et les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix après le paiement des créances garanties par le super-privilège des salariés *(C. com., art. L. 626-22)*.

Ils reçoivent les dividendes à échoir d'après le plan, réduits en fonction du paiement anticipé, suivant l'ordre de préférence existant entre eux.

Si un bien est grevé d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents. En l'absence d'accord, le tribunal peut ordonner cette substitution.

3 Le privilège d'apport de trésorerie pour l'exécution du plan

Les créances résultant des apports de trésorerie des personnes qui se sont engagées à les effectuer pour l'exécution du plan de sauvegarde arrêté par le tribunal bénéficient d'un privilège général *(C. com., art. L. 626-10, al. 5)*. Ce privilège ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. Il ne peut bénéficier, directement ou indirectement, aux créanciers au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la procédure. Ce privilège correspond à une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure. Son rang est déterminé par l'article L. 622-17 du Code de commerce (v. Fiche n° 52).

III. La procédure de redressement judiciaire

A Les effets de la procédure de redressement judiciaire sur les sûretés

Les dispositions relatives aux sûretés étudiées au titre de la procédure de sauvegarde sont applicables à la procédure de redressement judiciaire *(C. com. art. L. 631-14)*. Ainsi, contrairement au droit antérieur à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de l'inopposabilité des créances non déclarées, de l'arrêt du cours des intérêts ou encore des dispositions du plan de redressement.

B La période suspecte

La période suspecte est comprise entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture. Il appartient au

tribunal de fixer la date de cessation des paiements sans que celle-ci puisse être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure *(C. com., art. L. 631-8)*.

(C. com., art. L. 632-1)

Sont notamment nuls de plein droit, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements :

« 6° Toute sûreté réelle conventionnelle ou droit de rétention conventionnel constitués sur les biens ou droits du débiteur pour dettes antérieurement contractées, à moins qu'ils ne remplacent une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente et à l'exception de la cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier, intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements ;

7° Toute hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;

10° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;

11° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ; »

Sont nuls, les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière. Dans l'hypothèse où deux sociétés forment un groupe et que la société cautionnée est l'associée majoritaire de la société caution, celle-ci, en tant que filiale, a un intérêt à favoriser le financement de sa société mère, laquelle pourra participer à son propre développement, **de sorte que le cautionnement a une contrepartie et ne constitue donc pas un acte à titre gratuit au sens de l'article L. 632-1, I, 1°** *(Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23.020)*. *A contrario*, le cautionnement consenti par une société, sans que celle-ci n'y trouve aucun intérêt, pourrait constituer un acte à titre gratuit.

IV. La procédure de liquidation judiciaire

A Les effets de la liquidation judiciaire sur les sûretés

L'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire a **les mêmes effets que ceux prévus en cas de sauvegarde** en ce qui concerne l'interdiction des paiements des créances antérieures, l'interdiction de conclure ou de réaliser un pacte commissoire, l'interruption de toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent et de toute procédure d'exécution, l'arrêt du cours des intérêts et l'interdiction des inscriptions *(C. com., art. L. 641-3, al. 1er)*.

En outre, les créanciers déclarent leurs créances et sûretés au liquidateur comme en procédure de sauvegarde *(C. com., art. L. 641-3, al. 4)*.

En revanche, les règles relatives à la sauvegarde non visées par l'article L. 641-3 sont inapplicables à la liquidation. Par conséquent, **le droit de rétention fictif est opposable**. De même, le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire **ne suspend pas les actions contre les coobligées et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie**.

Par ailleurs, le juge-commissaire peut autoriser le liquidateur ou l'administrateur à payer des créances antérieures au jugement pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue ou encore pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail *(C. com., art. L. 641-3, al. 2)*.

Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour

dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire *(C. com., art. L. 641-12-1)*.

Enfin, sont notamment applicables à la liquidation, les règles relatives aux nullités de la période suspecte et relatives à la revendication et à la restitution de meubles *(C. com., art. L. 641-14)*.

B La cession de l'entreprise ou des actifs

1 La cession de l'entreprise

Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, le tribunal affecte à chacun de ces biens, pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence, la **quote-part du prix**, déterminée au vu de l'inventaire et de la prisée des actifs et correspondant au rapport entre la valeur de ce bien et la valeur totale des actifs cédés *(C. com., art. L. 642-12)*. Le paiement du prix de cession fait obstacle à l'exercice à l'encontre du cessionnaire des droits des créanciers inscrits sur ces biens. Jusqu'au paiement complet du prix qui emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession, les créanciers bénéficiant d'un droit de suite ne peuvent l'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire.

Par exception, **la charge des sûretés réelles immobilières et mobilières spéciales, garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire**. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier, qui a régulièrement déclaré sa créance, les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la

garantie. Le débiteur est libéré de ces échéances. Il peut être dérogé au transfert de la charge du crédit garanti par une sûreté réelle par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés.

En toute hypothèse, ces dispositions n'affectent pas le droit de rétention du créancier sur un bien compris dans la cession.

Jurisprudence

Si le cessionnaire de l'entreprise est tenu de payer les échéances de remboursement du prêt qui sont postérieures à la cession du bien financé, la caution de l'emprunteur demeure tenue, dans les mêmes conditions que celui-ci, de rembourser, sous déduction des sommes versées par le cessionnaire, l'intégralité de l'emprunt, y compris les échéances exigibles après l'ouverture de la procédure collective *(Cass. com., 8 janv. 2020, n° 18-21.925 ; même sens : Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23.219)*.

Cette solution se heurte désormais à l'article L. 642-12, al. 4, modifié par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce qui prévoit qu'en cas de transfert de la charge des sûretés réelles, le débiteur est libéré des échéances postérieures à la cession. Pour autant, cette libération s'apparente à une mesure légale dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, de sorte que la caution ne pourrait pas opposer cette exception au créancier.

2 La cession des actifs

En cas d'adjudication d'un immeuble, le paiement du prix au liquidateur emporte **purge des hypothèques** et de tout privilège du chef du débiteur *(C. com., art. L. 642-18)*. Le liquidateur répartit le produit des ventes et règle l'ordre entre les créanciers.

À défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'**autorisation de procéder à la réalisation**. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation *(C. com., art. L. 642-20-1)*. Le **créancier gagiste**, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'**attribution judiciaire**. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.
En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention (s'il existe) est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur.

C La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif

Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur *(C. com., art. L. 643-11, I)*. Cette mesure légale dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance ne profite pas à la caution.

Par exception, **les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci** *(C. com., art. L. 643-11, II)*.

Jurisprudence

Après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance *(Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-13.430)*.

L'époux commun en biens, codébiteur solidaire d'un emprunteur objet d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, ne peut invoquer l'interdiction de reprendre les poursuites contre son conjoint, prévue par l'article L. 643-11 du Code de commerce, qui ne lui profite pas en raison de sa qualité de débiteur tenu d'une obligation distincte *(Cass. com., 2 févr. 2022, n° 20-18.791)*.

Le maintien du recours de la caution *solvens* en cas de liquidation judiciaire du débiteur ne permet pas à la caution qui a acquitté la dette principale d'exercer dans les conditions prévues l'article L. 643-11, II, un recours contre un cofidéjusseur, à moins que le patrimoine de celui-ci soit confondu avec celui du débiteur principal *(Cass. com., 5 mai 2021, n° 20-14.672)*.

(C. mon. fin., art. L. 211-38, I)
« I. – À titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36*, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, marchandises représentées par un reçu d'entreposage, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, réalisables, même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce, ou d'une procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition. »*

La garantie d'une obligation financière n'est ainsi jamais affectée par l'ouverture d'une procédure collective.

V. La responsabilité du créancier

(C. com., art. L. 650-1, al. 1er)
« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. »

Le créancier qui maintient un crédit ou accorde un nouveau crédit alors qu'il n'ignore pas la situation irrémédiablement compromise du débiteur commet une faute (soutien abusif). Mais cette faute ne sera sanctionnée que dans les hypothèses prévues par l'article L. 650-1 et, en particulier, si, en contrepartie de ce crédit ruineux, le créancier a obtenu des garanties disproportionnées. *« Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue,* ***les garanties prises en contrepartie de ces concours peuvent être annulées ou réduites*** *par le juge » (C. com., art. L. 650-1, al. 2)*.

Jurisprudence

La garantie financière consentie à un professionnel de l'immobilier n'est pas, en l'absence de crédit, un concours au sens de l'article L. 650-1, de sorte que la responsabilité du garant ne saurait être recherchée sur le fondement de ce texte par la personne garantie ou son liquidateur *(Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-26.387)*. Ce faisant, la Cour de cassation paraît exclure du champ de l'article L. 650-1 les crédits par signature (par ex. le cautionnement) pour ne retenir que les crédits par mise à disposition de fonds.

§2 Les sûretés dans le traitement des situations de surendettement

Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi. La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir. En visant les dettes professionnelles, l'article L. 711-1 du Code de la consommation fait notamment bénéficier de la procédure de surendettement le dirigeant de société qui ne relève pas des procédures collectives dans la mesure où il n'exerce pas personnellement et à titre indépendant une activité commerciale.

L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement *(C. consom., art. L. 711-1, al. 3)*. Et ce, que la caution soit ou non la dirigeante du débiteur principal *(Cass. civ. 2e, 6 juin 2019, n° 18-16.228)*. Le dirigeant qui s'est porté caution ou codébiteur solidaire des dettes de sa société peut bénéficier des procédures de surendettement et de rétablissement personnel, alors même qu'il a agi dans l'exercice de sa profession, à moins qu'il soit soumis à une procédure collective.

I. La suspension et l'interdiction des procédures d'exécution et des paiements

Le débiteur saisit la commission de surendettement des particuliers d'une demande tendant au traitement de sa situation de surendettement dans laquelle il déclare les éléments actifs et passifs de son patrimoine *(C. consom., art. L. 721-1)*. La recevabilité de la

demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires *(C. consom., art. L. 722-2)*.

Les créances figurant dans l'état d'endettement du débiteur dressé par la commission ne peuvent produire d'intérêts ou générer de pénalités de retard à compter de la date de recevabilité *(C. consom., art. L. 722-14)*.

Ces effets se prolongent jusqu'à l'adoption d'un plan conventionnel de redressement, de la décision de la commission imposant des mesures de traitement du surendettement ou jusqu'au jugement prononçant un rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire.

Le débiteur a l'interdiction de payer ses dettes et notamment de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction *(C. consom., art. L. 722-5)*.

Les cautions et garants ne peuvent opposer au créancier, ni la suspension des procédures d'exécution et l'interdiction des paiements, ni l'arrêt du cours des intérêts.

II. Le plan conventionnel de redressement

La commission s'efforce de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers *(C. consom., art. L. 732-1)*. Le plan peut prévoir diverses mesures : report ou rééchelonnement du paiement des dettes, remises de dettes, réduction ou suppression du taux d'intérêts, substitution de garantie, etc.

Jurisprudence

Les mesures du plan conventionnel ne profitent pas à la caution *(Cass. civ. 1re, 13 nov. 1996, n° 94-12.856 ; Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, n° 98-04.097)*. Au regard du droit positif, le plan conventionnel de redressement paraît pouvoir être qualifié de mesure légale dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, même si l'accord des créanciers est requis.

Le réaménagement de la dette prévu par le plan conventionnel de redressement ne produit pas d'effet novatoire, de sorte que l'engagement de la caution est maintenu *(pour un cautionnement hypothécaire : Cass. civ. 1re, 20 mai 2003, n° 01-00.212)*. Cependant, le plan peut prévoir expressément que tout ou partie des mesures profiteront aux cautions ou que telle caution sera libérée *(Cass. civ. 2e, 6 mai 2004, n° 03-04.073)*.

III. Les mesures imposées par la commission

A L'inopposabilité par la caution des mesures de traitement du surendettement

À défaut d'accord amiable, la commission départementale de surendettement peut imposer aux créanciers *(C. consom., art. L. 733-1 et L. 733-4)* :

– des reports ou rééchelonnements dans la limite de sept ans ou de la moitié de la durée de remboursement restant à courir,
– l'imputation prioritaire des paiements sur le capital,
– que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux d'intérêt légal, sans pouvoir lui être supérieur,
– la suspension de l'exigibilité des créances pour une durée qui ne peut excéder deux ans,

– en cas de vente forcée du logement principal du débiteur, grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ou à une société de financement ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition, la réduction du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due, et/ou
– l'effacement partiel des créances.

Jurisprudence

Ces mesures doivent être qualifiées de mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance au sens de l'article 2298 du Code civil. Ni la caution *(Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, n° 96-10.753 ; Cass. civ. 1re, 18 janv. 2000, n° 97-20.391 ; Cass. civ. 1re, 26 avr. 2000, n° 98-10.693)*, ni le coobligé solidaire *(Cass. civ. 1re, 6 nov. 2001, n° 00-04.206)* ne peuvent s'en prévaloir pour se soustraire à leur engagement. Les mesures imposées au créancier ne le privent pas des garanties qui lui ont été consenties, de sorte qu'il peut exiger le paiement immédiat et intégral de sa créance à la caution.

B Les recours de la caution

La caution qui a payé le créancier ne peut obtenir un paiement du débiteur dès lors que celui-ci bénéficie de l'interdiction des paiements.

À l'issue de la procédure, la caution *solvens* pourra exercer l'ensemble de ses recours contre le débiteur principal sans que celui-ci ne puisse lui opposer les mesures de traitement applicables à la créance garantie.

Jurisprudence

Les mesures de traitement du surendettement ne s'appliquent pas à la créance de la caution qui a payé le créancier *(pour la réduction du prêt immobilier : Cass. civ. 1re, 15 juill. 1999, n° 97-04.129 ; Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, n° 98-04.097)*. C'est dire que le débiteur qui avait bénéficié de mesures favorables opposables au créancier est tenu de rembourser l'intégralité de la dette à la caution : la caution, personne physique ou morale, ne peut pas bénéficier de la mesure de traitement du surendettement du débiteur principal, mais elle ne peut non plus se la voir opposer par ce dernier.

Néanmoins, la caution, qui a payé le créancier, est placée, pour sa créance personnelle de remboursement, dans la même situation que tout autre créancier. La créance de la caution peut ainsi faire l'objet de mesures de traitement du surendettement du débiteur. Toutefois, l'article L. 733-4, 2° précise que **les créances dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'un effacement**. En excluant l'effacement de la créance de la caution, la loi lui garantit un recours contre le débiteur quelle que soit l'issue de la procédure. En revanche, les cautions *solvens*, personne morale, risquent de voir leur créance effacée, ce qui rendra impossible tout recours contre le débiteur après clôture de la procédure.

IV. Le rétablissement personnel

A Sans liquidation judiciaire

La commission peut imposer un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire lorsque le débiteur dispose d'un faible patrimoine *(C. consom., art. L. 724-1, 1°)*. Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne l'effacement de toutes

les dettes, professionnelles et non professionnelles, non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date de la décision de la commission, **à l'exception** des dettes mentionnées aux articles L. 711-4 et L. 711-5 et **des dettes dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques** *(C. consom., art. L. 741-2)*. La caution *solvens*, personne physique, conserve son recours intégral contre le débiteur.

Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a pris de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

B Avec liquidation judiciaire

L'importance du patrimoine du débiteur justifie que le juge des contentieux de la protection soit saisi aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Dans un délai de deux mois à compter de la publicité du jugement d'ouverture les créanciers déclarent leurs créances au mandataire ou, à défaut de mandataire, au greffe du Tribunal judiciaire, par LRAR. Les créances qui n'ont pas été produites dans ce délai sont éteintes *(C. consom., art. L. 742-10)*. Par application de la règle de l'accessoire, **l'extinction des créances non déclarées doit bénéficier aux garants**.

Lorsque l'actif réalisé est suffisant pour désintéresser les créanciers, le juge prononce la clôture de la procédure. À défaut, le juge prononce la clôture pour insuffisance d'actif. Celle-ci entraîne l'effacement de toutes les dettes, professionnelles et non professionnelles, du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture, **à l'exception de celles dont le montant a été payé en lieu et place du débiteur par**

la caution ou le coobligé, personnes physiques. Cette clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société *(C. consom., art. L. 742-22)*.

Jurisprudence

L'effacement de la dette consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel n'équivaut pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété n'a pas pu intervenir au profit du débiteur surendetté. Nonobstant l'effacement de sa créance, le créancier, bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété, reste donc propriétaire du bien détenu par son débiteur *(Cass. civ. 2e, 27 févr. 2014, n° 13-10.891)*. C'est une lapalissade : l'extinction de la créance n'affecte pas le droit de propriété.

Si le montant de la dette a été payé en lieu et place du débiteur par la caution, personne morale, celle-ci n'a pas de recours contre de ce dernier. En revanche, si la caution, personne morale, n'a pas payé, elle devrait, à l'instar de la caution, personne physique, profiter de l'effacement des dettes par voie accessoire. La loi devrait donc prévoir expressément que l'extinction de l'obligation du débiteur ne profite pas à la caution, personne morale.

POUR ALLER PLUS LOIN…

– Y. PICOD et V. VALETTE-ERCOLE, Surendettement, Rép. civ., 2021
– Sûreté et procédure collective, Rev. des proc. coll., 2018, n° 4, p. 79 à 99

Index

Abus de droit 1
Abusus 1, 2
Accession 1
Accouchement sous X 1, 2
Acompte 1
Acquéreur 1
Acquêts 1, 2
Acte de naissance 1
Acte de notoriété 1, 2
Acte sous signature privée 1
Action à fins de subsides 1
Action directe 1, 2
    sous-traitance 1
Action en contribution 1
Action en retranchement 1
Action en revendication 1
Action estimatoire 1
Action oblique 1
Action paulienne 1
Action rédhibitoire 1
Adoption 1
Adoption plénière 1
Adoption simple 1
Adultère 1, 2
Agrément

sous-traitance 1
Aide sociale à l'enfance (ASE) 1
Altération du lien conjugal 1
Animal 1, 2
Animus 1
Arrhes 1
Assistance
mariage 1
Assistance éducative 1
Assurance-vie 1
Autorité parentale 1, 2
Avantages matrimoniaux 1
Bail 1, 2, 3, 4, 5, 6
Bail à construction 1
Bail emphytéotique 1
Bail perpétuel 1
Bail réel immobilier 1
Bénéfice de discussion 1
Bénéfice de division 1
Bénéfice de subrogation 1
Bien consomptible 1
Bien corporel 1
Bien incorporel 1
Biens communs 1, 2, 3
Biens propres 1, 2, 3, 4
Bigamie 1
Bornage 1
Cautionnement 1, 2, 3
Certificat de vie commune 1
Cession Dailly 1
Cession de créances professionnelles 1
Changement de régime matrimonial 1
Charges du mariage 1
Chose commune 1
Chose consomptible 1
Chose fongible 1

Chose sans maître 1
Clause alsacienne 1
Clause commerciale 1
Clause d'administration conjointe 1
Clause d'apport 1
Clause de préciput 1
Clause de prélèvement 1
Clause de reprise d'apports 1
Clause de réserve de propriété 1
Clause de stipulation de propre 1
Clause de tontine 1
Clause d'exclusion 1
Clause d'inaliénabilité 1
Clause d'indexation 1
Clause ducroire 1
Clause exonératoire de responsabilité 1
Clause limitative de responsabilité 1
Clause pénale 1
Clause résolutoire 1
Clôture 1
Cohabitation 1
Colocation 1
Communauté 1
Communauté conventionnelle 1
Communauté de vie 1
Communauté réduite aux acquêts 1
Communauté universelle 1
Computation 1
Concubinage 1
Condition résolutoire 1
Condition suspensive 1
Congé
    bail 1
Conseil de famille 1
Conservation 1, 2
Construction 1

Contrat de bail 1
Contrat de louage 1
Contrat de mariage 1, 2, 3, 4, 5, 6
Contrat d'entreprise 1, 2, 3, 4, 5
Contrat de vente 1
Contrat mixte 1
Contrat réel 1
Convention de divorce 1, 2
Convention d'occupation précaire 1
Copropriété 1
Corpus 1
Créance entre époux 1, 2
Créancier chirographaire 1
Créanciers 1
Crédit à la consommation 1
Credit default swap (CDS) 1
Curatelle 1
Délégation 1
Délivrance 1
Démembrement 1, 2
Dépenses courantes 1
Détention 1
Détermination de la loi 1
Dette ménagère 1, 2, 3, 4
Devoir de conseil 1
Devoir de secours 1
  mariage 1
Dissolution de la communauté 1
Divorce 1, 2
Divorce accepté 1
Divorce par consentement mutuel 1, 2
Divorce pour altération définitive du lien conjugal 1
Divorce pour faute 1
Divorce sans juge 1
Dol 1
Droit au bail 1

Droit de disposition 1
Droit de gage général 1
Droit de jouissance 1
Droit de poursuite 1
Droit de préférence 1
Droit de propriété 1, 2
Droit de reprise 1
Droit de rétention 1, 2
Droit des biens 1
Droit de suite 1
Droit de visite et d'hébergement 1, 2
Droit d'usage 1
Droit personnel 1
Droit réel 1
Droit réel accessoire 1
Droits d'usage et d'habitation 1
Empiètement 1
Empreinte génétique 1
Entrepreneur 1, 2
Entrepreneur individuel 1
Épave 1
Erreur 1
    mariage 1
Examen biologique 1
Faute
    divorce 1
Fiançailles 1
Fidélité 1
Fiducie 1
Filiation 1
Filiation adoptive 1
Filiation naturelle 1
Fructus 1, 2
Gage 1
Gains et salaires 1, 2, 3, 4
Garantie à première demande 1

Garantie autonome 1
Garantie biennale 1
Garantie décennale 1
Garantie de parfait achèvement 1
Garantie des constructeurs 1
Garantie des vices cachés 1
Gestation pour autrui (GPA) 1, 2, 3
Gestion concurrente 1
Gestion d'affaires 1
Habilitation judiciaire 1, 2
Hypothèque 1
Immeuble 1
    par destination 1
Imposition commune 1
Incapacité 1
Inceste 1, 2
Individualisation 1
Indivision 1, 2, 3
Indivision entre époux 1
Insémination *post-mortem* 1
Interchangeabilité 1
Intérêt conventionnel 1
Intérêt légal 1
Interversion 1
Inventeur 1
Jouissance paisible
    bail 1
Juge aux affaires familiales (JAF) 1
Lésion 1
Liquidation 1
    divorce 1
Liquidation de la communauté 1
Logement familial 1
Louage de choses 1
Louage d'ouvrage 1
Loyer 1, 2, 3

Maître de l’ouvrage 1, 2
Maître d’œuvre 1
Majeurs protégés 1
Mandat 1, 2, 3
Mandat apparent 1
Mandat d’intérêt commun 1
Mandat entre époux 1
Mariage 1
Matérialité 1
Mention écrite 1
Meuble 1
Meuble par anticipation 1
Mitoyenneté 1
Mobilité 1
Nantissement 1
Nationalité française
    divorce 1
    mariage 1
Nom 1, 2, 3
Nue-propriété 1
Nuisances
    bail 1
Nullité
    mariage 1
Obligation alimentaire 1, 2
Obligation de conservation 1, 2
Obligation de délivrance 1
Obligation de livraison 1
Obligation d'entretien 1
    bail 1, 2
Obligation de restitution 1, 2, 3
    bail 1
Obligation d’information 1
Opposition
    mariage 1
Opposition au paiement 1

Ouvrage 1
Pacte civil de solidarité (Pacs) 1, 2
Pacte commissoire 1
Pacte de préférence 1
Pacte sur succession future 1
Paiement 1
Partage 1
Partenaire survivant 1
Pater is est 1
Patrimoine 1
Patrimoine affecté 1
Patrimoine d'affectation 1
Pension alimentaire 1
Pétitoire 1
Plantation 1
Polygamie 1, 2
Porte-fort 1
Possession 1
Possession d'état 1, 2, 3, 4, 5
Possession utile 1
Possessoire 1
Préciput 1
Prescription acquisitive 1, 2
Présomption d'acquêt 1
Présomption de paternité 1, 2
Prestation compensatoire 1, 2
Prêt 1, 2, 3, 4
Prêt à intérêt 1
Prêt à usage 1
Prêt de consommation 1, 2
Preuve 1
  filiation 1
Privilège 1, 2
Prix 1, 2, 3
Procédure collective 1
Promesse de porte-fort 1

Promesse synallagmatique de vente 1
Promesse unilatérale d'achat 1
Promesse unilatérale de vente 1
Propriété 1
Publication des bans 1
Purge
  hypothèque 1
Recel de communauté 1
Recherche de maternité 1
Recherche de paternité 1
Récompense 1, 2, 3, 4
Reconnaissance 1
  filiation 1, 2
Recours subrogatoire
  cautionnement 1
Régime légal 1
Régime primaire 1
Régimes matrimoniaux 1
Remploi 1, 2, 3
Réparations locatives 1
Reprise d'apports 1
Requête
  divorce 1
Res communis 1, 2
Res derelictae 1
Résidence de l'enfant 1
Res nullius 1
Respect
  mariage 1
Restitution 1, 2, 3
  bail 1
  prêt 1, 2
Saisie immobilière 1
Séparation de biens 1
Séparation de corps 1
Séparation de fait 1

Servitudes 1
Société d'acquêts 1
Solidarité 1, 2
Solidarité entre époux 1
Solidarité passive 1, 2
Sous-location 1
Sous-traitance 1
Subrogation 1, 2
Sûreté immobilière 1
Sûreté réelle pour autrui 1
Sûretés 1
Sûretés négatives 1
Sûretés personnelles 1, 2
Taux d'usure 1
Taux effectif global (TEG) 1, 2
Terme 1
Test de paternité 1
Test génétique 1
Tontine 1
Transgenre 1
Trésor 1, 2, 3
Troubles de voisinage 1
Tutelle 1
Union libre 1
Usucapion 1
Usufruit 1
Usure 1
Usus 1, 2
Vendeur 1
Vente forcée 1
Vice rédhibitoire 1
Vices cachés 1
Warrant 1, 2